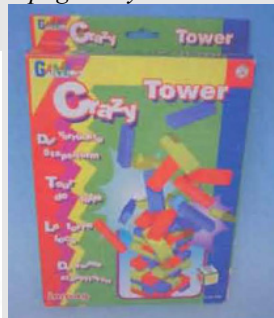


Hoge Raad, 29 juni 2001, MB v Impag

MB Jenga



Impag Crazy Tower



MB Battle Ship



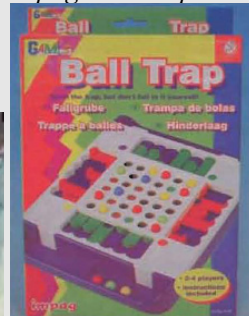
Impag Sea Battle



MB Valkuil



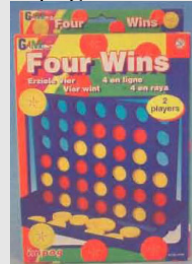
Impag Ball Trap



MB Vier op een rij



Impag Four Wins



MB Wie is het



Impag Mystery Person



AUTEURSRECHT

Oorspronkelijkheid Jenga

Oorspronkelijkheid zichtbaar voor iedereen die het spel waarneemt

Kennelijk heeft het Hof geoordeeld dat degene die het spel waarneemt kan zien dat het uiterlijk voldoende oorspronkelijk is om auteursrechtelijk te worden beschermd. Dit oordeel geeft niet van een onjuiste opvatting omtrent de vereiste oorspronkelijkheid blijk. Het is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering, in het bijzonder niet nu het hier gaat om een beslissing in kort geding. (...)

Spelconcept versus uitwerking

Uitwerking van idee of spelconcept kan auteursrechtelijk beschermd werk zijn

Oordelende als zoeven is vermeld, heeft het Hof het idee, het spelconcept, onderscheiden van de uitwerking ervan en deze uitwerking aangemerkt als een werk ten aanzien waarvan de maker auteursrechtelijke bescherming geniet.

SAMENLOOP AUTEURSRECHT EN MODELRECHT

Duidelijk kunstzinnig karakter – artikel 21 BTMW

Duidelijkheid van kunstzinnig karakter behoeft geen nadere motivering

Hetgeen het Hof heeft overwogen moet echter aldus worden begrepen dat het spel Jenga, wat zijn vormgeving betreft, een werk is waaraan auteursrechtelijke bescherming moet worden toegekend. Het Hof behoeft de zich daarom niet te begeven in de vraag of dit spel een "duidelijk" kunstzinnig karakter vertoont zoals bedoeld in art. 21 lid 1 BTMW (vgl. HR 21 februari 1992, nr. 14454, NJ 1993, 164).

AUTEURSRECHT – BERNER CONVENTIE – IPR

Overgangsrecht bij toetreding tot Berner Conventie

Berner Conventie bij toetreding van toepassing op alle werken waarvan beschermingsduur in land van oorsprong niet verstreken is

De VS zijn per 1 maart 1989 tot de Berner Conventie toegetreden. Volgens art. 18 lid 1 van de Berner Conventie is de Conventie van toepassing op alle werken, die op het ogenblik van haar inwerkingtreding nog niet gemeengoed zijn geworden in het land van oorsprong ten gevolge van het verstrijken van de beschermingsduur. Hetzelfde geldt volgens het vierde lid in geval van nieuwe toetredingen.

Overgangsrecht artikel 2(7) Berner Conventie ter zake van werken van toegepaste kunst die in land van oorsprong enkel modelrechtelijk beschermden

Modellen die vóór inwerkingtreding BTMW per 1 januari 1975 in land van oorsprong alleen model-

rechtelijk beschermd werden genieten in Nederland géén auteursrechtelijke bescherming

Voor Valkuil en Vier op 'n Rij geldt voorshands als voorlopig uitgangspunt dat deze spellen voor het eerst in de Verenigde Staten van Amerika zijn uitgebracht voor 1975. Dit betekent dat aangenomen al dat deze spellen in de Verenigde Staten van Amerika alleen modelrechtelijke bescherming genieten zulks hier in Nederland toen niet het geval was, aangezien de Benelux Tekeningen en Modellenwet eerst in 1975 is ingevoerd. De laatste volzin van artikel 2 lid 7 van de Berner Conventie geldt hier dus, hetgeen betekent dat voor deze spellen hier de rechten gelden overeenkomstig artikel 5 lid 1 van de Berner Conventie. (...) Het Hof heeft met betrekking tot het onderhavige spel geoordeeld dat auteursrechtelijke bescherming kan worden ingeroepen in verband met de oorspronkelijkheid van zijn vormgeving. Het Hof heeft echter (...) tot uitgangspunt genomen dat aan dit spel in de VS modelrechtelijke bescherming geniet, maar in het midden gelaten of met betrekking tot dit spel in de VS ook auteursrechtelijke, bescherming kan worden ingeroepen. Aldus oordelende heeft het Hof miskend dat indien dit spel in de VS alleen als model is beschermd, ingevolge art. 2 lid 7 Berner Conventie in Nederland (...) met betrekking tot dit spel slechts de bijzondere bescherming kan worden ingeroepen, welke in Nederland aan modellen wordt toegekend. Het Hof heeft dan ook, door te oordelen dat aan het onderhavige spel auteursrechtelijke bescherming kan worden ontleend zonder vast te stellen of dit ook in de VS het geval is, van een onjuiste opvatting omtrent het in art. 2 lid 7 bepaalde blijk gegeven.

Technisch of gebruiksvoordeel

Beperking keuzevrijheid vanwege het moeten behalen van een technisch of gebruiksvoordeel sluit auteursrechtelijke bescherming niet uit

Ook wanneer de vorm van een werk tot stand is gekomen in een met het oog op het behalen van een technisch of gebruiksvoordeel beperkte keuzevrijheid, kan sprake zijn van een werk dat een eigen oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijke stempel van de maker draagt. Dat en waarom dit in het onderhavige geval anders zou zijn is in de feitelijke instanties niet aangevoerd en kan niet voor het eerst in cassatie aan de orde worden gesteld omdat zulks een onderzoek van feitelijke aard zou vergen waarvoor in cassatie geen plaats is.

SLAAFSE NABOOTSIJNG

Stelplicht ontbreken onderscheidend vermogen

Gedaagde dient ontbreken onderscheidend vermogen aan te voeren

Het onderdeel faalt omdat Impag c.s. in de feitelijke instanties niet hebben aangevoerd dat Zeeslag zich niet onderscheidt van andere op de markt aanwezige spellen. Het Hof behoefde zich daarom niet te begeven in de vraag of andere spellen gelijkenis vertonen met Zeeslag.

Systematisch nabootsen

Systematisch nabootsen is een omstandigheid die de rechter van belang kan achten

Onderdeel 7.2 verwijt het Hof dat het in zijn rov. 5.47 ten onrechte betekenis eraan heeft toegekend dat Impag c.s. de spellen van Milton Bradley, naar het Hof vaststelt, systematisch nabootst. Ook dit onderdeel faalt. Het Hof mocht bij zijn beoordeling van de vraag of Impag c.s. onrechtmatig handelen, betekenis toekennen aan alle ten processe gebleken omstandigheden die het van belang achtte.

PROCESRECHT

Spoedeisend belang

In beginsel spoedeisend belang in geval van stelselmatige inbreuk, waarvan rechthebbende doorlopende schade ondervindt, ondanks geruime tijd stilzitten van rechthebbende of aanhangig zijn bodemprocedure ter zake van één spel

Indien in kort geding een voorziening wordt gevraagd die ertoe strekt een einde te maken aan, als stelselmatige inbreuk op een subjectief recht aan te merken handelingen waarvan de eisende partij doorlopend schade ondervindt, het alleszins voor de hand ligt dat deze partij een spoedeisend belang heeft bij haar vorderingen (vgl. HR 23 januari 1998, nr. 16495, NJ 2000, 544). De enkele omstandigheid dat de eisende partij geruime tijd heeft laten verlopen voordat hij in kort geding een tot het verkrijgen van een verbod van de gewraakte handelingen strekkende vordering instelde, behoeft de kortgedingrechter niet ervan te weerhouden aan te nemen dat een spoedeisend belang bij de vordering bestaat. (...). Het Hof behoefde zich niet van zijn door de onderdelen bestreden oordeel te laten weerhouden door de omstandigheid dat voor de Rechtbank te Groningen reeds anderhalf jaar een bodemprocedure aanhangig was met betrekking tot één van de in de onderhavige zaak aan de orde zijnde spellen. Het kan immers geruime tijd duren alvorens in deze procedure een voor tenuitvoerlegging vatbare uitspraak wordt verkregen. Reeds daarom staat de enkele omstandigheid dat zodanige procedure aanhangig is niet eraan in de weg het bestaan van een spoedeisend belang met betrekking tot een vordering als de onderhavige aan te nemen

Vindplaatsen: LJN: [AB2391](#); NJ 2001, 602, m.nt Verkade; IER 2001, nr. 41. p. 227, m.nt Speyart; AMI 2001, nr. 15, p. 111, m.nt. P.B. Hugenholtz.

Hoge Raad, 29 juni 2001

(F..H.J. Mijnsen, W.H. Heemskerk, C.H.M. Jansen, A.E.M. van der Putt-Lauwers, E.J. Numann;).

Arrest

in de zaak van:

1. Impag BV
 2. Games International BV,
- beiden te Winschoten, eiseressen tot cassatie, adv. voorheen mr. J.L.R.A. Huydecoper, thans mr. C.J.J.C. van Nispen,

tegen

1. De vennootschap naar vreemd recht Marvin Glass & Associates Liquidation Trust, gevestigd in de staat Illinois, Verenigde Staten van Amerika,
 2. De vennootschap naar vreemd recht Interplay Inc., te New York, New York, Verenigde Staten van Amerika,
 3. De vennootschap naar vreemd recht Ned Strongin Creative Services, gevestigd te New York, New York, Verenigde Staten van Amerika,
 4. De maatschap naar vreemd recht Pokonobe Associates, gevestigd te New York, New York, Verenigde Staten van Amerika,
 5. [A] en [B], beiden handelende onder de naam Theora Design, te Tel Aviv, Israël,
 6. De vennootschap naar vreemd recht Hasbro International Inc., gevestigd te Pawtucket, Rhode Island, Verenigde Staten van Amerika,
 7. De vennootschap naar vreemd recht Milton Bradley Company, gevestigd te Massachusetts, Verenigde Staten van Amerika,
 8. De vennootschap naar vreemd recht Milton Bradley International Inc., gevestigd te Massachusetts, Verenigde Staten van Amerika,
- Verweerders in cassatie, adv. mr. H.A. Groen.Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerders in cassatie verder te noemen: MB c.s. hebben bij exploit van 28 juli 1997 eiseressen tot cassatie verder te noemen: Impag c.s. in kort geding gedagvaard voor de President van de Rechtbank te Amsterdam en na wijziging van eis gevorderd:

1. dat Impag c.s. met onmiddellijke ingang wordt verboden inbreuk te maken op de auteursrechten van MB c.s., meer in het bijzonder door te verbieden openbaar te maken en/of te verveelvoudigen, waaronder tevens is te verstaan het (doen) vervaardigen, het (doen) invoeren, het (doen) verkopen, te koop (doen) aanbieden, (doen) tentoonstellen, (doen) leveren, (doen) gebruiken dan wel in voorraad (doen) hebben voor één van deze doeleinden of anderszins te verhandelen van de MB-spellen of andere produkten die een inbreuk als voormeld maken op de MBspellen;
2. Impag c.s. ieder te gebieden om na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis het onrechtmatig handelen jegens MB c.s. met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden;
3. Impag c.s. ieder te bevelen binnen zeven dagen na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis aan MB c.s., althans aan hun raadsvrouw, een schriftelijke, door een register accountant gecertificeerde, door alle relevante bescheiden gestaafde, opgave te verstrekken van:
 - a. de leverancier(s), maker(s), producent (en) , en/of distributeur (s) , van de inbreukmakende spellen met de namen Ball Trap, Mystery Person, Four Wins, Crazy Tower en Sea Battle, hierna "de inbreukmakende spellen" onder mededeling van adres(sen), telefoon en faxnummer(s);
 - b. de aan ieder van Impag c. s. geleverde aantallen, prijzen, leverdata en nummers van de inbreukmakende

- spellen, zulks gerangschikt per leverancier, maker, producent of distributeur van de inbreukmakende spellen;
- c. de aan de filialen van Impag c.s. of andere afnemers van Impag c.s. geleverde aantallen, nummers, prijzen, leverdata en afleveradressen van de inbreukmakende spellen, zulks gerangschikt per filiaal of afnemer;
- d. de bij Impag c.s. op de dag der betekening van het ten deze te wijzen vonnis nog aanwezige voorraad inbreukmakende spellen, onder vermelding van de locatie(s) waar deze inbreukmakende spellen, alsmede de aantallen en nummers van de inbreukmakende spellen;
- e. de met de inbreukmakende spellen behaalde omzet en winst, alsmede de verschillende ter berekening van de winst of de omzet in mindering gebrachte kostenposten; een en ander voorzien van duidelijk en gedetailleerde schriftelijke bewijsstukken;
4. Impag c.s. te bevelen binnen zeven dagen na betekening van het in deze te wijzen vonnis de gehele voorraad inbreukmakende spellen terug te halen bij haar filialen en aan de raadsvrouw van MB c.s. schriftelijk, door een registeraccountant gecontroleerde en gewaarmerkte, opgave te doen van de aantallen en nummers van de teruggehaalde inbreukmakende producten, zulks gerangschikt per filiaal;
5. Impag c.s. te bevelen binnen zeven dagen na betekening van het in deze te wijzen vonnis haar gehele voorraad inbreukmakende spellen terug te halen bij afnemers en aan de raadsvrouw van MB c.s. schriftelijk, door een registeraccountant gecontroleerde en gewaarmerkte, opgave te doen van de aantallen en nummers van de teruggehaalde inbreukmakende spellen, zulks gerangschikt per afnemer;
6. Impag c.s. te bevelen om binnen zeven dagen na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis de totalen bij de handel aanwezige voorraad inbreukmakende spellen, waaronder begrepen de door de filialen en/of afnemers van gedaagden geretourneerde voorraad inbreukmakende spellen, op eigen kosten te (doen) vernietigen, en daarvan binnen twee dagen na deze vernietiging een door een deurwaarder opgesteld proces-verbaal van constatering toe te zenden aan de raadsvrouw van MB c.s.;
7. Impag c.s. ieder te bevelen aan MB c.s. ten titel van dwangsom te betalen bij iedere gehele of gedeeltelijke overtreding van de hiervoor sub 1 tot en met 7 gegeven verboden c.q. geboden van f 5000 per overtreding of f 5000 per dag of gedeelte van een dag dat de overtreding voortduurt, één en ander naar keuze van MB c.s.;
8. Impag c.s. hoofdelijk, des dat de een betalende de ander zal zijn gekweten om tegen kwijting aan MB c.s. te voldoen, te bevelen binnen zeven dagen na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis aan MB c.s. te betalen een voorschot op de winstafdracht ex art. 27a Auteurswet ten bedrage van f 10 000 alsmede een voorschot op de schadevergoeding ten bedrage van f 25 000, althans een in goede justitie door de President vast te stellen bedrag;
9. Impag c.s. hoofdelijk, des dat de een betalende de ander zal zijn gekweten om tegen kwijting aan MB c.s. te voldoen, te veroordelen aan MB c.s. te vergoeden de

door MB c.s. voorafgaande aan dit geding gemaakte kosten van rechtsbijstand in totaal voorlopig begroot op een bedrag van f 10 000, althans een door de President vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente over het toe te wijzen bedrag vanaf de dag der dagvaarding tot die der algehele voldoening.

Impag c.s. heeft de vordering bestreden.

De President heeft bij tussenvonnis van 21 augustus 1997

1. Impag c.s. verboden om onmiddellijk na betekening van het vonnis, totdat nader is beslist, haar spellen als hiervoor bedoeld in de handel te (doen) brengen;

2. Impag c.s. bevolen om binnen zeven dagen na betekening van het vonnis de voorraden bij haar filialen en bij haar afnemers - niet-consument - terug te halen;

3. bepaald dat Impag c.s. ieder afzonderlijk bij niet-nakoming van de hiervoor onder 1. en 2. gegeven veroordelingen een dwangsom verbeuren van f 1000 per overtreding en per dag dat die overtreding voortduurt, met een maximum van f 200 000 aan verbeurde dwangsommen;

4. het vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad verklaard; en

5. iedere verdere beslissing aangehouden.

Bij eindvonnis van 23 oktober 1997 heeft President zijn beslissingen bij zijn tussenvonnis van 21 augustus 1997 gehandhaafd en de door MB c.s. ingestelde vorderingen toegewezen, behoudens de gevorderde voorschotten op de winstafdracht en schadevergoeding.

Tegen deze vonnissen hebben Impag c.s. hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam.

Bij arrest van 21 januari 1999 heeft het Hof de beslissing onder 2 van het bestreden vonnis van 23 oktober 1997 vernietigd, en in zoverre opnieuw rechtdoende, Impag c.s. verboden met onmiddellijke ingang ook - anderszins inbreuk te maken op de auteursrechten van MB c.s. op de spellen Jenga, Wie is het?, Vier op in Rij en Valkuil (versie met het ©-teken 1972) en om het spel Zeeslag (versie met ©-teken 1972) van MB c.s. na te bootsen, in het bijzonder met de spellen met de namen Crazy Tower, Mystery Person, Four Wins, Ball Trap en Sea Battle,

- verstaan dat waarin de beslissingen onder 3 en 4 van het vonnis van 23 oktober 1997, waarvan beroep, sprake is van "inbreukmakende spellen", daarmee wordt geduid op de aldaar onder 3 sub a met name genoemde spellen, ook voor zover deze geen inbreuk maken op de auteursrechten van MB c.s. (Sea Battle),

- de vonnissen van de President van 21 augustus 1997 en 23 oktober 1997 voor al het overige bekrachtigd,

- Impag c.s. hoofdelijk veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

Het arrest van het Hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het Hof hebben Impag c.s. beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

MB c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-generaal F.F. Langemeijer strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing van de zaak naar een ander hof ter verdere afdoening.

De advocaat van MB c.s. heeft bij brief van 5 april 2001 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van het volgende. Verweersters in cassatie onder 7 en 8 (verder gezamenlijk: Milton Bradley) produceren onder meer de volgende spellen, zulks op grond van licenties onderscheidenlijk verleend door de verweerders in cassatie 15:

Jenga, Jenga Ultimate, Jenga for kids;

Wie is het;

Vier op 'n Rij;

Valkuil;

Zeeslag.

Deze spellen worden door verweerster in cassatie onder 6 (verder: Hasbro) in Nederland gedistribueerd.

Impag c.s. brengen thans onder meer de volgende spellen in de handel:

Crazy Tower;

Mystery Person;

Four Wins;

Ball Trap;

Sea Battle.

3.1.2. In dit kort geding hebben Marvin Glass c.s., voor zover in cassatie van belang, gesteld dat de in 3.1.1 genoemde spellen van Impag c.s. ongeoorloofde overeenstemming vertonen met de spellen waarvan de auteursrechten toekomen aan de verweerders in cassatie 15. Impag c.s. maken daarom volgens Marvin Glass c.s. inbreuk op deze auteursrechten.

Voorts voeren Marvin Glass c.s. aan dat Impag c.s. onrechtmatig handelen jegens verweerders 1 5 in cassatie omdat Impag c.s. stelselmatig ongeoorloofd aanhaken aan de spellen en nodeloos verwarring veroorzaken.

Op deze gronden hebben Marvin Glass c.s. gevorderd, kort gezegd, dat Impag c.s. zal worden verboden de gewraakte handelingen te verrichten.

3.1.3. De President heeft bij zijn tussenvonnis het gevorderde verbod tijdelijk, en bij zijn eindvonnis definitief verleend.

3.1.4. Het Hof heeft het eindvonnis van de President gedeeltelijk vernietigd en het door de President gegeven verbod opnieuw geformuleerd. Het Hof heeft eerst een aantal formele verweren van Impag c.s. verworpen, waaronder het verweer dat van een spoedeisend belang geen sprake is. Voorts heeft het Hof, samengevat weergegeven, met betrekking tot elk van de door Hasbro in Nederland gedistribueerde spellen, telkens het volgende overwogen.

Jenga

Het spelconcept van Jenga is niet oorspronkelijk. De vormgeving is dit wel. De vormgeving van het spel Crazy Tower is een nabootsing van Jenga. Impag c.s. maken met het maken en verveelvoudigen van Crazy Tower dan ook inbreuk op het auteursrecht van Milton Bradley op de vormgeving van Jenga (rov. 5.25 5.28).

Dit geldt evenzeer voor de andere uitvoeringen van Jenga (Jenga for kids en Jenga Ultimate) die naar 's Hofs vaststelling gelijken op Jenga. Impag c.s. maken met Crazy Tower eveneens inbreuk op deze uitvoeringen van Jenga (rov. 5.29)

Wie is het

Wat Wie is het betreft, zijn de uitwerking van het spelconcept en de vormgeving naar 's Hofs oordeel niet te onderscheiden. Beide zijn voldoende oorspronkelijk om auteursrechtelijk te worden beschermd. Het gezelschapsspel Mystery Person van Impag c.s. stemt zowel wat uitwerking als ook wat de vormgeving betreft volkomen overeen. Impag c.s. maken dan ook inbreuk op het auteursrecht van Milton Bradley c.s. ter zake van Wie is het (rov. 5.30 5.33).

Vier op 'n Rij

Met betrekking tot Vier op 'n Rij heeft het Hof geoordeeld dat het spelconcept niet zodanig oorspronkelijk is dat het als een werk in de zin van art. 1. Auteurswet moet worden beschouwd. De vormgeving is echter voldoende oorspronkelijk om voor bescherming in aanmerking te komen. De vormgeving van het door Impag c.s. in de handel gebrachte spel Four Wins is een vrijwel klakkeloze copie van de reisuivoering van Vier op 'n Rij en stemt in hoofdzaken overeen met de tafeluivoering van dit spel. Four Wins is aldus een nabootsing in de zin van art. 13 Auteurswet van de vormgeving van de beide uitvoeringen van Vier op 'n Rij (rov. 5.34 5.37).

Valkuil

Het spelconcept van Valkuil wordt naar 's Hofs oordeel in overwegende mate door een technisch effect bepaald en is reeds daarom niet als een werk in de zin van art. 1 Auteurswet te beschouwen. Hoewel de vormgeving van dit spel in belangrijke mate door de technische eisen van het mechaniek wordt bepaald, heeft deze een voldoende mate van oorspronkelijkheid om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen. Ball Trap stemt visueel zozeer met de tafeluivoering van Valkuil overeen dat zij naar 's Hofs oordeel moet gelden als een nabootsing van deze uitvoering in de zin van art. 13 Auteurswet (rov. 5.385.41)

Zeeslag

Het spel Zeeslag voldoet naar 's Hof s oordeel noch wat het spelconcept betreft noch wat de vormgeving betreft aan de eis van oorspronkelijkheid, zodat dit spel niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt.

De vormgeving van het spel Sea Battle, zoals Impag c.s. dit spel op de markt brengen, stemt zozeer overeen met de tafeluivoering van Zeeslag, dat Sea Battle moet gelden als een vrijwel slaafse nabootsing van de tafeluivoering van Zeeslag. Verwarring bij het publiek is daardoor stellig te duchten. Aannemelijk is dat Impag c.s. de spellen van Milton Bradley systematisch nabootsen, ook in bijkomende elementen zoals kleurstelling en vormgeving van onderdelen. Impag c.s. heeft het gevaar voor verwarring niet voorkomen. Impag c.s. handelen dan ook met het in de handel brengen

van Sea Battle onrechtmatig omdat dit spel een slaafse nabootsing is van de tafeluivoering van Zeeslag.

3.1.5. Het middel bestrijdt 's Hofs beslissing en de gronden waarop zij berust. De onderdelen 8 en 11 zijn ingetrokken en behoeven derhalve geen behandeling. In het navolgende zullen, na bespreking van het verweer van Impag c.s. dat een spoedeisend belang ontbreekt, de klachten van Impag c.s. telkens per spel worden behandeld.

3.2. Spoedeisend belang

3.2.1. 3.2.1 De onderdelen 2.1 en 2.2 onderdeel 1 bevat geen klacht zijn gericht tegen 's Hofs rov. 5.7. Zij worden gezamenlijk behandeld.

3.2.2. In zijn rov. 5.7 verwerpt het Hof de grieven van Impag c.s. tegen het oordeel van de President dat Marvin Glass c.s. een spoedeisend belang hebben bij hun vordering. Daartoe heeft het Hof overwogen dat nu Impag c.s. ermee doorgaan hun spellen op de markt te brengen en daarmee, naar de stellingen van Marvin Glass c.s. onrechtmatig handelen, de spoedeisendheid van de door hen gevorderde voorzieningen is gegeven. Hiertegen richt onderdeel 2.1 rechts en motiveringsklachten.

3.2.3. Bij de beoordeling van dit onderdeel moet worden vooropgesteld dat indien, zoals hier, in kort geding een voorziening wordt gevraagd die ertoe strekt een einde te maken aan, als stelselmatige inbreuk op een subjectief recht aan te merken handelingen waarvan de eisende partij doorlopend schade ondervindt, het alleszins voor de hand ligt dat deze partij een spoedeisend belang heeft bij haar vorderingen (vgl. HR 23 januari 1998, nr. 16495, NJ 2000, 544). De enkele omstandigheid dat de eisende partij geruime tijd heeft laten verlopen voordat hij in kort geding een tot het verkrijgen van een verbod van de gewraakte handelingen strekkende vordering instelde, behoeft de kortgeding-rechter niet ervan te weerhouden aan te nemen dat een spoedeisend belang bij de vordering bestaat. Het is aan de feitenrechter voorbehouden om te beoordelen of, gelet op de omstandigheden van het geval, in concrete nog voldoende spoedeisend belang bij de vordering bestaat. Het Hof heeft deze vraag voor het onderhavige geval bevestigend beantwoord. Daarmee heeft het niet blijk gegeven van een onjuiste opvatting omtrent het voor een vordering in kort geding geldende vereiste van een spoedeisend belang. Voor het overige berust dit oordeel op een aan het Hof als feitenrechter voorbehouden, en in cassatie niet op juistheid te toetsen, waardering van de omstandigheden, daaronder de wederzijdse belangen van partijen begrepen. In het licht van hetgeen door Impag c.s. in de feitelijke instanties is aangevoerd, is het door het onderdeel bestreden oordeel van het Hof niet onbegrijpelijk. Het was niet gehouden tot een nadere motivering.

3.2.4. Het Hof behoeft zich niet van zijn door de onderdelen bestreden oordeel te laten weerhouden door de omstandigheid dat voor de Rechtbank te Groningen reeds anderhalf jaar een bodemprocedure aanhangig was met betrekking tot één van de in de onderhavige zaak aan de orde zijnde spellen. Het kan immers geruime tijd duren alvorens in deze procedure een voor

tenuitvoerlegging vatbare uitspraak wordt verkregen. Reeds daarom staat de enkele omstandigheid dat zodanige procedure aanhangig is niet eraan in de weg het bestaan van een spoedeisend belang met betrekking tot een vordering als de onderhavige aan te nemen. Hetzelfde geldt met betrekking tot de in Frankrijk voor de bevoegde rechter te Saint-Etienne gevoerde procedure.

3.3. Jenga/Crazy Tower

3.3.1. De onderdelen 3.1-3.5 zijn gericht tegen hetgeen het Hof heeft overwogen met betrekking tot Jenga, op welk spel naar 's Hofs oordeel Impag c.s. met haar Crazy Tower inbreuk maakt.

3.3.2. Onderdeel 3.1 bestrijdt als onbegrijpelijk 's Hofs overweging in zijn rov. 5.26 dat het spel bestaat uit (54) delen (blokjes) bestaande toren. Het onderdeel kan niet tot cassatie leiden omdat het Hof met deze omschrijving klaarblijkelijk een beschrijving geeft van het spel materiaal. Het Hof doelt met deze omschrijving niet, zoals het onderdeel veronderstelt, op iedere willekeurige toren die door opstapeling van de blokjes wordt gebouwd.

3.3.3. Onderdeel 3.2 is gericht tegen 's Hofs oordeel in zijn rov. 5.26, vierde volzin, dat de vormgeving van het spel oorspronkelijk is. Anders dan waarvan het onderdeel uitgaat, valt, mede gelet op de zinsnede "(...), hoe de spelers de toren ook stapelen, in de bestreden overweging niet te lezen dat dit oordeel de met de blokjes te bouwen toren (s) betreft. Het Hof heeft in deze overweging klaarblijkelijk alleen de spelbenodigdheden - de blokjes op het oog. Het onderdeel mist dus feitelijke grondslag en kan daarom niet tot cassatie leiden.

3.3.4. Onderdeel 3.3.1 klaagt, samengevat weergegeven, dat zonder nadere motivering niet is te begrijpen waarin de oorspronkelijkheid kan bestaan van het uiterlijk van 54 gelijkvormige blokjes.

Uit de laatste volzin van rov. 5.26 blijkt dat 's Hofs door het onderdeel bestreden oordeel berust op waarneming door het Hof van de ter Griffie van het Hof gedeponeerde uitvoering van Jenga. Kennelijk heeft het Hof geoordeeld dat degene die het spel waarneemt kan zien dat het uiterlijk voldoende oorspronkelijk is om auteursrechtelijk te worden beschermd. Dit oordeel geeft niet van een onjuiste opvatting omtrent de vereiste oorspronkelijkheid blijk. Het is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering, in het bijzonder niet nu het hier gaat om een beslissing in kort geding. Het onderdeel faalt derhalve.

3.3.5. De onderdelen 3.3.2.1 en 3.3.2.2 gaan uit van de opvatting dat hetgeen het Hof heeft overwogen in rov. 5.25 aldus moet worden begrepen dat het spelconcept van Jenga mede de vormgeving van de, volgens het spel uit de speelblokjes samen te stellen, torens bepaalt. Het Hof heeft in zijn rov. 5.25 echter niet anders overwogen dan dat het voorshands het concept van Jenga niet oorspronkelijk acht. Er is geen aanleiding 's Hofs overweging op te vatten in de zin waarvan de onderdelen uitgaan. Zij missen dus feitelijke grondslag en kunnen daarom niet tot cassatie leiden.

3.3.6. Onderdeel 3.4 faalt. Het verwijt het Hof te hebben miskend dat het spel Jenga als een gebruiksvoorwerp moet worden beschouwd waarvan

het uiterlijk in beginsel voor modelrechtelijke bescherming in aanmerking kon komen, zodat het, ingevolge art. 21 Eenvormige Beneluxwet inzake Tekeningen of Modellen (verder: BTMW), alleen dan voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking kan komen wanneer het uiterlijk duidelijk een kunstzinnig karakter vertoont. Hetgeen het Hof heeft overwogen moet echter aldus worden begrepen dat het spel Jenga, wat zijn vormgeving betreft, een werk is waaraan auteursrechtelijke bescherming moet worden toegekend. Het Hof behoefde zich daarom niet te begeven in de vraag of dit spel een "duidelijk" kunstzinnig karakter vertoont zoals bedoeld in art. 21 lid 1 BTMW (vgl. HR 21 februari 1992, nr. 14454, NJ 1993, 164).

3.3.7. Onderdeel 3.5 faalt eveneens. Het bestrijdt 's Hofs oordeel in zijn rov. 5.29, dat de in hoger beroep aangevoerde grief XIV geen stellingen bevatte die zouden kunnen leiden tot vernietiging van de vonnissen van de President. In deze grief zou, zo moet het betoog van Impag c.s. worden opgevat, besloten liggen dat Milton Bradley afstand zou hebben gedaan van de auteursrechtelijke bescherming van de Jenga spellen.

Het Hof heeft echter kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat Impag c.s. in grief XIV niet een beroep op afstand van recht hebben gedaan zoals thans door hen wordt gesteld. Dit oordeel kan in cassatie niet op juistheid worden getoetst aangezien de uitleg van hetgeen een partij voor het Hof heeft gesteld en aangevoerd is voorbehouden aan het Hof als rechter die over de feiten oordeelt.

3.4. Wie is het/Mystery Person

3.4.1. De onderdelen 4.1 4.3 zijn gericht tegen hetgeen het Hof overweegt met betrekking tot Wie is het waarop, naar 's Hofs oordeel, Impag c.s. met Mystery Person inbreuk maakt. In zijn rov. 5.30 oordeelt het Hof dat het concept van het spel Wie is het, zoals het in de uitvoeringen van het spel is geconcretiseerd, oorspronkelijkheid niet kan worden ontzegd. De uitwerking van het spelconcept en de vormgeving van het spel zijn naar 's Hofs oordeel niet te onderscheiden. Hetgeen het Hof overweegt in rov. 5.31 moet, samengevat weergegeven, aldus worden begrepen dat ook indien ervan wordt uitgegaan dat het concept van dit spel zijn oorsprong vindt in het algemeen bekende spelletje om met (zo min mogelijk) vragen te ontdekken wat of wie de ondervraagde in gedachten heeft, zoals Impag c.s. stellen, dit idee hier is uitgewerkt in een spel waarvan de vormgeving zodanig oorspronkelijk is dat het aanleiding geeft tot auteursrechtelijke bescherming.

Oordelende als zoeven is vermeld, heeft het Hof het idee, het spelconcept, onderscheiden van de uitwerking ervan en deze uitwerking aangemerkt als een werk ten aanzien waarvan de maker auteursrechtelijke bescherming geniet.

3.4.2. Oordelende als hiervoor is weergegeven heeft het Hof niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven. 's Hofs oordeel is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering. Op dit een en ander stuiten de in de onderdelen 4.1.1, 4.1.2, 4.1.3, 4.1.4 en 4.2 vervatte klachten alle af.

3.4.3. Onderdeel 4.3 klaagt dat het Hof ook met betrekking tot het spel Wie is het heeft miskend dat dit spel als een gebruiksvoorwerp moet worden beschouwd waarvan het uiterlijk in beginsel voor modelrechtelijke bescherming in aanmerking kon komen, zodat het, ingevolge art. 21 BTMW, alleen dan voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking kan komen wanneer het uiterlijk duidelijk een kunstzinnig karakter vertoont.

Deze klacht faalt op dezelfde gronden als hiervoor onder 3.3.6 zijn vermeld.

3.5. Vier op 'n Rij/Four Wins

3.5.1. De onderdelen 5.1 - 5.4 zijn gericht tegen het Hof in zijn rov. 5.35 en 5.36 overweegt met betrekking tot Vier op 'n Rij waarop, naar 's Hof's oordeel, Impag c.s. inbreuk maken met Four Wins.

3.5.2. De klachten van de onderdelen 5.1 en 5.2 gaan ervan uit dat het Hof aan het spelconcept van Vier op 'n Rij (enige) oorspronkelijkheid heeft toegekend en dat het Hof mede op grond daarvan auteursrechtelijke bescherming heeft toegekend aan het onderhavige spel.

De onderdelen kunnen bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden omdat de veronderstelling waarvan zij uitgaan niet juist is. Het Hof heeft immers, naar blijkt uit zijn rov. 5.35, het spelconcept van het onderhavige spel onvoldoende oorspronkelijk geacht om auteursrechtelijke bescherming aan dit spel te verbinden. Hetgeen het Hof overweegt geeft geen aanleiding voor de veronderstelling dat het de geringe mate van oorspronkelijkheid die het aan het spelconcept toekent van belang acht bij zijn beoordeling van de vraag of de uitvoering van het spel voldoende oorspronkelijk is om er auteursrechtelijke bescherming aan te verbinden.

3.5.3. De onderdelen 5.3 en 5.4 klagen, samengevat weergegeven, dat het Hof heeft miskend dat de vormgeving van het spel voornamelijk berust op eigenschappen waaraan technische gebruiksvoordelen zijn verbonden of waarmee de deugdelijkheid en de bruikbaarheid van het spel wordt vergroot. Deze eigenschappen had het Hof, volgens de onderdelen, buiten beschouwing behoren te laten bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een eigen oorspronkelijk karakter van het spel.

De onderdelen falen. Ook wanneer de vorm van een werk tot stand is gekomen in een met het oog op het behalen van een technisch of gebruiksvoordeel beperkte keuzevrijheid, kan sprake zijn van een werk dat een eigen oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijke stempel van de maker draagt. Dat en waarom dit in het onderhavige geval anders zou zijn is in de feitelijke instanties niet aangevoerd en kan niet voor het eerst in cassatie aan de orde worden gesteld omdat zulks een onderzoek van feitelijke aard zou vergen waarvoor in cassatie geen plaats is.

3.5.4. Onderdeel 9 is gericht tegen 's Hof's oordeel 5.11 waarin het zich, onder meer met betrekking tot het spel Vier op 'n Rij aansluit bij het oordeel van de President in zijn rov. 9 onder E van zijn tussenvonnissen. De President overweegt aldaar:

Voor Valkuil en Vier op 'n Rij geldt voorshands als voorlopig uitgangspunt dat deze spellen voor het eerst in de Verenigde Staten van Amerika zijn uitgebracht voor 1975. Dit betekent dat aangenomen al dat deze spellen in de Verenigde Staten van Amerika alleen modelrechtelijke bescherming genieten zulks hier in Nederland toen niet het geval was, aangezien de Benelux Tekeningen en Modellenwet eerst in 1975 is ingevoerd. De laatste volzin van artikel 2 lid 7 van de Berner Conventie geldt hier dus, hetgeen betekent dat voor deze spellen hier de rechten gelden overeenkomstig artikel 5 lid 1 van de Berner Conventie.

Het Hof heeft met betrekking tot het onderhavige spel geoordeeld dat auteursrechtelijke bescherming kan worden ingeroepen in verband met de oorspronkelijkheid van zijn vormgeving. Het Hof heeft echter, door zich aan te sluiten bij rov. 9 onder E van de President, tot uitgangspunt genomen dat aan dit spel in de VS modelrechtelijke bescherming geniet, maar in het midden gelaten of met betrekking tot dit spel in de VS ook auteursrechtelijke bescherming kan worden ingeroepen. Aldus oordelende heeft het Hof miskend dat indien dit spel in de VS alleen als model is beschermd, ingevolge art. 2 lid 7 Berner Conventie in Nederland, als ander land van de Unie in de zin van deze bepaling, met betrekking tot dit spel slechts de bijzondere bescherming kan worden ingeroepen, welke in Nederland aan modellen wordt toegekend. Het Hof heeft dan ook, door te oordelen dat aan het onderhavige spel auteursrechtelijke bescherming kan worden ontleend zonder vast te stellen of dit ook in de VS het geval is, van een onjuiste opvatting omtrent het in art. 2 lid 7 bepaalde blijkt gegeven. De daarop gerichte klachten van onderdeel 9 zijn gegrond.

3.5.5. Onderdeel 10, dat is gericht tegen 's Hof's rov. 5.12 strekt ten betoge dat aan de Berner Conventie geen rechten kunnen worden ontleend met betrekking tot werken (althans werken van toegepaste kunst dan wel tekeningen of modellen van nijverheid) die in het land van oorsprong (hier de VS) zijn openbaar gemaakt vóórdat de Berner Conventie voor dit land verbindend werd.

3.5.6. Bij de beoordeling van dit onderdeel moet het volgende tot uitgangspunt worden genomen. De VS zijn per 1 maart 1989 tot de Berner Conventie toegetreden. Volgens art. 18 lid 1 van de Berner Conventie is de Conventie van toepassing op alle werken, die op het ogenblik van haar inwerkingtreding nog niet gemeengoed zijn geworden in het land van oorsprong ten gevolge van het verstrijken van de beschermingsduur. Hetzelfde geldt volgens het vierde lid in geval van nieuwe toetredingen.

Hieruit volgt dat met ingang van het tijdstip waarop de VS tot de Berner Conventie toetraden, ter zake van alle werken ten aanzien waarvan ingevolge de Conventie bescherming kan worden verleend, en waarvan de VS als land van oorsprong gelden, in de Unie de aan het verdrag te ontleenen bescherming kan worden ingeroepen. Dit is slechts anders indien deze werken ten gevolge van het verstrijken van de beschermingsduur op 1 maart 1989 reeds gemeengoed waren geworden

binnen de VS. Een en ander ongeacht of met betrekking tot deze werken in de VS om een andere reden geen bescherming bestaat.

Voor zover het onderdeel met betrekking tot het spel Vier op 'n Rij beoogt te stellen dat het door verstrijken van de beschermingsduur van het auteursrecht reeds gemeengoed was geworden, kan het niet tot cassatie leiden omdat zulks in de feitelijke instanties niet is aangevoerd en de beoordeling van deze stelling een onderzoek van feitelijke aard zou vergen waarvoor in cassatie geen plaats is. Voor het overige faalt het onderdeel omdat, zoals volgt uit de hiervoor weergegeven inhoud van art. 18 lid 1 en lid 4 van de Berner Conventie, met betrekking tot werken die in de VS geen bescherming genieten, anders dan omdat zij reeds gemeengoed waren geworden ten gevolge van het verstrijken van de beschermingsduur, desondanks in andere landen van de Unie wel de aan de Conventie te ontleen bescherming kan bestaan.

Het onderdeel faalt derhalve.

3.6. Valkuil/Ball Trap

3.6.1. In de eerste plaats richten de onderdelen 6.1-6.3 zich tegen hetgeen het Hof overweegt met betrekking tot het spel Valkuil. Volgens het Hof heeft de vormgeving van dit spel voldoende oorspronkelijkheid om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen. Impag c.s. maken, naar 's Hofs oordeel, met het spel Ball Trap inbreuk op het met betrekking tot dit spel in te roepen auteursrecht.

3.6.2. Onderdeel 6.1 is gericht tegen 's Hofs rov. 5.40-5.42. Het verwijt het Hof dat het onvoldoende inzicht heeft gegeven in de gedachtegang die het heeft geleid tot zijn oordeel dat de vormgeving van het onderhavige spel voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt.

Het Hof heeft, naar volgt uit zijn door het middel bestreden rechtsoverweging, zijn oordeel gegrond op zijn waarneming van de ter griffie van het Hof gedeponeerde exemplaren van het spel Valkuil. Tot nadere motivering was het Hof in dit kort geding, gelet op het in de feitelijke instanties tussen partijen gevoerde debat, niet gehouden.

3.6.3. Onderdeel 6.2 verwijt het Hof dat het niet is ingegaan op de door Impag c.s. in hoger beroep aangevoerde grief X. Het onderdeel miskent echter dat het Hof, naar blijkt uit hetgeen het overweegt in zijn rov. 5.16 e.v. wel is ingegaan op deze grief en haar, zoals mede blijkt uit hetgeen het Hof overweegt in zijn rov. 5.50 en 6.2-6.4, gedeeltelijk gegrond heeft bevonden. Het onderdeel kan derhalve bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. 3.6.4 Voor zover onderdeel 6.3 voortbouwt op de onderdelen 6.1 en 6.2 moet het lot ervan delen. Voor zover het onderdeel strekt ten betoge dat het door het Hof te dezer zake aan Impag c.s. opgelegde verbod onvoldoende bepaald is, faalt het omdat het in 's Hofs dictum met betrekking tot het onderhavige spel geformuleerde verbod voldoende duidelijk doet zijn waaraan Impag c.s. zich hebben te houden.

3.6.5. De onderdelen 9 en 10 richten zich voorts met de hiervoor onder 3.5.4 en 3.5.5 weergegeven klachten

ook tegen 's Hofs rov. 5.11 en 5.12 voor zover zij het spel Valkuil betreffen.

Ten aanzien van dit spel heeft het Hof door zich aan te sluiten bij hetgeen de President in zijn rov. 9 onder E heeft overwogen, evenals het ten aanzien van Vier op 'n Rij heeft gedaan, tot uitgangspunt genomen dat dit spel in de VS als model wordt beschermd, maar heeft het in het midden gelaten of ten aanzien van dit spel in de VS ook auteursrechtelijke bescherming kan worden ingeroepen.

De hiertegen gerichte klacht van onderdeel 9 treft doel op de hiervoor onder 3.5.4 vermelde grond.

Onderdeel 10 faalt op de hiervoor onder 3.5.6 vermelde grond.

3.7. Zeeslag/Sea Battle

3.7.1. In zijn rov. 5.43-5.49 heeft het Hof zich begeven in de vraag of Impag c.s. onrechtmatig handelen door het op de markt brengen van Sea Battle. In zijn rov. 5.48 komt het Hof tot het oordeel dat het door Impag c.s. in de handel gebrachte spel Sea Battle een slaafse nabootsing is van de tafelluitvoering van Zeeslag. Hiertegen keren zich de onderdelen 7.1-7.4.

3.7.2. Onderdeel 7.1 verwijt het Hof dat het niet heeft onderzocht of Zeeslag zich duidelijk onderscheidt van andere op de markt aanwezige, vergelijkbare, spellen. Daarbij gaat het onderdeel, naar blijkt uit zijn toelichting, uit van hetgeen de Hoge Raad heeft geoordeeld in zijn arrest van 21 december 1956, NJ 1960, 414. **Het onderdeel faalt omdat Impag c.s. in de feitelijke instanties niet hebben aangevoerd dat Zeeslag zich niet onderscheidt van andere op de markt aanwezige spellen. Het Hof behoefde zich daarom niet te begeven in de vraag of andere spellen gelijkenis vertonen met Zeeslag.**

3.7.3. **Onderdeel 7.2 verwijt het Hof dat het in zijn rov. 5.47 ten onrechte betekenis eraan heeft toegekend dat Impag c.s. de spellen van Milton Bradley, naar het Hof vaststelt, systematisch nabootst. Ook dit onderdeel faalt. Het Hof mocht bij zijn beoordeling van de vraag of Impag c.s. onrechtmatig handelen, betekenis toekennen aan alle ten processe gebleken omstandigheden die het van belang achtte.**

3.7.4. Onderdeel 7.3 verwijt het Hof dat het niet ervan heeft blijk gegeven te zijn ingegaan op de stelling van Impag c.s. dat degene die een niet door enig recht van industriële eigendom beschermd product van een concurrent nabootst, daarbij niet is gehouden verwarring te vermijden doch slechts dat de betrokkene, waar dat mogelijk is, het eigen product zodanig dient aan te passen dat verwarring zoveel mogelijk wordt voorkomen. In het bijzonder is volgens het onderdeel niet vereist dat op alle punten waar dit mogelijk is, een afwijking wordt aangebracht.

Het Hof heeft in zijn rov. 5.46 geoordeeld dat de vormgeving van het door Impag c.s. op de markt gebrachte spel Sea Battle in overwegende mate overeenstemt met die van de tafelluitvoering van Zeeslag; dat Sea Battle moet gelden als een vrijwel slaafse nabootsing van Zeeslag; dat verwarring bij het publiek stellig is te duchten. In zijn rov. 5.47 oordeelt het Hof dat Impag c.s. de spellen van Milton Bradley systematisch na-

bootzen en dat de overeenstemming ook bijkomende elementen omvat zoals kleurstelling en vormgeving van de onderdelen. In zijn rov. 5.48 komt het Hof tot de gevolgtrekking dat de vraag of Impag c.s. hun verplichting om verwarringsgevaar te voorkomen zijn nagekomen ontkennend moet worden beantwoord. Deze oordelen moeten aldus worden begrepen dat als gevolg van de nabootsing door Impag c.s. van het spel Zeeslag, dat niet wordt beschermd door een absoluut recht van intellectuele eigendom, verwarring bij het publiek valt te duchten en dat Impag c.s., zijn tekortgeschoten in hun verplichting om bij dit nabootzen alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door de gelijkheid van beide producten gevaar voor verwarring ontstaat. Aldus oordelende heeft het Hof niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven (vgl. laatstelijk HR 30 oktober 1998, C97/084, NJ 1999/84). Opgevat als hiervoor is vermeld, is 's Hofs oordeel niet onbegrijpelijk.

Nadere motivering behoeft het niet. Het onderdeel faalt derhalve.

3.7.5. Onderdeel 7.4 verwijt het Hof dat het heeft nagelaten te vermelden welke aspecten van het spel Zeeslag van dien aard zijn dat het spel zich daardoor ten opzichte van andere op de markt aanwezige spellen onderscheidt en welke aspecten van het spel van dien aard zijn dat Impag c.s. zich van nabootsing daarvan hadden behoren te onthouden. Dit onderdeel faalt omdat uit hetgeen het Hof heeft overwogen in zijn rov. 5.44 blijkt dat het zijn door het onderdeel bestreden oordeel heeft gegrond op waarneming van de spellen. Tot nadere motivering was het Hof in dit kort geding niet gehouden.

Het in 's Hofs dictum met betrekking tot het onderhavige spel geformuleerde verbod doet voldoende duidelijk zijn waaraan Impag c.s. zich hebben te houden.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 21 januari 1999;

verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het Gerechtshof te 's-Gravenhage;

veroordeelt Marvin Glass c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Impag c.s. begroot op f 1414,77 aan verschotten en 3500 voor salaris.

Dit kort geding heeft betrekking op de auteursrechtelijke bescherming van gezelschapsspellen en in het bijzonder op de toepassing van de regels van de Berner Conventie op Amerikaanse werken.

Conclusie A-G Langemeijer:

1. De feiten en het Procesverloop

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan (Zie rov. 3.1-3.3 en rov. 5.2-5.5 van het bestreden arrest, in samenhang met rov. 1 van het tussenvonnis en rov. 4 van het eindvonnis in eerste aanleg. De merkdepots, in de cassatiefase niet meer van belang, zijn niet vermeld.) :

1.1.1. Verweersters in cassatie onder 7 en 8 (hierna: MB) zijn producenten van spellen. Deze worden door verweerster in cassatie onder 6 (Hasbro) gedistribueerd.

1.1.2. Op grond van licenties, verleend door respectievelijk de verweerders in cassatie onder 15, brengen zij de volgende spellen onder meer in Nederland op de markt:

(i) Jenga, Jenga Ultimate ("and other Jenga game type products") Jenga Ultimate is voor het eerst op de markt gebracht in 1993 in Canada;

(ii) Wie is het?, voor het eerst op de markt gebracht in 1980 in Nederland;

(iii) Vier op 'n Rij, voor het eerst op de markt gebracht in 1974 in de Verenigde Staten (MB c.s. hebben uiteengezet dat van de spellen (ii) (v) zowel een tafeluitvoering (voor de huiskamer) als een reisuivoering (voor onderweg) op de markt is gebracht.) .

(iv) Valkuil, voor het eerst op de markt gebracht in 1971 in de Verenigde Staten;

(v) Zeeslag, voor het eerst op de markt gebracht in 1967 in de Verenigde Staten

2.1.3. Eisereessen tot cassatie (Impag c.s.) brengen de volgende gezelschapsspellen op de markt, die telkens soortgelijk zijn aan het corresponderende nummer van de hierboven genoemde MB-spellen:

(i) Crazy Tower (ook: Der verrückte Stapelturm, Tour de folie, La torre loca, De dwaze stapeltoren);

(ii) Mystery Person (ook: Mysteriöse Person, Personne mystérieuse, Rostro Misterioso, Mysterieuze persoon);

(iii) Four Wins (ook: Erziele Vier, 4 en ligne, 4 en raya, Vier wint);

(iv) Ball Trap (ook: Faligrube, Trappe á balies, Trampa de bolas, Hinderlaag);

(v) Sea Battle (ook: Seeschlacht, Bataille navale, Batala naval, Zeegevecht).

1.2. Verweerders in cassatie (hierna gezamenlijk aangeduid als: MB c.s.) hebben Impag c.s. in kort geding gedagvaard voor de president van de rechtbank te Amsterdam. Zij hebben gevorderd dat aan Impag c.s. wordt verboden inbreuk te maken op de auteursrechten van de eisereessen onder 1-6 en aan Impag c.s. wordt bevolen het onrechtmatig handelen jegens (alle) eisereessen te staken. Voorts hebben zij de gebruikelijke nevenvorderingen ingesteld, kort gezegd: opgave aan MB c.s. van de aan Impag c.s. geleverde aantallen inbreukmakende waren en de leveranciers daarvan, opgave van de omzet en de daarmee behaalde winst, opgave van de door Impag c.s. aan filialen of afnemers geleverde aantallen en van de nog aanwezige voorraad, het terughalen en vernietigen van de inbreukmakende waren (de zgn. recall alsmede voorschotten op de aan MB c.s. verschuldigde schadevergoeding en winstafdracht (art. 27a Auteurswet 1912). Aan deze vorderingen hebben MB c.s. ten grondslag gelegd dat de spellen van Impag c.s. een ongeoorloofde verveelvoudiging zijn van spellen waarop de eisereessen onder 16 (thans verweerders in cassatie) auteursrechten bezitten. Daarnaast hebben zij gesteld dat Impag c.s. onrechtmatig handelen jegens MB c.s. door de slaafse nabootsing van spelconcepten en vormgeving van de MB-spellen, waardoor bij het publiek nodeloos verwarring wordt veroorzaakt? (Aan de mer-

kenrechtelijke grondslag van de vordering (zie rov. 2.2 tussenvonnis, rov. 7 eindvonnis) zijn de president en het hof niet meer toegekomen. 4 Waar het hof in rov. 4.5 vermeldt dat Milton Bradley c.s. hoger beroep hebben ingesteld, is kennelijk sprake van een vergissing.)

1.3. Impag c.s. hebben enkele "Formele verweren" gevoerd: In de eerste plaats hebben zij betwist dat MB c.s. spoedeisend belang hebben bij de gevorderde voorziening: met uitzondering van Ball Trap zijn de spellen van Impag c.s. al geruime tijd op de markt (volgens Impag: tien tot anderhalf jaar vóór de inleidende dagvaarding). Bovendien loopt over het spel Who, Find Out The Mystery Person (een voorloper van Mystery Person) al sedert 1996 een bodemprocedure bij de rechtbank te Groningen tussen de Nederlandse dochteronderneming van MB en Hasbro enerzijds en Impag B.V. anderzijds, welke volgens Impag c.s. moet worden afgewacht. In de tweede plaats hebben Impag c.s. een exceptie van litispending opgeworpen: bij de Rechtbank van Koophandel te SaintEtienne (F) is een bodemprocedure aanhangig tussen enerzijds Hasbro en Hasbro France S.A. en anderzijds Impag B.V. en Impag France S.A. met betrekking tot de spellen Four Wins, Mystery Person en Ball Trap. Art. 21 EEX brengt volgens Impag c.s. mee, dat de president zich onbevoegd dient te verklaren, althans de zaak dient aan te houden totdat in de Franse procedure is beslist. In de derde plaats hebben MB c.s. volgens Impag c.s. het recht verwerkt om hen in rechte aan te spreken, omdat zij hen discrimineren in vergelijking met andere handelaars in spellen die uitgaan van hetzelfde spelconcept als de MB-spellen en door MB c.s. ongemoeid worden gelaten.

Naast deze formele verweren hebben Impag c.s. inhoudelijk verweer gevoerd. Zij hebben beste dat MB c.s. in Nederland aanspraak hebben op auteursrechtelijke bescherming; volgens Impag c.s. staan de bepalingen van de Auteurswet 1912, de Berner Conventie en de Benelux Tekeningen en Modellenwet (BTMW) daaraan in de weg. Subsidiair bestrijden Impag c.s. de gestelde inbreuk en de gestelde slaafse nabootsing.

1.4. Bij tussenvonnis van 21 augustus 1997 heeft de president alle formele verweren verworpen. Verder heeft de president de behandeling aangehouden, teneinde partijen in de gelegenheid te stellen hem informatie te verstrekken over het land van oorsprong en de publicatiedata van de MB-spellen. Daarop vooruitlopend, heeft de president tijdelijke maatregelen getroffen (een verkoopverbod en een recall-bevel). Nadat de gevraagde inlichtingen waren verschaft, heeft de president bij eindvonnis van 23 oktober 1997 (I/AMI 1998 blz. 48 e.v.) de vorderingen van MB c.s. toegewezen, behoudens de gevorderde voorschotten op de winstafdracht en de schadevergoeding. Naar het oordeel van de president kunnen de desbetreffende eiseressen krachtens de Berner Conventie in Nederland aanspraak maken op auteursrechtelijke bescherming overeenkomstig de Auteurswet 1912. De president heeft daartoe onder meer overwogen (tussenvonnis rov. 9):

A. De diverse spellen behelzen niet louter een idee, maar vormen een concrete uitwerking daarvan in een bepaalde vorm, die voor bescherming in intellectueel eigendomsrechtelijke zin vatbaar is.

B. De concrete uitwerking van die spellen is in alle gevallen niet louter technisch bepaald, maar vertoont een zodanig persoonlijk karakter, dat die spellen voor auteursrechtelijke bescherming vatbaar zijn.

C. De diverse spellen van gedaagden vertonen daarmee een zodanige gelijkenis, dat van verveelvoudiging van de spellen van eisers sprake is.

1.5. Impag c.s. zijn tegen beide vonnissen in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof te Amsterdam (Waar het hof in rov. 4.5. vermeldt dat Milton Bradley c.s. hoger beroep hebben ingesteld, is kennelijk sprake van een vergissing.) . Bij arrest van 21 januari 1999 (IER 1999, 21) heeft het hof de grieven tegen de beslissing omtrent de formele verweren verworpen (rov. 5.6 5.8). Ook deelt het hof het oordeel van de president dat MB c.s. via de Berner Conventie in Nederland de bescherming van het Nederlandse auteursrecht kunnen inroepen (rov. 5.9 5.15). Omdat in hoger beroep wederom werd gestreden over de vraag wat nu precies datgene is, wat niet verveelvoudigd mag worden (het spelconcept of slechts een bepaalde uitvoering van het spel) (Zie met name: MvG, grief V; MvA blz. 8-9 ad grief V.), heeft het hof een interpretatie gegeven aan de hierboven geciteerde overwegingen van de president. Het hof verstaat deze overwegingen aldus, dat de president aan de MB-spellen auteursrechtelijke bescherming heeft toegekend omdat het spelconcept dat aan ieder van de MB-spellen ten grondslag ligt, zoals dit in het desbetreffende spel is geconcretiseerd, als een van de vormgeving van het spel te onderscheiden werk in de zin van art. 1 Auteurswet 1912 moet worden beschouwd (rov. 5,17). Anders dan de president, achtte het hof niet zonder meer aannemelijk dat het spelconcept van alle genoemde MB-spellen auteursrechtelijk wordt beschermd. Aan de hand van zijn eigen waarneming (rov. 5.22) heeft het hof de litigieuze spellen dan ook stuk voor stuk beoordeeld. Het hof heeft geconstateerd dat de verpakkingen (de dozen) van de wederzijdse spellen niet overeenstemmen (rov. 5.24). Daarom heeft het hof zijn aandacht gericht op de inhoud van de dozen, dus op de spelbenodigdheden zoals de speelborden, de speelstukken en de spelregels voor zover deze laatste inzicht bieden in het spelconcept.

1.6. Deze individuele beoordeling per spel heeft tot het volgende resultaat geleid (rov.5.25-5.51):

(ad i) het spelconcept van -7enga is niet oorspronkelijk en wordt niet beschermd; de vormgeving van (de spelbenodigdheden van) Jenga is wel oorspronkelijk; de ter griffie gedeponeerde uitvoering van Jenga is een auteursrechtelijk beschermd werk. De Crazy Tower van Impag c.s. is een ongeoorloofde nabootsing daarvan en zoverre is er sprake van een inbreuk op het auteursrecht.

(ad ii) bij het spel Wie is het? valt de vormgeving (tafelensuitvoering) niet te scheiden van de uitwerking van het spelconcept; beide zijn voldoende oorspronkelijk om auteursrechtelijk te worden beschermd.

Mystery Person van Impag c.s. stemt zowel v.w.b. de uitwerking van het spelconcept als v.w.b. de vormgeving volkomen overeen met Wie is het? Er is dus sprake van een inbreuk op het auteursrecht.

(ad iii) het spelconcept van Vier op 'n Rij is niet oorspronkelijk en wordt niet beschermd; de vormgeving van het ter griffie gedeponeerde spel Vier op 'n Rij is wel een auteursrechtelijk beschermd werk; dat geldt zowel voor de tafel als voor de reisuivoering. Four Wins van Impag c.s. is een vrijwel klakkeloze kopie van de reisuivoering van Vier op 'n Rij en stemt in hoofdzaken overeen met de tafeluivoering daarvan. In zoverre is er sprake van een inbreuk op het auteursrecht.

(ad iv) het spel concept van Valkuil wordt overwegend bepaald door een technisch effect en is daarom niet vatbaar voor auteursrechtelijke bescherming; de vormgeving van (de ter griffie gedeponeerde) tafeluivoering van Valkuil (c-1972) is wel een auteursrechtelijk beschermd werk. Ball Trap van Impag c.s. is hiervan een nabootsing. In zoverre is er sprake van een inbreuk op het auteursrecht.

(ad v) ten aanzien van Zeeslag, een vanouds bekend spelletje, voldoen noch het spelconcept noch de vormgeving aan de eis van oorspronkelijkheid. Dit MB-spel komt dus niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking. Wel is ten aanzien van Sea Battle van Impag c.s. sprake van een vrijwel slaafse nabootsing van de vormgeving van Zeeslag (tafeluivoering met ©-teken 1972), waardoor verwarring bij het publiek is te duchten. Daarbij komt dat aannemelijk is dat Impag c.s. systematisch de spellen van MB c.s. nabootsen, ook in bijkomende elementen zoals de kleurstelling en vormgeving van onderdelen. Op grond van onrechtmatige daad kan ook ten aanzien van dit spel de vordering worden toegewezen. Het hof heeft in zoverre met partiële vernietiging van het eindvonnis het door de president gegeven verbod opnieuw geformuleerd en voor het overige de vonnissen van de president bekrachtigd.

1.7. Tegen dit arrest hebben Impag c.s. tijdig (art. 295 lid 4 Rv) beroep in cassatie ingesteld. MB c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten met een dupliek.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Onderdeel 1 bevat geen klacht. Onderdeel 2 heeft betrekking op de verwerping van de formele verweren en in het bijzonder op de vraag, of voldaan is aan het vereiste van spoedeisend belang. In de onderdelen 3 tot en met 7 wordt telkens één van de vijf omstreden spellen behandeld. In de onderdelen 9 en 10 komen de Berner Conventie en de mogelijkheid van auteursrechtelijke bescherming van Amerikaanse spellen in Nederland aan de orde. De onderdelen 8 en 11 zijn bij gelegenheid van de schriftelijke toelichting door Impag c.s. ingetrokken.

2.2. Onderdeel 2 komt met een rechtsklacht en een motiveringsklacht op tegen het oordeel van het hof, dat het spoedeisend belang reeds gegeven is met het feit dat Impag c.s. voortgaan met het op de markt brengen van

hun spellen en daarmee, naar de stelling van MB c.s., onrechtmatig handelen (rov. 5.7). Reeds in eerste aanleg werd het spoedeisend belang bestreden, met het argument dat de spellen van Impag c.s. al geruime tijd in de handel zijn zonder dat MB c.s. daartegen hebben opgetreden (Zie de pleitnota van mr. Crul in de aanleg blz. 3: Four Wins zou in de handel zijn sinds 1987 (reisuivoering) resp. 1992 (tafeluivoering), Sea Battle sinds 1994, Mystery Person sinds 1995, Crazy Tower sinds 1996; slechts Ball Trap (februari 1997) was relatief recent. MB c.s. hebben deze jaartallen betwist (MvA onder 12). De inleidende dagvaarding dateert van 28 juli 1997.) . Impag c.s. heeft ter onderbouwing van dit verweer gewezen op het beleid van de Haagse rechtbank in kort gedingen in octrooizaken. Dat beleid komt erop neer, dat een octrooihouder na het constateren van een (vermeende) inbreuk weliswaar een redelijke termijn moet worden vergund om inlichtingen in te winnen, deskundigen te raadplegen of anderszins bewijs te vergaren, maar dat de octrooihouder overigens voortvarend te werk dient te gaan indien hij in kort geding tegen een inbreuk wenst op te treden; in het algemeen betekent dit, dat de octrooihouder niet meer dan zes maanden mag laten verstrijken tussen de constatering en het aanhangig maken van het kort geding; na het verstrijken van de termijn wordt niet zonder meer van een spoedeisend belang uitgegaan (Pleitnota mr. Crul in l' aanleg blz. 2. De zes maanden-termijn is o.m. te kennen uit Hof Den Haag 12 september 1996, BIE 1997, 63 en het daaraan voorafgaande vonnis Pres. Rb. Den Haag 14 december 1995, IER 1996, 6; zie ook: Pres. Rb. Den Haag 11 juni 1999, KG 1999, 165, rov. 6. 8 HR 26 juni 1981, NJ 1983, 612, m.nt. WHH onder nr. 614; HR 22 januari 1999, NJ 1999, 381 m.nt. DWFV (rov. 3.5).) . President en hof hebben dit verweer verworpen.

2.3. Art. 289 lid 1 Rv behelst de regel, dat in alle zaken waarin uit hoofde van onverwijlde spoed, gelet op de belangen van partijen, een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt vereist, een voorziening in kort geding kan worden gegeven. De kortgedingrechter moet het spoedeisend belang ambtshalve toetsen, naar de toestand op het moment waarop hij (in eerste aanleg resp. in hoger beroep) beslist (In hun s.t. (blz. 13) erkennen Impag c.s. dit Vgl. Veegens/Korthals -/Groen, Cassatie in burgerlijke zaken (1989) nr. 105; Vademe-cum Burgerlijk Procesrecht Alg) . De wet veronderstelt een afweging van de wederzijdse belangen van de gedingvoerende partijen. Het resultaat van deze afweging wordt door de Hoge Raad veelal beschouwd als een oordeel van feitelijke aard, dat om die reden in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht (. Deel/deel 1 (Van Nispen) nr. 46.1.8; Schenk/Blaauw, Het kort geding, algemeen deel (1996) blz. 6-7.) . De discussie over het vereiste van spoedeisend belang is recent opgelaaid met betrekking tot geldvorderingen in kort geding (HR 14 april 2000, NJ 2000, 489 m.nt. DWFV.) . Daarover gaat het ditmaal niet: de beslissing van de president tot afwijzing van de geldvorderingen is niet in het hoger beroep betrokken. Meer van belang

is hier de merkenzaak HR 23 januari 1998, NJ 2000, 544 (rov. 3.3), waarin werd overwogen:

Indien, zoals hier, in kort geding een voorziening wordt gevraagd, die ertoe strekt een einde te maken aan door de eisende partij als stelselmatige inbreuk op een haar toekomend subjectief recht aangemerkte handelingen waarvan zij doorlopende schade ondervindt, ligt het alleszins voor de hand dat deze partij een spoedeisend belang bij haar vordering heeft.

Het door MB c.s. gevraagde verbod van inbreuk op haar auteursrechten en het gevraagde gebod tot staken van verder onrechtmatig handelen hebben een dergelijke strekking, zodat niet veel toelichting behoefde waarom het hof hier een spoedeisend belang aanwezig achtte. Hetzelfde geldt voor de gevorderde maatregelen welke dit verbod kracht moeten bijzetten, zoals de recall, respectievelijk de naleving van het verbod controleerbaar moeten maken, zoals de gevraagde opgave van ingekochte, doorverkochte en nog in voorraad zijnde inbreukmakende spellen.

2.4. Met het bovenstaande is de Wacht nog niet geheel beantwoord. Met het (voort)bestaan van een onrechtmatige toestand is een spoedeisend belang niet per definitie "gegeven" (Schenk/Blaauw, a.w. blz. 6.); het spoedeisend belang wordt in zulke gevallen wel snel aangenomen, wat niet precies hetzelfde is. Ik meen echter dat het onjuist zou zijn, het arrest te vernietigen enkel vanwege het gebruik van het woord "gegeven". Ter discussie stond immers de stelling van Impag c.s., dat een eiser die langer dan zes maanden wacht met het aanbrengen van de zaak geen haast heeft en reeds daarom zijn spoedeisend belang verliest (rov. 4.2 tussenvonnis Pres.). Het hof heeft kennelijk willen aangeven, dat het spoedeisend belang ook ná het verstrijken van zes maanden nog steeds gelegen is in het belang van MB c.s. bij het onmiddellijk doen ophouden van het inbreukmakende en onrechtmatige gedrag.

2.5. Ook in gevallen, waar betrekkelijk gemakkelijk een spoedeisend belang aanwezig wordt geacht, zoals bij vorderingen welke ertoe strekken een voortdurende inbreuk op een subjectief recht onmiddellijk te doen ophouden, kan het spoedeisend karakter verloren gaan wanneer de eisende partij zonder aanvaardbare reden talmt met het instellen van een vordering in kort geding. (De vraag of het spoedeisend karakter verloren kan gaan door talmen ná het aanbrengen van het kort geding, bijv. tijdens het appel van het kort geding vonnis, blijft thans onbesproken.) Noodzakelijk is dit echter niet: een aanvankelijk nauwelijks hinderlijke inbreuk op een subjectief recht kan door de herhaling van de inbreuk of door een toename in omvang of intensiteit het belang om de inbreuk te doen ophouden alsnog spoedeisend maken, ook al is inmiddels enige tijd na de eerste constatering verstreken. Het beleid van de Haagse kort gedingrechter in octrooizaken doet hieraan niet af: in de eerste plaats gaat het hier niet om een octrooizaak. In de tweede plaats lijkt mij, dat dit beleid grond vindt in een afweging van belangen: naarmate de inbreukmaker langer openlijk met zijn product op de markt is zonder dat de octrooihouder daartegen op-

treedt, kan het bedrijfseconomisch steeds bezwaarlijker worden om het inbreukmakende product alsnog van de markt te halen. Wordt de inbreukmaker in kort geding aangesproken, dan kan hij in het kader van de door art. 289 Rv vereiste afweging van belangen dit bedrijfseconomische belang in de weegschaal leggen. Naarmate dit belang van de gedaagde partij zwaarder weegt, zal de eisende partij met klemmender argumenten moeten komen. In grief I over het spoedeisend belang hebben Impag c.s. de (bedrijfseconomische) gevolgen van toewijzing van het gevorderde niet eens genoemd. Slechts in ander verband, namelijk in de toelichting op grief III, hebben zij hierover iets gezegd en dan nog niet méér dan de niet toegelichte stelling, dat de toewijzing van de vordering belastend voor hen is omdat de in de markt opgebouwde goodwill verloren gaat. Het hof is klaarblijkelijk van oordeel geweest, dat het spoedeisend belang van MB c.s. bij stopzetting van de inbreuk de toewijzing van de vorderingen kan dragen. Dit oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en behoeft geen nadere motivering. Anders dan Impag c.s., die in hun s.t. (blz. 13) spreken van een "dooddoener", schijnt het mij toe dat het hof de belangenafweging niet duidelijker tot uitdrukking kón brengen, omdat de stellingen van Impag c.s. het hof daartoe onvoldoende concrete aanknopingspunten boden. (De motiveringsklacht wordt herhaald in de aanvang van subonderdeel 2.2. Zie voor een afweging van het spoedeisend belang: HR 23 april 1982, NJ 1982, 523; HR 29 september 1995, NJ 1996,464.)

2.6. Subonderdeel 2.2 klaagt onder het kopje "vervolgens". dat het aannemen van spoedeisend belang niet valt te rijmen met de stellingen van Impag c.s. omtrent de aanhangige procedure in Groningen en te Saint-Etienne (zie hierboven: alinea 1.3). Deze stellingen behoeften het hof niet op andere gedachten te brengen. MB c.s. hebben uiteengezet (en uit de in eerste aanleg overgelegde stukken valt op te maken) dat de Groningse bodemprocedure een ander spel betrof dan de in dit geding betrokken spellen van Impag c.s. Bovendien hebben MB c.s. een aanvaardbare verklaring gegeven waarom zij met de Groningse bodemprocedure geen haast hebben gemaakt (MvA onder 14; het spel, waarop de Groningse procedure betrekking had, zou reeds uit de markt zijn.) . Voor wat betreft de procedure in Frankrijk, hebben Impag c.s. in feitelijke aanleg deze procedure uitsluitend naar voren gebracht in het kader van hun stelling dat de president zich op grond van art. 21 EEX onbevoegd zou moeten verklaren. althans het kort geding zou moeten aanhouden, niet om daarmee het spoedeisend belang te bestrijden (Pleitnota zijdens Impag c.s. in de aanleg blz. 4-5; in hoger beroep grief H.) . Ten overvloede zij opgemerkt, dat de procedure te Saint-Etienne uitsluitend ziet op de Franse markt; of dáár een voorziening wordt gegeven, staat los van de vraag of MB c.s. spoedeisend belang hebben bij de gevraagde voorziening in Nederland.

2.7. Tenslotte klaagt dit subonderdeel, dat het hof heeft verzuimd bij de beoordeling van het spoedeisend belang alle omstandigheden te betrekken, waaronder de procedures te Groningen en Saint-Etienne en de in grief

IV aangevoerde stellingen omtrent discriminatie (zie hierboven: alinea 1.3 onder c). Deze klacht faalt. Het hof heeft in het kader van het vereiste van spoedeisend belang uitdrukkelijk aandacht besteed aan de Groningse procedure. De procedure te Saint-Etienne en de in grief IV aangevoerde omstandigheden heeft het hof besproken in het kader waarin zij door Impag c.s. werden aangevoerd, te weten in grief II (exceptie van litispendingie) resp. grief IV (discriminatie). Bij de verwerping van grief I (de grief over het spoedeisend belang) behoefde het hof niet aangevoerde omstandigheden niet in zijn motivering te betrekken. De slotsom is, dat onderdeel 2 faalt.

2.8. Ik sla de onderdelen 3-7 even over en bespreek eerst de onderdelen 9 en 10 over de Berner Conventie. Ten aanzien van twee van de vijf MB-spellen, te weten Valkuil en Vier op 'n Rij, beide vóór 1975 gepubliceerd in de VS, heeft het hof aangenomen dat MB c.s. in Nederland auteursrechtelijke bescherming kunnen verkrijgen krachtens art. 5 lid 1 van de Berner Conventie (BC). Art. 47 van de Auteurswet 1912 bepaalt, kort gezegd en voor zover thans van belang, dat deze wet van toepassing is op werken van letterkunde, wetenschap of kunst welke voor de eerste maal zijn uitgegeven in Nederland en op werken waarvan de maker een Nederlander is. De spellen Valkuil en Vier op 'n Rij Voldoen niet aan deze omschrijving en worden dus niet rechtstreeks door de Auteurswet 1912 beschermd. Nederland en de VS zijn echter partij bij de Berner Conventie. (Verdrag van 9 september 1886 voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, herhaaldelijk herzien, o.m.: te Berlijn op 13 november 1908, te Rome op 2 juni 1928, te Brussel op 26 juni 1948, te Stockholm op 14 juli 1967 en te Parijs op 24 juli 1971; de tekst is afgedrukt in S&J-editie 754. Tussen de lidstaten van de BC onderling geldt telkens de laatst herziene tekst van de BC, waartoe beide betrokken landen zijn toegetreden. Voor Nederland geldt sedert 30 januari 1986 de tekst zoals in 1971 herzien te Parijs (v.w.b. de artikelen 1-21): de goedkeuringswet (wet van 30 mei 1985, Stb. 306, is afgedrukt in SW 75-1 blz. 399; zie ook blz. 489. De VS zijn per 1 maart 1989 toegetreden tot de Berner Conventie zoals laatstelijk herzien in 1971 te Parijs; zie SW 75 blz. 491. Over de BC in het algemeen: 111. Spoor en D.W.F. Verkade, Auteursrecht (1993), blz. 526-536 en blz. 582; S. Ricketson, The Berner Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886-1986 (1987); Nordemann/Vinck/Hertin/Meyer, International Copyright and Neighbouring Rights Law (1990).) De Berner Conventie bepaalt in art. 5, eerste lid, dat auteurs van werken waarvoor zij krachtens de Conventie zijn beschermd, in de lid-staten die niet het land van oorsprong van het werk zijn de rechten genieten welke de onderscheiden wetten aan eigen onderdanen verlenen, alsmede de rechten door de Conventie in het bijzonder verleend. Een Amerikaanse auteur geniet dus voor werken, waarvan de VS het land van oorsprong zijn, in Nederland in principe de bescherming welke de Auteurswet 1912 aan Nederlandse auteurs verleent en daarenboven de

rechten welke de BC in het bijzonder aan auteurs toekent.

2.9. Volgens Impag c.s. kunnen MB c.s. aan de algemene regel van art. 5 lid 1 BC geen aanspraak ontlenen op auteursrechtelijke bescherming in Nederland omdat art. 2 lid 7 BC een bijzondere regel inhoudt voor werken van toegepaste kunst. Art. 2 lid 7 BC laat, zij het binnen zekere grenzen (zie art. 7 lid 4 BC), de lidstaten alle vrijheid om in hun nationale wetgeving het toepassingsgebied te bepalen van hun wetten betreffende werken van toegepaste kunst en tekeningen en modellen van nijverheid alsmede de vrijheid om voorwaarden te stellen voor de bescherming van deze werken, tekeningen en modellen. Volgens Impag c.s. kan voor de onderhavige werken in het land van oorsprong, de VS, geen beroep op auteursrechtelijke bescherming worden gedaan. Voor werken die in het land van oorsprong uitsluitend als tekeningen of modellen zijn beschermd, bepaalt art. 2 lid 7 BC dat in een andere lid-staat van de BC slechts de bijzondere bescherming kan worden ingeroepen welke in dat land aan tekeningen of modellen wordt verleend: de zgn. reciprociteitregel. Slechts indien in het land waar de bescherming wordt gevraagd geen bijzondere bescherming aan tekeningen en modellen van nijverheid wordt verleend, worden deze werken (auteursrechtelijk) beschermd als werken van kunst. Volgens Impag c.s. kan, op grond van deze reciprociteitregel, in Nederland voor deze twee, auteursrechtelijk onbeschermden spellen uitsluitend de bijzondere bescherming voor tekeningen of modellen worden ingeroepen, d.w.z.: de bescherming op grond van de BTMW.

2.10. In zijn tussenvonnis (rov. 9 onder E) heeft de president veronderstellend aangenomen dat het waar is, dat deze twee spellen in de VS uitsluitend als modellen van nijverheid en niet auteursrechtelijk worden beschermd (Of deze veronderstelling juist is, is nog maar de vraag: zie daarover de s.t. van MB c.s. blz. 12.) . De president heeft vervolgens vastgesteld dat deze twee spellen dateren van vóór 1 januari 1975, toen in Nederland nog geen bijzondere bescherming van tekeningen en modellen van nijverheid bestond. Derhalve geldt, volgens de president, de regel van de laatste volzin van art. 2 lid 7 BC, en worden deze Amerikaanse werken in Nederland auteursrechtelijk beschermd als werken van kunst. Het hof heeft de hiertegen gerichte grief VII verworpen in rov. 5.11.

2.11. Onderdeel 9 van het middel komt met een rechtsklacht tegen dit oordeel op. Samengevat houdt de klacht in, dat het hof in rov. 5.11 miskent, dat de regel van de laatste volzin van art. 2 lid 7 BC in het tijdvak vóór 1 januari 1975 nog niet gold. In 1975, om precies te zijn: tot 30 januari 1986, gold in Nederland de reciprociteitregel zoals verwoord in art. 2 lid 5 (oud) van de Berner Conventie zoals deze laatstelijk was herzien te Brussel in 1948. (De in 1948 te Brussel herziene tekst van de BC geldt voor Nederland sedert 7 januari 1973. In 1971 (Valkuil) was nog de tekst, zoals laatstelijk herzien in 1928 te Rome, van kracht: zie alinea 2.14 hierna.) Volgens de toenmalige reciprociteitregel werd in Nederland geen auteursrechtelijke bescherming

verkregen. Impag c.s. vinden het onaannemelijk, dat de goedkeuring door Nederland van de BC-herziening van Parijs 1971 tot gevolg zou hebben, dat de regel in de laatste volzin van art. 2 lid 7 BC-nieuw zou kunnen worden toegepast op Amerikaanse werken van toegepaste kunst die vóór 30 januari 1986 openbaar zijn gemaakt. Daarmee zou auteursrechtelijke bescherming worden verschaft aan werken die vóór 30 januari 1986 in het publieke domein vielen.

2.12. Onderdeel 10 sluit hierbij aan, met een klacht tegen rov. 5. 12. Deze klacht houdt in dat het niet mogelijk is, aan de Berner Conventie auteursrechtelijke bescherming te ontnemen met betrekking tot werken van toegepaste kunst c.q. tekeningen of modellen van nijverheid die, vóórdat de Berner Conventie voor de desbetreffende staat (hier: de VS) van kracht werd (1 maart 1989), door openbaarmaking reeds tot het publiek domein behoorden.

2.13. Ik begin met de laatstgenoemde kwestie: de toetreding van de VS tot de Berner Conventie per 1 maart 1989 (Zie over die toetreding: 1A. Baumgarten en C.A. Meyer, *Effects of U.S. adherence to the Berner Convention*, BIE 1989 blz. 117 e.v.; D.M. Spector, *Implications of United States Adherence to the Berner Convention*, EIPR 1989 blz. 167 e.v.) . Op grond van art. 18 lid 1 BC is de Conventie van toepassing op alle werken, die op het ogenblik van haar inwerkingtreding nog niet gemeengoed zijn geworden in het land van oorsprong ten gevolge van het verstrijken van de beschermingsduur. Het vierde lid houdt in, dat deze bepaling ook van toepassing is bij nieuwe toetredingen tot de Unie. Uit deze bepalingen in onderling verband valt op te maken, dat vanaf het moment waarop de VS tot de Berner Conventie toetraden alle werken, waarvan de VS als het land van oorsprong geldt, in de andere lid-staten van die Conventie auteursrechtelijke bescherming genieten, tenzij deze werken ten gevolge van het verstrijken van de beschermingsduur op 1 maart 1989 reeds gemeengoed waren geworden binnen de VS (Vgl. hof Amsterdam 1 februari 1996, I/AMI 1996 blz. 112 e.v., besproken in: E.D.G. Kiersch, *Met terugwerkende kracht tot 1886: artikel 18 van de Berner Conventie*, I/AMI 1997 blz. 6 e.v. Zie voorts: S. Ricketson, *The Berner Convention* (a.w. 1987) blz. 671-677; Nordemann/Vinck/Hertin/Meyer, *International Copyright and Neighbouring Rights Law* (1990) blz. 161.) . Of deze werken om een andere reden (bijv. het niet voldoen aan een bepaald vormvereiste) binnen de VS auteursrechtelijk onbeschermd zijn, doet niet ter zake. Het kan dus vóórkomen dat een werk "thuis" onbeschermd is en in een ander conventieland op gelijke voet wordt beschermd met de werken van auteurs in dat land. In feitelijke aanleg hebben Impag c.s. aangevoerd, dat in deze spellen binnen de VS auteursrechtelijk onbeschermd zijn en dat met name niet is voldaan aan de vormvereisten die de toenmalige Amerikaanse wetgeving voor de vestiging van een auteursrecht stelde, te weten: depot (registratie) en het voeren van de zgn. copyright-notice op het werk (MvG onder 9.4: toelichting op grief VIII. NB: in eerste aanleg hadden Impag c.s. nog wel betoogd dat de maximumduur van

een evt. modelrecht (design patent) in de VS inmiddels was verstreken: CvA 3.3-3.9.) . In feitelijke aanleg hebben Impag c.s. niet aangevoerd dat deze MB-spellen ten gevolge van het verstrekken van de beschermingsduur van het auteursrecht op 1 maart 1989 in de VS reeds tot het publieke domein behoorden. Voor zover onderdeel 10 van die veronderstelling uitgaat, mist de Wacht m.i. feitelijke grondslag. Voor zover het onderdeel een andere maatstaf dan die van art. 18 leden 1 en 4 BC aanhoudt, faalt de klacht. Het gevolg van de toetreding van de VS tot de Berner Conventie is, dat werken ook werken van vóór 1 maart 1989 waarvan de beschermingsduur binnen de VS op 1 maart 1989 nog niet was verstreken ingaande 1 maart 1989 in Nederland worden beschermd.

2.14. Het voorgaande betrof de algemene regel van art. 18 BC; het navolgende betreft de bijzondere regels voor werken van toegepaste kunst. Eerst een summier historisch overzicht. In de Berner Conventie, naar de tekst zoals herzien te Berlijn in 1908 welke tekst ten grondslag heeft gelegen aan de totstandkoming van de Auteurswet 1912 was de regel opgenomen, dat werken van toegepaste kunst worden beschermd voor zover de nationale wetgeving van de lid-staten zulks toelaat (art. 2 lid 4 (oud) BC (De vroegere teksten van de BC zijn afgedrukt in Nordemann/Vinck/Hertin/Meyer, *International Copyright and Neighboring Rights Law* (1990) blz. 534 e.v.) . De Auteurswet 1912 maakte van deze mogelijkheid gebruik door in de omschrijving van beschermingswaardige werken in art. 10 op te nemen: werken van op nijverheid toegepaste kunst. Het systeem van de Berner Conventie is niet, dat de auteur in het land van herkomst een auteursrecht verkrijgt dat ook in de andere Verbondslanden erkenning en bescherming vindt, doch dat de Conventie aan de auteur, onafhankelijk van het al of niet bestaan van bescherming in het land van herkomst, in ieder Verbondsland een recht geeft, dat in omvang en werking gelijk is aan dat, hetwelk de eigen wetgeving van dat Verbondsland bij rechtstreekse toepasselijkheid van die wetgeving aan auteurs verleent (HR 13 februari 1936, NJ 1936, 443 m.nt. EMM.) . Dit systeem leidde tot een zekere onevenwichtigheid tussen auteurs uit de diverse lid-staten: auteurs uit een lid-staat A, die in zijn nationale recht werken van toegepaste kunst niet beschermt, verkregen het genot van auteursrechtelijke bescherming in lid-staat B, waar het nationale recht zulke werken wel beschermt. Omgekeerd verkrijgen auteurs uit lid-staat B voor hun werken van toegepaste kunst geen bescherming in lid-staat A. Om deze onevenwichtigheid te herstellen werd in 1948 te Brussel voor een ander systeem gekozen, waarbij werken van toegepaste kunst in beginsel werden gerekend tot de te beschermen werken van letterkunde en kunst (art. 2 lid 1 (oud) BC). Aan de (nationale) wetgeving van de lid-staten was evenwel voorbehouden, het toepassingsgebied te bepalen van hun wetten betreffende werken van toegepaste kunst en tekeningen en modellen van nijverheid, alsmede de voorwaarden te stellen aan de bescherming van deze werken, tekeningen en modellen (art. 2 lid 5 (oud) BC). Aan art. 2 werd de reciprociteitregel toege-

voegd: voor werken, die in het land van herkomst alleen als tekeningen en modellen zijn beschermd, kan in de andere landen van het verbond slechts de in deze landen aan tekeningen en modellen verleende bescherming worden ingeroepen (art. 2 lid 5 (oud) BC). Op deze wijze krijgt een auteur in andere verbondslanden niet méér bescherming dan hij "thuis" krijgt.

2.15. Dit systeem hief weliswaar de hierboven geschetste onevenwichtigheid op, maar riep een nieuwe onevenwichtigheid in het leven: er waren in 1948 diverse lid-staten, waaronder Nederland, die in hun nationale wetgeving geen afzonderlijke bescherming voor tekeningen en modellen van nijverheid kenden. Naar de tekst van art. 2 lid 5 (oud) BC was het resultaat, dat auteurs uit landen waar werken van toegepaste kunst uitsluitend als tekeningen en modellen van nijverheid werden beschermd, in zulke andere lid-staten helemaal geen bescherming verkregen: zij kregen door de reciprociteitsregel geen auteursrechtelijke bescherming. Evenmin kregen zij in zulke lid-staten modelrechtelijke bescherming, want die bestond daar niet. Om deze nieuwe onevenwichtigheid te herstellen, werd in 1971 te Parijs de tekst van de Berner Conventie wederom herzien. Werken van toegepaste kunst behoren nog steeds tot de te beschermen werken van letterkunde en kunst. Art. 2 lid 7 BC bepaalt thans:

Het is onverminderd de bepalingen van artikel 7, vierde lid van de Conventie aan de wetgeving van de landen van de Unie voorbehouden om het toepassingsgebied te bepalen van hun wetten betreffende werken van toegepaste kunst en tekeningen en modellen van nijverheid alsmede betreffende de voorwaarden voor de bescherming van deze werken, tekeningen en modellen. Voor werken, die in het land van oorsprong alleen als tekeningen en modellen zijn beschermd, kan in een ander land van de Unie slechts de bijzondere bescherming worden ingeroepen welke in dat land aan tekeningen en modellen wordt verleend; indien echter in dat land geen zodanige bijzondere bescherming wordt toegekend, worden deze werken beschermd als werken van kunst. (De inhoudelijke wijzigingen ten opzichte van art. 2 lid 5 (oud) BC zijn door mij cursief aangegeven. Vgl. TK 1981/82, 16 739, nr. 4 (bijlagen MvT goedkeuringswet). NB: in de S&J-editie is de tekst van art. 2 lid 7 verminkt weergegeven.)

Hiermee werd zeker gesteld, dat auteurs uit landen, waar werken van toegepaste kunst uitsluitend als tekeningen en modellen worden beschermd, in de andere lid-staten altijd enige vorm van bescherming krijgen: hetzij modelrechtelijke bescherming, hetzij in landen waar dergelijke bescherming niet bestaat auteursrechtelijke bescherming als werken van kunst.

2.16. Voor auteurs van werken van Amerikaanse bodem was de zojuist beschreven ontwikkeling niet of nauwelijks van belang. De VS waren tot 1 maart 1989 immers geen partij bij de Berner Conventie; deze auteurs kregen in Nederland en andere lid-staten dus geen auteursrechtelijke bescherming uit kracht van de Berner Conventie. Toen de VS eenmaal waren toetredend tot de Berner Conventie, gold tussen de VS en Nederland met onmiddellijke ingang de tekst van de BC zoals de-

ze laatstelijk was herzien te Parijs in 1971. De oudere versies van de BC zijn nooit van kracht geweest in de verhouding tussen Nederland en de VS. Uitgaande van de veronderstelling van het hof, dat deze werken in de VS niet auteursrechtelijk maar uitsluitend als tekeningen en modellen zijn beschermd, kan op grond van art. 2 lid 7 BC in Nederland slechts de bijzondere bescherming worden ingeroepen welke in Nederland aan tekeningen en modellen wordt verleend, d.w.z. de bescherming ingevolge de BTMW. Van belang is immers, dat de bescherming in dit geding wordt ingeroepen ná 1 maart 1989 (datum toetreding VS) en dus ook: na 30 januari 1986 (datum inwerkingtreding Parijse tekst BC van 1971 in Nederland). In dit geding wordt geen auteursrechtelijk bescherming gevraagd voor Valkuil en Vier op 'n Rij op enig tijdstip vóór 1 maart 1989 c.q. 30 januari 1986. Dat zou eerst het geval zijn geweest indien MB c.s. bijvoorbeeld schadevergoeding had gevorderd ter zake van enige inbreuk gepleegd vóór de zojuist genoemde datum, maar dat is niet aan de orde.

2.17. De redenering van de president en het hof berusten op een fictie: wat de geldende regel zou zijn geweest, indien de VS ten tijde van het ontstaan van deze twee werken (de spellen Valkuil uit 1971 en Vier op 'n Rij uit 1974) reeds lid-staat zouden zijn geweest van de Berner Conventie. Uitgaande van die fictie, bestond destijds, in de periode vóór 1 januari 1975, in de Nederlandse wetgeving inderdaad geen bijzondere bescherming voor tekeningen en modellen. Maar: uitgaande van diezelfde fictie zou Nederland destijds (nog) niet zijn toetredend tot (de regel in de slotzin van) het huidige art. 2 lid 7 BC; destijds gold in Nederland nog de vroegere tekst van de BC. Op grond van art. 2 lid 5 (oud) BC zou destijds voor deze werken in Nederland geen auteursrechtelijke bescherming zijn verkregen. In zoverre is de klacht gegrond. Overigens dient hierbij te worden aangetekend, dat in de jurisprudentie éénmaal is geanticipeerd op de regeling van art. 2 lid 7 (nieuw) BC: een resultaat dat H. Cohen Jehoram billijk vond, hoewel hij de weg ernaar toe "een wel zeer getormenteerde uitleg van de Berner Conventie" noemde (Hof Arnhem 1 oktober 1979, NJ 1980, 584; BIE 1982 nr. 15 m.nt. Ph. Het commentaar van H. Cohen Jehoram is te vinden in zijn noot onder Hof 's-Hertogenbosch 20 november 1990, I/AMI 1991 blz. 72 e.v. Zie ook: D.W.F. Verkade, *Le Droit d'Auteur* (1985) blz. 152; J.H. Spoor, noot in IER 1986, 48.) . Wat ervan zij, nu in dit geding bescherming wordt verzocht voor een tijdstip dat gelegen is ná 1 maart 1989, leidt de fictie van president en hof tot fricties. M.i. kan het bestreden arrest niet in stand blijven en dient alsnog te worden onderzocht of juist is, dat deze twee spellen in de VS uitsluitend als tekeningen of modellen worden beschermd. Wanneer dat is uitgemaakt, kan gewoon de thans geldende regel van art. 2 lid 7 BC worden toegepast. Ik heb me afgevraagd of Uw Raad de zaak zelf zou kunnen afdoen. Het debat tussen partijen heeft zich enerzijds geconcentreerd op de vraag, of voldaan is aan de formaliteiten van toenmalig (d.w.z. vóór 1989 geldend) Amerikaans auteursrecht (registratie en het

voeren van de copyright-notice: het (c) teken), anderszins op de vraag of de spellen voldoende zijn te onderscheiden van het onderliggende spelidee om naar Amerikaans recht voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen. Wat dit laatste betreft, ziet het er naar uit, dat de discussie in de VS over de mogelijkheid van auteursrechtelijke bescherming langs dezelfde lijnen verloopt als die in Europa (Zie o.m., met veel verwijzingen: D. Nimmer, hoofdstuk United States, in: P.E. Geller (red.), losbl. International Copyright Law and Practice, uitg. Matthew Bender & Co Inc. New York.) . De beantwoording van beide vragen vereist een onderzoek van feitelijke aard, zodat m.i. verwijzing zal moeten volgen.

2.18. Onderdeel 3 heeft betrekking op het spel Jenga tegenover Crazy Tower van Impag c.s. Wij zagen reeds, dat het hof niet het spelconcept maar wet de vormgeving van Jenga beschermd acht. Subonderdeel 3.1 klaagt dat onbegrijpelijk is, wat het hof in rov. 5.26 bedoelt met de zinsnede "een uit (54) delen (blokjes) bestaande toren". M.i. faalt deze klacht. Het hof geeft een feitelijke beschrijving van het spelmateriaal van Jenga. Daaruit volgt niet, dat het hof van oordeel zou zijn geweest, dat het auteursrecht van MB c.s. zich uitstrekt tot iedere willekeurige uit (54) blz bestaande stapeltoren. Subonderdeel 3.2 vermeldt dat het hof het uiterlijk van Jenga als origineel aanmerkt, ongeacht de wijze waarop de spelers de te vormen torens stapelen. Impag c.s. vinden deze bescherming te ruim: hoe de toren na stapeling oogt, wordt niet bepaald door de ontwerper van het spel maar wordt bepaald door de spelers zelf: de "kunst" is juist, door het toevoegen en wegtrekken van blokjes, in de torenopbouw te variëren en het daardoor de tegenstander moeilijk te maken. Deze klacht miskent, dat het hof het hier niet heeft over het resultaat (de torens die door stapeling worden opgebouwd, elke keer dat iemand Jenga speelt) maar over het aangeboden materiaal dat bestemd en geschikt is om daarmee Jenga te spelen en torens te bouwen. De spelbenodigdheden voldoen door hun oorspronkelijk uiterlijk aan de wettelijke eisen voor auteursrechtelijke bescherming. In de redenering van het hof, mogen andere producenten spellen in de handel brengen die uitgaan van hetzelfde spelconcept, zolang de vormgeving van het spelmateriaal maar geen inbreuk vormt op het auteursrecht op Jenga.

2.19. Subonderdeel 3.3.1 klaagt dat zonder nadere redengeving onbegrijpelijk is, waarin het hof de oorspronkelijkheid van 54 gelijkvormige blokjes ziet, ook al wordt bij die blokjes de aanwijzing verstrekt, dat en hoe daarmee een toren kan worden gebouwd; er bestaan volgens Impag c.s. zoveel bouwdozen met stapelbare blokjes. Deze Wacht treft n.m.m. geen doel. Het hof vermeldt uitdrukkelijk, dat zijn oordeel berust op de waarneming van de ter griffie gedeponeerde exemplaren van de spellen. Dat maakt 's hofs gedachtegang controleerbaar voor anderen: wie de spellen waarneemt, kan onmiddellijk zien waarom het hof de spelbenodigdheden van Jenga voldoende oorspronkelijk acht. De omstandigheid dat Jenga als spel in één geheel wordt aangeboden, maakt bovendien dat de

vormgeving van het spel (de som der delen) méér inhoudt dan het aanbieden van een aantal gelijkvormige stapelbare blokken. Verdergaande motivering heeft, zeker in een kort geding, niet te worden geëist. Het oordeel geeft geen blijk van een onjuiste opvatting van de eisen die de wet aan oorspronkelijkheid stelt. Onder 2 verdedigen Impag c.s. het standpunt dat spelbenodigdheden auteursrechtelijk uitsluitend beschermd kunnen worden wanneer het gaat om een vormgeving die, ongeacht het spelconcept dat in de desbetreffende vorm tot uiting komt, een eigen persoonlijk karakter heeft. Aan Impag c.s. kan worden toegegeven, dat het spelconcept (volgens het hof: een behendigheids spel á la het reeds bekende spel Mikado) inderdaad noopt tot een zekere mate van standaardisatie van de spelbenodigdheden: met bouwstenen bijv. in de vorm van pingpongballetjes zal het stapelen niet lukken. Niettemin laat het spelconcept, naar de vaststelling van het hof, voldoende ruimte voor een zodanige variatie in de spelbenodigdheden, dat de vormgeving van Jenga blijk geeft van een eigen oorspronkelijk karakter en het persoonlijk stempel van de maker draagt. 's Hof's antwoord op de vraag of het uiterlijk van Jenga aan de eis van oorspronkelijkheid voldoet, berust uiteindelijk op een waardering welke aan de feitenrechter toekomt. In een cassatieprocedure is geen gelegenheid voor een herwaardering. Onbegrijpelijk is de motivering niet, zodat ook de klacht onder 3.3.2.2 faalt.

2.20. Subonderdeel 3.4 haakt kennelijk aan bij art. 21 BTMW en de beslissing van BenGH 22 mei 1987, NJ 1987, 881 m.nt. LWH (zie ook het vervolg in HR 15 januari 1988, NJ 1988, 376). Het subonderdeel klaagt dat het hof mogelijk een te ruime maatstaf heeft toegepast bij zijn beoordeling van de auteursrechtelijke beschermbaarheid van Jenga. Reeds nu kan worden opgemerkt, dat subonderdeel 4.3 een zelfde klacht bevat t.a.v. het spel Wie is het? In art. 21 lid 1 BTMW wordt vastgesteld, dat tekeningen of modellen die een duidelijk kunstzinnig karakter vertonen, tegelijkertijd door deze wet (de BTMW) en de Auteurswet 1912 worden beschermd, indien aan de in deze beide wetten gestelde voorwaarden is voldaan. Lid 2 voegt daaraan toe, dat van bescherming uit hoofde van de auteurswet zijn uitgesloten: tekeningen of modellen die geen duidelijk kunstzinnig karakter vertonen. Deze laatste bepaling vloeide voort uit de wens, een duidelijk onderscheid te maken met de vóór de BTMW geldende Belgische nationale wetgeving; zij heeft niet de betekenis, dat in Nederland ten aanzien van tekeningen of modellen een ander criterium voor bescherming zou gelden dan voortvloeit uit de Auteurswet 1912. Klaarblijkelijk is het hof in deze zaak van oordeel, dat niet aan gereede twijfel onderhevig is dat het uiterlijk van het spel het eigen persoonlijk karakter vertoont, dat voor auteursrechtelijke bescherming wordt vereist. Dan is het ook niet meer nodig dat het hof in zijn motivering uitdrukkelijk ingaat op art. 21 BTMW (vgl. HR 21 februari 1992, NJ 1993, 164 m.nt. J.H. Spoor) (Zie over de toets of iets een "werk" in de zin van art. 1 jo. 10 Auteurswet 1912 is: o.m. HR 4 januari 1991, NJ 1991, 608 m.nt. DWFV; J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, Auteurs-

recht (1993) blz. 56.) . Hierop stuiten zowel de rechtsklacht als de subsidiaire motiveringsklacht van subonderdeel 3.4 af.

2.21. Subonderdeel 3.5 maakt met een motiveringsklacht bezwaar tegen de laatste volzin van rov. 5.29. In rov. 5.4 van het eindvonnis overwoog de president:

Op Jenga Ultimate (ter gelegenheid van de voortgezette behandeling hebben eisers medegedeeld dat bescherming van Jenga en Jenga for Kids in dit geding niet (langer) aan de orde is) is ingevolge art. 5 lid 1 BC eveneens Nederlands auteursrecht van toepassing.

In hoger beroep (grief XIV) noemden Impag c.s. dit oordeel onbegrijpelijk, zulks met het argument dat Jenga, Jenga for Kids en Jenga Ultimate zóveel op elkaar lijken, "dat het afzien van bescherming voor het een noodzakelijkerwijs van invloed is op het ander". Het hof heeft in deze passage kennelijk niet gelezen, dat Impag c.s. hiermede hebben willen stellen dat MB c.s. concreet ten aanzien van Jenga Ultimate afstand van recht, in casu: afstand van auteursrechtelijke bescherming, hebben gedaan. De lezing van de gedingstukken is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt; overigens is m.i. niet onbegrijpelijk dat het hof in de gedingstukken niet een beroep op afstand van recht heeft gelezen. Kennelijk is Jenga Ultimate de laatste versie van dit MB-spel. Als het spel van Impag c.s. daarop inbreuk maakt, heeft het weinig zin te blijven twisten over de vraag of dit spel van Impag c.s. wellicht óók inbreuk maakt op de eerdere versies van het MB-spel.

2.22. Onderdeel 4 heeft betrekking op het spel Wie is het? tegenover Mystery Person van Impag c.s. Subonderdeel 4.1 betoogt onder 1 en 2, dat het navolgen van ideeën, desgewenst letterlijk en tot in alle details, naar Nederlands recht een ieder vrij staat, tenzij ter zake van het desbetreffende idee een intellectueel eigendomsrecht kan worden ingeroepen. Dat geldt volgens Impag c.s. ook voor spelconcepten. Dit onderwerp wordt in de wederzijdse schriftelijke toelichtingen breed toegelicht. De klacht komt erop neer, dat het hof het spelconcept van het spel Wie is het? niet auteursrechtelijk had mogen beschermen.

2.23. Partijen zijn eens over het uitgangspunt, dat ideeën dus ook ideeën voor gezelschapsspellen niet auteursrechtelijk worden beschermd (S.t. Impag c.s. blz. 5 en blz. 9110; s.t. MB c.s. blz. 14. Zie over dit vraagstuk: A.A. Quaedvlieg, Les règles du jeu. De auteursrechtelijke beschermbaarheid van spelconcepten, I/AMI1998 blz. 37 e.v.; F.W. Grosheide, Ideas, their time has come, I/AMI 1994 blz. 167 e.v.; T.M. de Vries, Bordspel en "Barbie"-pop, IER 1992, blz. 161 e.v.) . Dit uitgangspunt ligt voor de hand, wanneer het gaat om ideeën waarvoor geen attributen nodig zijn: wie bijv. een nieuw hinkelspelletje of een practical joke bedenkt zal bij succes navolging krijgen zonder dat hij daartegen auteursrechtelijk kan optreden. Bij ideeën, waarvan de uitvoering wel (spel-)benodigheden vraagt, ligt dit niet wezenlijk anders: wie bijv. een geslaagd nieuw bal-, munt of kaartspel bedenkt, zal zien dat anderen met hun eigen bal, muntje of speelkaarten het spel naspelen zonder dat hij daartegen auteursrech-

telijk kan optreden. Ook degene, die voor het eerst het idee heeft geopenbaard om na een geslaagd eindexamen de vlag en de schooltas uit te hangen, kan geen alleenrecht claimen. Het wordt pas moeilijk in de gevallen waarin de auteur aan zijn, op zichzelf onbeschermde, idee een bepaalde uitwerking heeft gegeven. Dit kan zich voordoen bij gezelschapsspellen, maar ook bij de uitwerking van ideeën voor televisieprogramma's, spelshows e.d.: de zgn. formas (3. C.H. van Manen, Televisieformats en -ideeën naar Nederlandsrecht (1994), besproken door F.W. Grosheide in: I/AMI 1996 blz. 3-5; 1F. Haeck, Idee en programmaformule in het auteursrecht (1998). Vgl. Hof van Cassatie 19 maart 1998, Pasicrisie 1998 1-158, in een geval van beweerdelijke nabootsing van een Tv-reclamespot: het auteursrecht heeft niet tot strekking, een idee of concept te beschermen.) . Andere voorbeelden zijn gemakkelijk te bedenken. Het thema van een gedicht is vrij; het navolgen van de wijze waarop dat thema in een bepaald gedicht is uitgewerkt, is plagiaat. Een nieuwe combinatie van bestanddelen is vrijelijk na te volgen bijv. de choreograaf die als eerste een stuk schrijft voor danseressen en paarden -, maar de choreografie niet (MB c.s. schijnen hierover anders te denken: in de s.t. blz. 15 achten zij - m.i. ten onrechte een nieuwe combinatie als zodanig auteursrechtelijk beschermd; op blz. 16 vallen zij toch weer terug op het criterium van de mate van uitwerking.) . De advocaat die als eerste een Securitel-verweer voert, mag door andere advocaten in dat idee worden nagevolgd, maar dat wil niet zeggen dat die anderen zijn pleitnota mogen kopiëren.

2.24. In de Nederlandse rechtspraak zijn spellen een aantal keren aan de orde geweest. Te noemen zijn:

- Hof Amsterdam 16 juli 1981, BIE 1982, 45; AMR 1982, 13 m.nt. DWFV (Rubiks kubus): auteursrechtelijk bescherming aangenomen; (zie over deze uitspraak ook: L. Wichers Hoeth, AMR 1982 blz. 145 en S. Gerbrandy, Kort commentaar op de Auteurswet 1912 (1988) blz. 65).

- Rb. Amsterdam 11 oktober 1989, I/AMI 1990 blz. 88: geen auteursrechtelijke bescherming voor een aan een TV-spel ten grondslag liggend idee;

- Pres. Rb. Amsterdam 1 november 1990, IER 1991, 1 (Wirrel Warrel-puzzel): de puzzelstukjes dragen in de vormen waarin zij zijn gerealiseerd, het persoonlijk stempel van de maker; inbreuk op het auteursrecht aangenomen;

- Pres. Rb. Amsterdam 17 januari 1991, I/AMI 1991 blz. 71 m.nt. H. Cohen Jehoram (Op jacht naar de vos): TV-spelconcept; beide partijen gaan uit van auteursrechtelijk beschermd werk; geen inbreuk aangenomen;

- Pres. Rb. Amsterdam 17 juli 1997, I/AMI 1997 blz. 44 en hof Amsterdam 26 maart 1998. I/AMI 1998 blz. 102 (Stratego/Battlefleet); de gedaagde was Games International BV; uitgewerkt spelconcept auteursrechtelijk beschermd;

- Pres. Rb. Amsterdam 31 juli 1997, I/AMI 1998 blz. 45 (Toren van Pisa); de gedaagde was Games International BV; uitgewerkt spelconcept auteursrechtelijk beschermd;

- Pres. Rb. Amsterdam 4 december 1997. I/AMI 1998 blz. 50 (supermarktspel): spelconcept onvoldoende uitgewerkt voor auteursrechtelijke bescherming;

- HR 18 februari 2000, NJ 2000, 309; I/AMI 2000 blz. 89 m.nt. F.W. Grosheide (Shoppingspel/Sjopspeel); in deze zaak was door de feitenrechter onbestreden een auteursrechtelijk beschermd werk aangenomen.

In de Duitse rechtspraak worden spelsystemen en ideeën, waarop spellen berusten, niet auteursrechtelijk beschermd. De uitwerking en vormgeving van deze Systemen en ideeën kunnen wel de status van een auteursrechtelijk beschermd werk bereiken (G. Schricker (red.), Urheberrecht (1999), blz. 53 (aant. ad par. 2 Urheberrechtsgesetz, met verwijzingen naar rechtspraak); Nordemann/Vinck/Hertin, Urheberrecht, aant. 25 op par. 2; E. Ulmer, Urheberund Verlagsrecht (1980) blz. 132.) .

2.25. In de rov. 5.30-31 ziet het hof als het spelidee: het door een speler met (zo min mogelijk) vragen trachten te ontdekken wat of wie de ondervraagde tegenspeler in Machten heeft. Dit spelidee is volgens het hof in Wie is het? uitgewerkt op de wijze als in rov. 5.31 omschreven. Deze uitwerking van het idee volgens het hof praktisch niet te onderscheiden van de vormgeving van de spelattributen acht het hof een werk in de zin van de Auteurswet 1912 dat voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt. Impag c.s. nemen in subonderdeel 4.1.1 en 4.1.2 het standpunt in Mat bij de beoordeling van de auteursrechtelijke bescherming die aan een bepaald voortbrengsel toekomt, moet worden geabstraheerd van het idee waarop het voortbrengsel gebaseerd is, en slechts bescherming gebaseerd mag worden op de vormgeving, voor zover die aan het betreffende voortbrengsel een eigen persoonlijk karakter geeft, waardoor dat voortbrengsel wordt gekenmerkt. Dat standpunt lijkt mij in zijn algemeenheid onhoudbaar. Er kan bijv. sprake zijn van een verveelvoudiging van een geschreven tekst, ook al gebruikt de inbreukmaker een ander lettertype, een andere taai of zelfs een ander medium (wanneer hij de geschreven tekst voorleest). In al deze gevallen verschilt de vormgeving van het origineel, maar het werk wordt wel verveelvoudigd.

2.26. Aan de steiler van het middel kan worden toegegeven, dat het bij werken van toegepaste kunst of modellen van nijverheid, of meer in het algemeen: bij voorwerpen met een gebruiksfunctie, moeilijker is dan bij andere werken om de uitwerking van het idee te scheiden van de vormgeving. Het gaat bij het spel Wie is het? echter niet om een willekeurig voorwerp met een gebruiksfunctie, maar, zoals het hof het spel heeft beschreven, om een verregaande uitwerking van het door het hof beschreven spelidee. Niet alleen de spelregels worden door Impag c.s. nagebootst. Dat het hof de vergaande uitwerking van het spel-idee in dit geval vereenzelvigt met de vormgeving, getuigt m.i. niet van een onjuiste rechtsopvatting. In reactie op de klachten onder 4.1.3 en 4.1.4 nog het volgende. In beginsel lijkt mij juist, dat de rechter zoveel mogelijk het abstracte spelconcept iets dat niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt; het spelidee dient te onderscheiden van de uitwerking daarvan in een (wel

auteursrechtelijk te beschermen) werk. Het hof heeft dat hier gedaan, door het spelidee "om met (zo min mogelijk) vragen te ontdekken wat of wie de ondervraagde in gedachten heeft" te onderscheiden van de uitwerking daarvan in Wie is het? Impag c.s. hebben met deze klacht kennelijk voor ogen, dat het hof het spelidee ruimer had moeten omschrijven en de uitwerking van dat idee door MB in Wie is het? enger. Die discussie had in feitelijke aanleg behoren te worden gevoerd. De wijze waarop het hof hier het spel-idee heeft onderscheiden van de uitwerking, geeft m.i. geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De motivering van het oordeel voldoet aan de daaraan te stellen eisen, waarbij wordt aangetekend dat het middel wel een algemene klacht bevat, maar niet concreet aangeeft aan welke aangevoerde aspecten van belang voor het onderscheid van de uitvoering van Wie is het? en het spelidee waarop dit spel is gebaseerd het hof voorbij zou zijn gegaan.

2.27. Subonderdeel 4.2 bevat een motiveringsklacht, die bij het voorgaande aansluit en m.i. geen afzonderlijke bespreking meer behoeft. Subonderdeel 4.3 herhaalt de klacht van subonderdeel 3.4, maar dan ten aanzien van het spel Wie is het? Om dezelfde reden als bij subonderdeel 3.4, faalt ook deze klacht.

2.28. Onderdeel 5 heeft betrekking op het spel Vier op 'n Rij tegenover Four Wins van Impag c.s. Het onderdeel verdient m.i. bespreking, óók in geval van gegrond bevinding van onderdeel 9. De subonderdelen 5.1 en 5.2 herhalen de klachten van onderdeel 4. maar dan ten aanzien van het spel Vier op 'n Rij. De klachten gaan uit van de veronderstelling dat het hof aan het spelconcept van Vier op 'n Rij enige mate Van oorspronkelijkheid heeft toegekend en dat deze door Impag c.s. als onjuist bestreden rechtsopvatting doorwerkt in de rov. 5.36 en 5.37, waar het gaat om de bescherming van de vormgeving. Deze klachten missen feitelijke grondslag. In de laatste volzin van rov. 5.35 heeft het hof uitdrukkelijk overwogen dat het spelconcept van Vier op 57 Rij niet als een "werk" in de zin van art 1 Auteurswet 1912 wordt beschouwd. De tekst van het arrest biedt geen aanknopingspunt voor de veronderstelling in het middel, dat het hof bij de beoordeling van bescherming van de vormgeving (rov. 5.36) hetzij bij de beoordeling van de inbreukvraag (rov. 5.37), dus, om zo te zeggen: langs de achterdeur, tóch weer rekening heeft gehouden met de denklijke mate van oorspronkelijkheid van het spelconcept.

2.29. Volgens de subonderdelen 5.3 en 5.4 heeft het hof in rov. 5.35-5.36 miskend, dat de vormgeving van het spel Vier op 'n Rij voornamelijk berust op eigenschappen waaraan technische of gebruiksvoordelen zijn verbonden, of waarmee de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het produkt wordt vergroot, en dat deze eigenschappen buiten beschouwing hadden behoren te blijven bij de beoordeling of sprake is van een eigen, oorspronkelijk karakter van Vier op 'n Rij. Ik sluit mij aan bij het verweer van MB c.s., dat deze stellingen een ontoelaatbaar novum in cassatie inhouden: in feitelijke aanleg zijn deze stellingen ten aanzien van het spel Vier op 'n Rij niet aangevoerd; in een cassatieprocedure is geen gelegenheid om de juistheid van deze nieuwe

stellingen te onderzoeken. Ten overvloede: in HR 27 januari 1995, NJ 1997, 273 m.nt. ChG, rov. 4.3, wordt in beginsel erkend, dat de vorm van het product in overwegende mate het resultaat kan zijn van een door technische uitgangspunten bepaalde keuze. Niettemin kan, binnen door technische eisen bepaalde beperkte keuzemogelijkheden, ruimte zijn voor een vormgeving die het geheel maakt tot een werk dat een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. Ten aanzien van de vormgeving van Vier op 'n Rij is het hof tot het oordeel gekomen dat er sprake is van een eigen, oorspronkelijk karakter. Dit oordeel geeft m.i. geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, noch behoefde het nadere toelichting om begrijpelijk te zijn.

2.30. Onderdeel 6 heeft betrekking op alle litigieuze spellen, maar richt zich voornamelijk op het spel Valkuil tegenover Ball Trap van Impag c.s. Subonderdeel 6.1 opent met een motiveringsklacht: het hof heeft in rov. 5.38-5.40 onvoldoende aangeduid, op grond van welke kenmerken of eigenschappen van Valkuil mag worden aangenomen dat de vormgeving voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt. Het hof zou de kenmerken onvoldoende nauwkeurig hebben omschreven om de lezer in staat te stellen te controleren of het hof van de juiste rechtsopvatting is uitgegaan. In subonderdeel 6.2 wordt het hof verweten onvoldoende te hebben gerespondeerd op grief X, welke grief op hetzelfde onderwerp betrekking had. Subonderdeel 6.3 verbindt hieraan de klacht dat door dit gemis de reikwijdte van het rechterlijk verbod (verder) inbreuk te maken op de auteursrechten van MB c.s. onvoldoende bepaald en bepaalbaar is.

2.31. Uit rov. 5.40 en 5.38 blijkt genoegzaam dat het hof zich ervan bewust was, dat een technisch effect op zichzelf niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt. Uit rov. 5.40 volgt dat het speelbord met gaatjes en de ligging van de schuifjes aan de vier zijden van het bord op zichzelf niet auteursrechtelijk wordt beschermd; derhalve moeten de overige bestanddelen van de vormgeving, zoals kleur, vorm, omvang en verhouding van de spelelementen, het hof tot dit oordeel hebben gebracht. Het hof heeft zijn oordeel uitdrukkelijk gebaseerd op zijn eigen waarneming van de gedeponeerde spellen. Verdergaande eisen behoeven aan de motivering niet te worden gesteld, mede in aanmerking genomen het partijdebat in feitelijke aanleg en de omstandigheid dat het hier een kort geding betreft. Het hof heeft grief X onder ogen gezien in rov. 5.18 en in rov. 6.2-6.4 gedeeltelijk gegrond bevonden. Voor zover de klacht tot achtergrond mocht hebben, dat Impag c.s. verlangt dat het hof niet alleen aangeeft waarom de spellen van Impag c.s. inbreuk maken op het auteursrecht van MB c.s., maar ook aangeeft waar precies de grens ligt en welke elementen uit de vormgeving van de MB-spellen wel en welke elementen niet door anderen mogen worden gebruikt, wordt miskend dat de motivering tot doel heeft de beslissing te verantwoorden. Indien tussen partijen onenigheid bestaat over de vraag welke elementen uit de vormgeving wel of niet door Impag c.s. mogen worden gebruikt, kan

zonodig via een executiegeschil of in de vorm van een verklaring voor recht duidelijkheid verkregen worden.

2.32. Onderdeel 7 heeft betrekking op het spel Zeeslag tegenover Sea Battle van Impag c.s. De toewijzing van de vordering is niet gebaseerd op auteursrechtelijke bescherming van dit spel, maar op een onrechtmatige daad van Impag c.s. in de vorm van slaafse nabootsing van de vormgeving van Z-ag. Ten aanzien van de nabootsing van een stoffelijk product dat niet (langer) wordt beschermd door een absoluut recht van intellectuele eigendom, geldt de regel dat nabootsing van dit product weliswaar in beginsel vrijstaat, doch dat dit beginsel uitzondering lijdt wanneer door die nabootsing verwarring bij het publiek valt te duchten en de nabootsende concurrent tekortschiet in zijn verplichting om bij dat nabootsen alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid van beide producten gevaar voor verwarring ontstaat. Voor bescherming tegen slaafse nabootsing is niet vereist dat het nagebootste product oorspronkelijk is. Bij de beoordeling van het verwarringsgevaar moet worden gelet op de totale indruk, die bepalend is voor elk spel. Voorts moet rekening worden gehouden met de beschouwing door een weinig oplettend kopend publiek dat de beide producten meestal niet naast elkaar ziet? (Zie voor de aan te leggen maatstaven bij slaafse nabootsing o.m.: HR 26 juni 1953, NJ 1954, 90 m.nt. PhANH (Hyster Karry Krane); HR 21 december 1956, NJ 1960, 414 (drukasbak); HR 8 januari 1960, NJ 1960, 415 m.nt. HB (Scrabble); HR 31 mei 1991, W 1992, 391 m.nt. DWFV; HR 30 oktober 1998, NJ 1999, 84 (systeemsteiger), rov. 3.4.)

2.33. Subonderdeel 7.1 klaagt erover, dat het hof niet heeft vastgesteld dat Zeeslag zich duidelijk onderscheidt van andere op de markt aanwezige, vergelijkbare spellen. Blijkens de toelichting (blz. 12), is de klacht geïnspireerd door HR 21 december 1956, NJ 1960, 414. Naar aanleiding van middel II oordeelde de Hoge Raad toen, dat het hof aandacht had behoren te besteden aan de stelling dat buiten de drukasbak van de eisende partij nog tal van drukasbakken met dezelfde kenmerken op de markt waren. Aan die stelling had het hof toen aandacht moeten besteden, daar de navolging van Lions asbak "slechts dan onrechtmatig zoude kunnen zijn, indien deze zich uiterlijk van de andere in den handel zijnde modellen aanmerkelijk zou onderscheiden". De beslissing uit 1956 spreekt voor zich. Van degene, die zich in de vormgeving of presentatie van zijn waren conformeert aan hetgeen velen in de branche doen, kan niet zonder meer worden gezegd dat hij de vormgeving of de presentatie van juist die ene branchegenoot (de eisende partij) slaafs nabootst. In de zaak uit 1956 was uitdrukkelijk beroep gedaan op de aanwezigheid van vergelijkbare producten van derden (niet-deelnemers aan het geding). In de onderhavige zaak is dit niet gedaan: Impag c.s. hebben in feitelijke aanleg niet aangevoerd dat de vormgeving van het spel Zeeslag van MB c.s. overeenkwam met op de markt aanwezige spellen van andere producenten. Het hof behoefde niet ongevraagd te onderzoeken of er (buiten de spellen van MB en Impag) wellicht nog meer spellen

met deze vormgeving op de markt waren. Dat in een geheel ander verband (te weten: in grief IV, waar het uitsluitend ging om de verwerping van het hierboven in alinea 1.3 onder c genoemde formele verweer) door Impag c.s. is geweest op derden, die spellen op de markt zouden hebben welke lijken op de MB-spellen, doet hieraan niet af.

2.34. Subonderdeel 7.2 betoogt dat het hof in rov. 5.47 niet had mogen meewegen dat Impag c.s. de spellen van MB c.s. systematisch nabootsen. De klacht wordt toegelicht met het argument dat als hoofdregel nog steeds de vrijheid van mededinging geldt. M.i. faalt de klacht. Het hof heeft niet miskend, dat nabootsing van een niet door enig recht van intellectuele eigendom beschermd product in begin geoorloofd is. Bij de beantwoording van de vraag of er sprake was van een ongeoorloofde slaafse nabootsing, mocht het hof acht slaan op alle omstandigheden die ten processe zijn gebleken en die het hof relevant achtte.

2.35. De motiveringsklacht van subonderdeel 7.3 laat zich aldus samenvatten, dat het hof miskent dat op een concurrent als Impag c.s. geen resultaatsverplichting rust om verwarring te voorkómen, maar slechts een inspanningsverplichting rust om verwarring zoveel mogelijk tegen te gaan. In het bijzonder wordt van de ondernemer niet geëist, dat het eigen product van dat van de concurrent "verschilt op alle punten waarop dat zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen mogelijk zou zijn" (HR 8 januari 1960, NJ 1960, 415 m.nt. HB). Deze klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. In rov. 5.48 spreekt het hof weliswaar van "hun verplichting om verwarringsgevaar te voorkomen". maar blijkens de kontekst, waaronder de verwijzingen naar het leerstuk van de slaafse nabootsing, heeft het hof niet een resultaatsverplichting van Impag c.s. doch slechts de in de jurisprudentie gangbare maatstaf voor de beoordeling van slaafse nabootsing voor ogen gehad. In rov. 5.47 vermeldt het hof dat de overeenstemming ook bijkomende elementen betreft, zoals de kleurstelling en de vormgeving van onderdelen. Ook elders uit het arrest blijkt niet dat het hof van Impag c.s. méér vergt dan hetgeen redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid van beide producten gevaar voor verwarring ontstaat.

2.36. Subonderdeel 7.4 herhaalt, *mutatis mutandis*, ten aanzien van het spel Zeeslag de klachten van de subonderdelen 6.1 en 6.3. Weliswaar mag, aldus Impag c.s., niet de eis worden gesteld dat het hof nauwkeurig aangeeft waar zich de grens tussen geoorloofde en ongeoorloofde nabootsing bevindt, maar wél mag worden verlangd dat de lezer uit de motivering kan opmaken waar de veroordeelde partij verwijtbaar is tekort geschoten, en waaraan die partij zich met het oog op de tegen haar uitgesproken veroordeling voortaan heeft te houden.

2.37. Het arrest laat m.i. geen ruimte voor twijfel, dat Sea Battle van Impag c.s. in ieder geval een ongeoorloofde slaafse nabootsing is van de tafelluitvoering van Zeeslag (versie c-1972). In zoverre is duidelijk, waaraan Impag c.s. zich voortaan heeft te houden. Het dictum omvat het verbod om het spel Zeeslag (versie c-

1972) na te bootsen. De vraag, of andere (bestaande of in ontwikkeling zijnde) spellen van Impag c.s. eveneens beschouwd moeten worden als een ongeoorloofde slaafse nabootsing van Zeeslag, was niet aan het hof voorgelegd, zodat het hof ook geen reden had zich daarover uitdrukkelijk uit te spreken.

2.38. De slotsom van het voorgaande is, dat de onderdelen 3 tot en met 7 geen doel treffen. Bij gegrond bevinding van onderdeel 9, zal vernietiging moeten volgen en zal, ten aanzien van de gestelde inbreuk op het auteursrecht met betrekking tot de spellen Valkuil en Vier op 'n Rij alsnog onderzoek moeten worden verricht zoals hierboven in alinea 2.17 bedoeld.

3. Conclusie

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