

Hoge Raad, 29 november 2002, Una Voce Particolare



AUTEURSRECHT

Ontlening

[Voor omkeringsregel van bewijslast van \(bewuste of onbewuste\) ontlening is een vergaande mate van overeenstemming vereist](#)

Anders dan de klacht veronderstelt, wettigt niet reeds het enkele feit dat tussen een werk waarvoor auteursrechtelijke bescherming wordt ingeroepen en een als inbreukmakend bestreden voortbrengsel punten van overeenstemming bestaan het vermoeden dat het laatste de vrucht is van bewuste of onbewuste ontlening. Daartoe is een mate van overeenstemming vereist die van een zodanige aard en omvang is dat, indien het bedoelde vermoeden niet wordt ontzenuwd, geoordeeld moet worden dat van een ongeoorloofde verveelvoudiging in auteursrechtelijke zin sprake is (vgl. HR 21 februari 1992, nr. 14454, NJ 1993, 164). Aan deze eis is, zoals volgt uit hetgeen het Hof in zijn rov. 4.13 heeft overwogen, in dit geval echter niet voldaan

Overeenstemming

[Voor overeenstemmingsvraag komt het er op aan beweerdelijk inbreukmakende werk in zodanige mate de auteursrechtelijke trekken vertoont dat de totaalindrukken van beide werken te weinig verschillen voor het oordeel dat het een zelfstandig werk is](#)

De klacht houdt in dat het Hof heeft miskend dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van overeenstemming in evenbedoelde zin, meer gewicht toekomt aan de punten van overeenstemming dan aan de punten van verschil, waarbij de rechter ook de overige relevante omstandigheden in zijn oordeel moet betrekken. Ook aan deze klacht ligt een onjuiste rechtsopvatting ten grondslag, aangezien het voor de bedoelde overeenstemmingsvraag in een geval als het onderhavige erop aankomt of het beweerdelijk inbreukmakende werk in zodanige mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk vertoont dat de totaalindrukken die de beide werken maken te weinig verschillen voor het oordeel dat het eerstbedoelde werk als een zelfstandig werk kan worden aangemerkt.

Vindplaatsen: LJN: [AE8456](#); NJ 2003, 17; AMI 2003, nr. 1, p. 15 m.nt. Visser, IER 2003, nr. 17, p. 93 m.nt. FWG, TBR 2003, p. 224 m.nt. Quanjel-Schreurs

Hoge Raad, 29 november 2002

(R. Herrmann, J.B. Fleers, A.G. Pos, O. de Savornin Lohman, E.J. Numann).

Arrest

In de zaak van

[X], zaak doende onder de naam Accordo Event Productions, te Akersloot, eiser tot cassatie, adv. mrs. J.I. van Vlijmen en M.R. Gerritsen,

tegen

1. De vereniging Tros, te Hilversum,
2. Gerard Baars Televisie- en Videoproducties BV, te Amsterdam, verweersters in cassatie, adv. aanvankelijk mr. L.M. Schreuders-Ebbekink, thans mr. R.S. Meijer.

1. Het geding in feitelijke instanties

Groove Holding BV, gevestigd te Huizen, en Accordo BV, gevestigd te Badhoevedorp, - verder afzonderlijk te noemen: Groove en Accordo - hebben bij exploit van 1 juli 1998 verweersters in cassatie - verder te noemen: de Tros c.s. - gedagvaard voor de Rechtbank te Amsterdam en - voor zover in cassatie nog van belang en verkort weergegeven - gevorderd voor recht te verklaren dat het vervaardigen en openbaar (doen) maken van het televisieprogramma "Una voce Particolare" door de Tros c.s. een inbreuk vormt op hun auteursrechten op het format, met bevel, op straffe van een dwangsom, tot het staken en gestaakt houden van iedere inbreuk op hun auteursrechten, alsmede de Tros c.s. hoofdelijk te veroordelen tot winstafdracht, alsmede tot betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat, en tot betaling van een voorschot op deze schadevergoeding ten bedrage van f 25 000, te vermeerderen met buitengerechtigde kosten en wettelijke rente, nader op te maken bij staat.

De Tros c.s. hebben de vorderingen bestreden.

De Rechtbank heeft bij vonnis van 12 januari 2000 het gevorderde afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft (alleen) Accordo hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam. Bij memorie van grieven heeft Accordo haar eis vermeerderd met een vordering tot verklaring voor recht dat het format en/of programmavoorstel een werk is/zijn in de zin van artikel 10 van de Auteurswet 1912.

Bij arrest van 21 december 2000 heeft het Hof het vonnis van de Rechtbank bekrachtigd.

Het arrest van het Hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het Hof heeft eiser tot cassatie, [eiser] als rechtsopvolger van [C], zaak doende onder de naam [C] Productions, beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Tros c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten. De [conclusie](#) van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade strekt tot verwerping van het beroep.

3. Beoordeling van de middelen

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten als vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.1 tot en met 2.8.

3.2 Het eerste en het tweede onderdeel van het eerste middel zijn gericht tegen rov. 4.13 van het bestreden arrest. Het eerste onderdeel komt erop neer dat het Hof heeft miskend dat, indien het ten processe bedoelde

format, onderscheidenlijk het programmavoorstel, van het televisieprogramma een werk in auteursrechtelijke zin is, het op de weg van Tros c.s. ligt bijzondere omstandigheden te bewijzen waaruit kan volgen dat, ondanks de door het Hof in rov. 4.7 en/of 4.8 genoemde punten van overeenstemming tussen format en/of programmavoorstel van Accordo enerzijds en het door Tros c.s. geproduceerde televisieprogramma anderzijds, het programma van Tros c.s. een zelfstandige schepping is die niet de vrucht is van al dan niet bewuste ontlening aan dat werk.

3.3 Deze klacht berust op een onjuiste rechtsopvatting. Anders dan de klacht veronderstelt, wettigt niet reeds het enkele feit dat tussen een werk waarvoor auteursrechtelijke bescherming wordt ingeroepen en een als inbreukmakend bestreden voortbrengsel punten van overeenstemming bestaan het vermoeden dat het laatste de vrucht is van bewuste of onbewuste ontlening. Daartoe is een mate van overeenstemming vereist die van een zodanige aard en omvang is dat, indien het bedoelde vermoeden niet wordt ontzenuwd, geoordeeld moet worden dat van een ongeoorloofde verveelvoudiging in auteursrechtelijke zin sprake is (vgl. HR 21 februari 1992, nr. 14454, NJ 1993, 164). Aan deze eis is, zoals volgt uit hetgeen het Hof in zijn rov. 4.13 heeft overwogen, in dit geval echter niet voldaan.

3.4 De in het tweede onderdeel vervatte klacht houdt in dat het Hof heeft miskend dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van overeenstemming in evenbedoelde zin, meer gewicht toekomt aan de punten van overeenstemming dan aan de punten van verschil, waarbij de rechter ook de overige relevante omstandigheden in zijn oordeel moet betrekken.

3.5 ook aan deze klacht ligt een onjuiste rechtsopvatting ten grondslag, aangezien het voor de bedoelde overeenstemmingsvraag in een geval als het onderhavige erop aankomt of het beweerdelijk inbreukmakende werk in zodanige mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk vertoont dat de totaalindrukken die de beide werken maken te weinig verschillen voor het oordeel dat het eerstbedoelde werk als een zelfstandig werk kan worden aangemerkt. Blijkens rov. 4.7 tot en met 4.13 heeft het Hof die maatstaf toegepast.

3.6 De eerste twee onderdelen van het eerste middel missen derhalve doel. Voor zover de overige onderdelen van het middel voortbouwen op de hierboven als onjuist aangemerkte rechtsopvatting, delen zij het lot van die onderdelen.

3.7 Voor het overige kunnen de in het eerste middel en in de overige middelen vervatte klachten niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Wassenaar in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Tros c.s.

begroot op € 359,48 aan verschotten en € 1365 voor salaris.

Conclusie Advocaat-Generaal Verkade

1. Inleiding

Het beroep in cassatie richt zich tegen de afwijzing door het hof van door Wassenaar (Accordo) gestelde inbreuk door de Tros c.s. op auteursrecht op een format/programmavoorstel voor een televisieprogramma.

2. Feiten 1

2.1. Groove Holding BV (hierna: Groove) 2, een vennootschap van televisieregisseur M.B. de Boer, en Accordo BV (hierna: Accordo), een vennootschap van thans eiser tot cassatie, de producent en evenementenorganisator H. Wassenaar 3, hebben in 1993, met medewerking van B&R Producties BV en Martin Hartman Producties, een idee ontwikkeld voor een televisieprogramma rond de zanger Marco Bakker. Hierin zou (licht) klassieke muziek centraal staan. Het programma zou worden gepresenteerd door Marco Bakker en was bedoeld als podium voor opkomend 4 zangtalent.

2.2. Groove en Accordo hebben het programma-idee uitgewerkt tot een programmaformule met als werktitel "Marco's Classic Show". Zij hebben de vier bladzijden tellende schriftelijke uitwerking hiervan, hierna: het format, op 14 april 1993 bij notaris E.J. Smith in Amstelveen gedeponneerd. Daarnaast hebben Groove en Accordo op 5 juli 1993 een vijf bladzijden tellende nadere uitwerking van het programma-idee op schrift gesteld, hierna: het programmavoorstel. Het programmavoorstel wijkt op een viertal punten af van het format. 5

2.3. In een bespreking van 5 juli 1993, waarbij naast Wassenaar aanwezig waren F.H.A.J. de Rek en Marco Bakker (beiden directeur van B&R Producties BV) en Cees den Daas (de toenmalige directeur radio & televisie van verweerster in cassatie sub 1, hierna: de Tros) is het programmavoorstel met de Tros besproken. Een afschrift van het programmavoorstel is aan Den Daas overhandigd. 6

2.4. Bij brief van 23 juli 1993 7 heeft Den Daas namens de Tros aan Accordo medegedeeld dat "het door u aangereikte concept voor de TROS financieel onhaalbaar is", dit "niet in de laatste plaats omdat er de eerste 2 jaar geen radio-orkesten beschikbaar zijn, hetgeen als voorwaarde noodzakelijk is". Het programmavoorstel is niet aan Groove of Accordo geretourneerd.

2.5. Medio 1994 is Gerard Baars, (voormalig) directeur/eigenaar van thans verweerster in cassatie sub 2, hierna: GBTV, Den Daas als programmadirecteur van de Tros opgevolgd.

2.6. De Tros heeft van vrijdag 20 februari 1998 tot en met vrijdag 3 april 1998 een serie van zes afleveringen uitgezonden van een door GBTV geproduceerd televisieprogramma genaamd "Una Voce Particolare", waarin (licht) klassieke muziek centraal staat. Het programma is gepresenteerd door de zanger Ernst Daniël

Smid en is bedoeld als podium voor opkomend zangtalent.

2.7. Bij brieven van 6, 10 en 11 maart 1998 is van de zijde van Groove en Accordo aan thans verweersters in cassatie, hierna: de Tros c.s., medegeedeeld dat zij van mening zijn dat "Una Voce Particolare" een ongeoorloofde verveelvoudiging, openbaarmaking of nabootsing is van het format, en zijn de Tros c.s. gesommeerd de verveelvoudiging en openbaarmaking van het format te staken. Toen de Tros c.s. geen gevolg gaven aan deze sommatie hebben Groove en Accordo de Tros c.s. in kort geding gedagvaard, waarbij zij een verbod tot het (doen) uitzenden van het programma en een voorschot op schadevergoeding hebben gevorderd. De fungerend president van de rechtbank in Amsterdam heeft bij vonnis van 2 april 1998 9 de gevraagde voorzieningen geweigerd.

2.8. Het programma "Una Voce Particolare" is in de zomer van 1998 herhaald. Daarnaast is een nieuwe serie afleveringen van dit programma geproduceerd en uitgezonden.

3. Procesverloop

3.1. Bij dagvaarding van 1 juli 1998 hebben Groove en Accordo de Tros c.s. gedagvaard voor de rechtbank in Amsterdam. Zij hebben o.m. - voor zover in cassatie van belang - gevorderd een verklaring voor recht dat het vervaardigen en openbaar (doen) maken van het programma "Una Voce Particolare" door de Tros c.s. een inbreuk vormt op hun auteursrechten op het format en het programmavoorstel, een bevel, op straffe van een dwangsom, tot het staken en gestaakt houden van iedere inbreuk op hun auteursrechten, winstafdracht alsmede een nader bij staat op te maken schadevergoeding en een voorschot daarop.

Groove en Accordo hebben daartoe aangevoerd - kort gezegd - dat het format en programmavoorstel een eigen en oorspronkelijk karakter hebben en auteursrechtelijk beschermd zijn, en dat het programma "Una Voce Particolare" een ongeoorloofde verveelvoudiging daarvan is.

De Tros c.s. hebben betwist dat het programmavoorstel voldoende oorspronkelijk en voldoende uitgewerkt is om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen. Subsidiar hebben zij betwist dat sprake is van auteursrechtinbreuk. Zij hebben daartoe aangevoerd dat er noch sprake is van ontlening noch van overeenstemming tussen het programmavoorstel en het programma "Una Voce Particolare".

Groove en Accordo hebben een videoband met daarop de uitzending van het programma "Una Voce Particolare" van 20 februari 1998 gedeponereerd ter griffie van de rechtbank.

3.2. Bij vonnis van 12 januari 2000 heeft de rechtbank de vorderingen afgewezen. Zij heeft daartoe overwogen dat het antwoord op de vraag of aan het format en het programmavoorstel auteursrechtelijke bescherming toekomt in het midden kan blijven aangezien zij van oordeel is dat "Una Voce Particolare" geen verveelvoudiging is van het format of het programmavoorstel. Voor zover al auteursrechtelijk beschermde trekken herkenbaar in "Una Voce Particolare" zouden zijn

overgenomen, vallen deze volgens de rechtbank als onbeduidend weg tegenover de aanzienlijke en wezenlijk geachte verschillen (r.ovv. 5-7).

3.3. (Alleen) Accordo is van het vonnis van de rechtbank in hoger beroep gegaan bij het hof in Amsterdam. Bij memorie van grieven heeft Accordo haar eis vermeerderd met een verklaring voor recht dat het format en/of het programmavoorstel een werk is/zijn in de zin van art. 10 van de Auteurswet.

Evenals in eerste aanleg heeft Accordo ook in hoger beroep een videoband, met daarop de uitzending van het programma "Una Voce Particolare" van 20 februari 1998, ter griffie gedeponereerd. 11

3.4. Bij arrest van 21 december 2000 heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Op basis van een (ampel) gemotiveerde analyse van overeenkomsten en verschillen tussen het format en het programmavoorstel enerzijds en de geponeerde eerste aflevering van het programma "Una Voce Particolare" anderzijds (r.o. 4.5), is het hof tot het oordeel gekomen dat geen sprake is van verveelvoudiging (r.ovv. 4.6 t/m 4.13). Dit betekent, aldus het hof, dat Accordo ook in hoger beroep belang mist bij een vaststelling dat het format of het programmavoorstel als werk in de zin van art. 10 Aw. kan worden aangemerkt (r.o. 4.14).

3.5. Wassenaar, die volgens de cassatiedagvaarding rechtsopvolger van Accordo is, en zich in cassatie zelf als Accordo aanduidt (waarbij de Tros c.s. zich hebben aangesloten), is van het arrest van het hof in cassatie gegaan onder aanvoering van drie middelen. De Tros c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben hun stellingen schriftelijk toegelicht. De Tros c.s. hebben nog gedupliceerd.

4. bespreking van de cassatiemiddelen

Eerste middel:

(i) vermoeden van ontlening en (ii) het belang van de puntert van overeenstemming en de punten van verschil voor het antwoord op de vraag of sprake is van een verveelvoudiging.

4.1. Het eerste middel, dat tien onderdelen omvat, richt zich tegen r.ovv. 4.13 en 4.14. Deze luiden:

"4.13 De in de voorgaande overwegingen genoemde overeenkomsten en verschillen tegen elkaar afwegend en in aanmerking genomen de totaalindruk zowel van het format en het programmavoorstel als van het programma "Una Voce Particolare 12", komt het hof met de rechtbank tot de slotsom dat geen sprake is van verveelvoudiging, noch van het format noch van het programmavoorstel. Voor zover de overeenstemming berust op elementen als in 4.7 genoemd, acht het hof de punten van verschil voor het totaalbeeld van de werken wezenlijker dan de punten van overeenstemming. Dat het idee dat aan enerzijds het format/programmavoorstel en anderzijds het programma "Una Voce Particolare" ten grondslag ligt gelijk is, is niet beslissend.

4.14 De grieven 2 tot en met 4 zijn dus vruchteloos voorgesteld. Dit betekent dat Accordo ook in hoger beroep belang mist bij een vaststelling dat het format/programmavoorstel als werk in de zin van arti-

kel 10 Aw. kan worden aangemerkt. Grief 1 kan daarom onbesproken blijven."

4.2. De onderdelen 1.1 en 1.2 betogen dat het hof in no. 4.13 twee in onderdeel 1.2 geponeerde regels heeft miskend, te weten:

(i) indien het format/programmavoorstel een auteursrechtelijk beschermd werk is, moeten de Tros c.s. bijzondere omstandigheden bewijzen waaruit kan volgen dat ondanks de door het hof in r.ovv. 4.7 en/of 4.8 genoemde punten van overeenstemming tussen het format/programmavoorstel enerzijds en het programma anderzijds, het programma een zelfstandige schepping is die niet de vrucht is van al dan niet bewuste ontlening;

(ii) de rechter moet bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een inbreuk op een auteursrecht meer gewicht toekennen aan de punten van overeenstemming dan aan die van verschil, waarbij de rechter ook de overige relevante omstandigheden in zijn oordeel moet betrekken.

Beide "regels" zijn m.i. gegrond op onjuiste rechtsopvattingen.

(i) Ontleningsregel

4.3. De eerste "regel" is een onjuiste interpretatie van de ontleningsregel uit het Barbie-arrest van 1992. 13 Het onderdeel miskent dat omkering van de bewijslast m.b.t. de (voor auteursrechtinbreuk vereiste) ontlening pas aan de orde is indien er sprake is van een bepaalde (te vergaande) mate van overeenstemming.

Ter illustratie sta ik even stil bij de geschiedenis van de in het Barbie-arrest van 1992 neergelegde echte ontleningsregel. Op de achtergrond speelde een langjarige pennenstrijd onder beoefenaren van het auteursrecht tussen (wat ik nu noem) "monopolisten", die verdedigden dat het auteursrecht een monopolie gaf (zoals een octrooi), en "empruntisten," die verdedigden dat auteursrechtinbreuk, naast uiteraard het te veel aan auteursrechtelijk relevante gelijkenis, óók (bewijs van) ontlening door de gedaagde aan het werk van de eiser vereiste. 14

In de zaak van pop Barbie tegen pop Sindy (Mattel tegen MB), voerde MB, afgezien van allerlei andere werven, het (verworpen) verweer dat Sindy voor auteursrechtinbreuk niet genoeg op Barbie zou lijken, en het verweer dat de vordering moest falen omdat in het auteursrecht het ontleningsvereiste zou gelden. Wat dit laatste betreft bracht MB naar voren dat het hof ontlening niet (duidelijk) had vastgesteld, zodat de Hoge Raad 's hofs arrest zou moeten vernietigen. Nu is tussen concurrenten (van wereldformaat) niet erg waarschijnlijk dat de één, de producent van Sindy die later op de markt verscheen dan Barbie, de marktintroducties van de ander, Mattel, niet zou volgen.

De Hoge Raad zag in de Barbie-zaak gelegenheid een keuze te maken tussen de verschillende benaderingen. De ontleningstheorie bleek het juiste uitgangspunt. Maar aan praktische bezwaren daarvan ("omdat die opvatting afbreuk doet aan de effectiviteit van de bescherming welke de Aw aan de rechthebbende beoogt toe te kennen") werd tegemoet gekomen door, gegeven "een bepaalde mate van overeenstemming",

geen stelplicht m.b.t. ontlening te verlangen, en door de bewijslast om te keren.

Met "een bepaalde mate van overeenstemming" duidt de BR de tussen de wederzijdse werken geconstateerde, voor auteursrechtinbreuk rechtens vereiste overeenstemming aan. De vraag, welke mate van overeenstemming daartoe vereist is, komt in het Barbie-arrest niet aan de orde, omdat die kwestie - feitelijk - door het hof beslist was.

4.4. Uiteraard leidt niet ieder punt van overeenstemming tot een door art. 13 Auteurswet niet toegestane nabootsing of bewerking. Zo lang de mate van overeenstemming niet groot genoeg is om dat laatste aan te nemen, is er geen aanleiding tot discussie over ontlening, laat staan tot omkering van de bewijslast. Er is geen reden - en het strijdt met de proceseconomie - om bij betwisting van zowel het een als het ander, de bewijslevering over ontlening (of ingevolge het Barbie-arrest: niet-ontlening) de voorrang te geven.

4.5. Illustratief voor de rangorde van de beoordelingspunten (overeenstemming resp. ontlening) is nog een beschikking van het Gerechtshof 's-Gravenhage van 13 juni 1989, Computerrecht 1990/1, p. 40.

Dat was nog vóór het Barbie-arrest. De aanlegster in die zaak, die inbreuk op auteursrecht op haar computerprogramma's stelde, wilde toen het bewijs van ontlening graag op zich nemen: en wel via een voorlopig getuigenverhoor.

Nu stond enerzijds over een mogelijk te veel aan auteursrechtelijke gelijkenis nog niets vast. Anderzijds vond de gerekwesteerde een voorlopig getuigenverhoor onder haar personeel over eventuele ontlening (zacht gezegd) zeer belastend.

Het hof overwoog (mijn curs., A-G): "Aangenomen dat dergelijke [computerprogramma's] onder auteursrecht vallen [...], dan is door vergelijking van de beide [programma's] vast te stellen, of een te veel aan auteursrechtelijke gelijkenis aanwezig is (met betrekking tot door het auteursrecht beschermde elementen). Een dergelijk onderzoek dient door terzake deskundigen te worden gedaan." Nu dat mogelijk was en nog niet gebeurd was, werd in deze zaak het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor over de ontlening dan ook afgewezen (onevenredig).

4.6. In de thans te beoordelen zaak over het format van Accordo koos het hof m.i. terecht (laat staan met miskenning van een rechtsregel), voor behandeling van de vraag van een te veel aan rechtens relevante overeenstemming, alvorens toe te komen aan de ontleningskwestie.

Bij het eerste station op 's hofs route achtte het hof zodanige overeenstemming niet aanwezig. (Alleen) als dat anders was geweest, zou het niet-ontleningsverweer van de Tros c.s. het volgende station geweest, met een omgekeerde bewijslast en een navenante bewijsopdracht. 15

(ii) Overeenstemmingscriterium

4.7. Met de tweede "regel" poneert onderdeel 1.2 óók een onjuiste maatstaf, nu met betrekking tot de auteursrechtelijk relevante overeenstemming.

De maatstaf van de tweede "regel" lijkt ontleend te zijn aan het arrest van de Hoge Raad van 16 april 1999 (Biggott c.s./Doucal Free Zone). 16 Hierin heeft de Hoge Raad, oordelend over Arubaans merkenrecht, overwogen dat de rechter bij beantwoording van de vraag of sprake is van inbreuk meer gewicht moet toekennen aan de punten van overeenstemming dan aan die van verschil en dat de rechter ook de andere relevante omstandigheden in zijn oordeel moet betrekken.

Het gaat hier om een merkenrechtelijke maatstaf, en niet een auteursrechtelijke. 17 Dát die maatstaven niet dezelfde zijn, heeft de Hoge Raad eerder zelf onderstreept in het Cow Brand-arrest van 1989. 18 Daar leerde de Hoge Raad dat de vraag of er sprake is van nabootsing in auteursrechtelijke zin (juist) niet afhankelijk is van de indruk die het publiek krijgt. Dat duidt op een afwijzing van het merkenrechtelijke criterium van verwarringsgevaar in het auteursrecht. Dat is reeds hierom verklaarbaar, nu bijv. stijlnabootsing allicht tot "verwarring bij het publiek" aanleiding kan geven. Zulk een verwarring dient echter niet aan stijlvrijheid onder het auteursrecht af te doen.

4.8. Voor de beoordeling aan de hand van art. 13 Auteurswet van een eventueel te veel aan overeenstemming, moge ik verwijzen naar Spoor/Verkade, Auteursrecht, 2e druk 1993, nr. 105 met verdere verwijzingen, en naar Van Lingén, Auteursrecht in hoofdlijnen, 5e druk 2002, p. 192. Uit eerstgenoemd boek citeer ik de m.i. niet omstreden leerstelling: "Het feit dat twee werken een zekere gelijkenis vertonen betekent daarom nog niet dat er ook sprake is van ongeoorloofde nabootsing, aangezien die impressie juist kan berusten op bepaalde stijlelementen of andere onbeschermden aspecten."

De beoordeling van een auteursrechtelijk "te veel" aan overeenstemming (naar het door wijlen Th. Limperg, een van de Nederlandse auteursrecht-nestoren, aardig verwoorde criterium: de grens tussen toegelaten inspiratie en verboden imitatie) heeft in hoge mate een feitelijk karakter en onttrekt zich dus voor een groot deel aan toetsing in cassatie. Dat blijkt uit het arrest Heertje/Hollebrand. 19 In dat arrest heeft de Hoge Raad als factor van belang bovendien gewezen op de aard van het werk. Volens Spoor/Verkade t.a.p. kan als vuistregel gelden dat de beschermingsomvang evenredig is met de mate van eigen karakter (en omgekeerd evenredig met de mate van "zakelijkheid").

Dit geeft aanleiding om nader stil te staan bij de aard van het "format" of "programmavoorstel" als potentieel "werk".

TV-formats als "werk"

4.9. Sinds halverwege de jaren '80 van de twintigste eeuw heeft het onderwerp auteursrecht op televisie-formats of programmaformules in Nederland nogal eens tot procedures geleid. Aanleiding daarvoor was dat - hand in hand met de commercialisering van de omroep en het toenemend belang van kijkcijfers - in zulke fenomenen blijkbaar (steeds meer) handel ontstond. In de vakliteratuur zijn er diverse artikelen 20 en zelfs twee monografieën aan gewijd. 21

Geheel nieuw was de problematiek echter niet. In oudere literatuur was al gediscussieerd over de vraag of de "plot" (of een serie "plots") van een literair werk als een roman door het auteursrecht beschermd zou kunnen zijn. Onder toepassing van de hoofd- en vuistregels van het auteursrecht, is het niet verrassende antwoord dat het afhangt van de mate van eigen karakter. De mate waarin eigen karakter aanwezig kan worden geacht, hangt op haar beurt af van de mate van uitwerking. 22 Bij dit alles speelt op de achtergrond het oude (maar nog alleszins levende) auteursrechtelijke dogma dat "ideeën" - hoe origineel of revolutionair wellicht ook - op zichzelf geen voorwerp van auteursrecht (behoren te) zijn.

4.10. Over de TV-formats of programmaformules heeft de Hoge Raad tot dusverre nog niet geoordeeld. De Hoge Raad heeft in 2001 wel een arrest gewezen in een zaak die betrekking had op een vergelijkbare problematiek: die van gezelschapsspellen. 23 Voor de onderhavige zaak kunnen wij daar niet veel, maar wel iets van leren. Daaraan doet niet af dat in de onderhavige zaak over het muzikale debutantenprogramma de inbreukvraag centraal staat en niet de voldoening aan de drempels van het format/programmavoorstel 24, terwijl het in de zaak van de vijf spellen andersom was. Te verwachten lijkt mij dat de Hoge Raad ten aanzien van de mate van controle in cassatie eenzelfde benadering zal kiezen. De wijze van beoordeling van de vraag of er (net) voldoende oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel is om over de drempel te komen (Vijf spellenzaak), verschilt immers niet wezenlijk van de beoordeling hoe véér men boven die drempel zit en waarin de auteursrechtelijk beschermde trekken zitten. Dat is aan de orde in deze zaak, omdat daaraan de voor de overeenstemmingsvraag bepalende auteursrechtelijke beschermingsomvang is gekoppeld.

4.11. De Hoge Raad heeft zich in de spellenzaak niet in den brede had behoeven uit te laten over de dichotomie tussen het niet beschermbare "spelidee" 25 en het wel beschermbare (geconcretiseerde) uitgewerkte spelconcept. Over die onderscheiding op zichzelf waren partijen in de Vijf spellen-zaak het wel eens, zodat daarvoor geen aanleiding was. Niettemin is leerzaam wat de Hoge Raad overwoog over 's hofs positieve oordeel over de oorspronkelijkheid van het concept van het spel "Wie is het", zoals het in de uitvoeringen van het spel was geconcretiseerd, waarbij volgens het hof de uitwerking van het spelconcept en de vormgeving van het spel niet te onderscheiden zijn. Naar aanleiding van een cassatieklacht van Impag (onderdeel 4.1.2), die erop neerkwam dat het hof daarmee ten onrechte auteursrechtelijke bescherming verleende aan een idee of spelconcept op zichzelf, overwoog de Hoge Raad in r.ovv. 3.4.1 en 3.4.2:

"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 zo-even 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."

Hoewel het er niet met zo veel woorden staat, lijkt mij niet te vermetel een lezing volgens welke de Hoge Raad inderdaad van oordeel is dat een onderscheiding waarbij een idee of spelconcept op zichzelf niet (maar de uitwerking ervan wel) auteursrechtelijke bescherming geniet, niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting.

4.12. Voor het overige strekt het Vijf spellen-arrest voor de onderhavige zaak nog in die zin ter lering dat het, in de lijn van het arrest Heertje/Hollebrand van 1979, laat zien dat de Hoge Raad (onverminderd het klassieke vertrekpunt dat het object een eigen, oorspronkelijk karakter moet hebben dat het persoonlijk stempel van de maker tot uiting brengt) het oordeel over de beschermbaarheid nauw verbonden acht met de feitelijke omstandigheden en waarderingsen. (Zeer) veel is dus overgelaten aan het oordeel van de feitenrechter. 's Hofs oordeel in casu

4.13. Het hof heeft een vergelijking gemaakt tussen het format/programmavoorstel en het programma "Una Voce Particolare". Het heeft een analyse gemaakt van de punten van overeenstemming en die van verschil, waarbij het heeft aangegeven of de betreffende punten van overeenstemming en verschil relevant dan wel minder relevant zijn (r.o. 4.7: "geen zelfstandige betekenis hebben") voor de overeenstemmingsvraag. Het hof heeft voorts in het bijzonder bezien in hoeverre juist elementen die een eigen oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel aan het format/programmavoorstel zouden geven, al dan niet in Una Voce Particolare aan te treffen zijn (r.ovv. 4.8 t/m 4.10), alsmede aandacht gegeven aan verdere relevante verschillen (r.ovv. 4.11 en 4.12). Vervolgens is het hof, na een afweging van de overeenkomsten en verschillen, en in aanmerking genomen de totaalindruk van zowel het format/programmavoorstel als het programma "Una Voce Particolare" tot de slotsom gekomen dat geen sprake is van verveelvoudiging.

Hiermee heeft het hof m.i. geen onjuiste maatstaf aangelegd.

4.14. In de zaak Decaux/Mediamax ging de Hoge Raad 26 akkoord met:

- zowel een beoordeling die ervan uitgaat dat "aan het enkele ontwikkelen van een nieuwe mode of stijl geen bescherming krachtens auteursrecht [...] toekomt en dat derhalve moet worden onderzocht of - mede gelet op mode, trend of stijl op het onderhavige terrein Tros c.s. voldoende afstand heeft genomen van het werk van Accordo en Groove en met haar ontwerp op een voldoende eigen wijze uiting gegeven heeft aan de vigerende stijl, trend of mode van ontwerpen" (no. 3.4.

HR), - als een beoordeling aan de hand van totaalindrukken (r.ovv. 3.2 en 3.3 BR).

Hoewel die zaak betrekking had op een voorwerp van toegepaste kunst (art. 10, lid 1, onder 11 Aw) en hoewel het criterium van de totaalindrukken zich vermoedelijk niet leent voor toepassing op alle typen werken, meen ik dat toepassing ervan ook in gevallen van de beoordeling van een overzichtelijk (verondersteld) werk als een TV-format/programmavoorstel niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt.

Overigens heeft, zoals uit de r.ovv. 4.6 t/m 4.12 blijkt, het hof bepaald niet volstaan met alleen maar een (korte) overweging over een "totaalindruk".

4.15. Op al het voorafgaande lopen onderdelen 1.1 en 1.2 vast. De klachten van de onderdelen 1.3 t/m 1.10 bouwen grotendeels voort op onderdelen 1.1 en 1.2 en delen in zoverre het lot daarvan. Ik loop evenwel de onderdelen 1.3 e.v. nog stuk voor stuk na.

De onderdelen 1.3 t/m 1.10

4.16. Voor zover onderdeel 1.3 (wederom) klaagt over het niet geven van een bewijsopdracht aan de Tros c.s. met betrekking tot niet-ontlening faalt het op de aangegeven gronden. Voor zover het erover klaagt dat het hof de (door grief 1 aan de orde gestelde) vraag of het format/programmavoorstel auteursrechtelijk beschermd is niet onbesproken had kunnen laten, althans veronderstellenderwijs positief had moeten beantwoorden, berust het op een verkeerde lezing van het arrest, aangezien het hof bij de beoordeling van overeenstemmingsvraag juist wél van die veronderstelling is uitgegaan.

Tot slot: het is de rechter toegestaan om eerst na te gaan of er sprake is van overeenstemming alvorens in te gaan op de vraag of het nagebootste werk auteursrechtelijk beschermd is. 27

4.17. Onderdeel 1.4 en onderdeel 1.2, betogend dat onbegrijpelijk is waarom de in onderdeel 1.2 genoemde regels buiten toepassing moeten blijven, falen niet alleen omdat zij voortbouwen op onderdelen 1.1 en 1.2, maar ook omdat zij miskennen dat een rechtsoordeel in cassatie niet met een motiveringsklacht kan worden bestreden. 28

4.18. Onderdeel 1.5, dat betoogt dat het hof met zijn oordeel dat de punten van verschil voor de totaalindruk wezenlijker zijn dan die van overeenstemming een onjuiste maatstaf heeft aangelegd en dat het hof de overige omstandigheden van het geval had moeten betrekken bij de vraag of sprake is van overeenstemming, faalt niet alleen omdat het voortbouwt op onderdelen 1.1 en 1.2, maar ook omdat het uitgaat van een onjuiste lezing van het bestreden arrest. Het hof heeft immers niet overwogen dat de punten van verschil voor de totaalindruk wezenlijker zijn dan die van overeenstemming. Het heeft overwogen dat dit geldt voor zover de overeenstemming berust op elementen als in no. 4.7 genoemd. In no. 4.7 heeft het hof een opsomming gegeven van punten van overeenstemming van een voor de hand liggende keuze/rangschikking van programma-elementen, die aldus het hof "geen zelfstandige betekenis" hebben voor de overeenstemmingsvraag (ofwel: auteursrechtelijk niet relevante

trekken). Die lezing wordt bevestigd door de slotzin van de aangevallen r. o. 4.13.

4.19. Voor zover onderdeel 1.6 berust op de stelling dat het hof de punten van overeenstemming als genoemd in no. 4.8 geheel buiten de afweging heeft gelaten, mist het feitelijke grondslag. Uit de eerste zin van no. 4.13 blijkt dat het hof wel degelijk acht heeft geslagen op alle genoemde overeenkomsten en verschillen.

Voor zover onderdeel 1.6 klaagt dat zonder nadere motivering niet begrijpelijk is waarom de punten van overeenstemming als genoemd in no. 4.8 voor het totaalbeeld niet wezenlijker zijn dan de punten van verschil bouwt het voort op onderdelen 1.1 en 1.2 en deelt het het lot daarvan.

Voor zover het onderdeel niet daarop voortbouwt, is van belang dat het hier om een feitelijk oordeel van het hof gaat welk oordeel, in het licht van de door het hof geconstateerde overeenkomsten en verschillen, niet onbegrijpelijk is. Het middelonderdeel geeft overigens ook niet aan waarom in dit geval de punten van overeenstemming wezenlijker zouden zijn dan die van verschil en loopt dus in dit opzicht reeds vast op art. 407 lid 2 Rv.

4.20. Onderdeel 1.7 klaagt dat "mede in het licht van het vorenstaande" onbegrijpelijk is dat het hof gelet op de aanwezige punten van overeenstemming als vermeld in no. 4.8 niet tot het oordeel is gekomen dat sprake is van een verveelvoudiging. Ook voor dit onderdeel geldt dat het het lot van de onderdelen 1.1 en 1.2 deelt voor zover het daarop voortbouwt en dat het voor het overige niet voldoet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. Bovendien is, zoals gezegd, het oordeel van het hof naar mijn mening niet onbegrijpelijk.

4.21. Onderdeel 1.8 klaagt (kennelijk) dat het hof verzuimd heeft drie daar genoemde, volgens dit onderdeel relevante (groepen van) omstandigheden bij de beoordeling te betrekken. Ik verwijs korthedshalve naar dit onderdeel.

Voor zover het onderdeel uitgaat van de in onderdeel 1.2 onder (ii) bedoelde "regel", eerder besproken als de regel van (Arubaans) merkenrecht, deelt het het lot van onderdelen 1.1 en 1.2.

Voor zover de omstandigheden genoemd achter het eerste gedachtestreepje iets zouden kunnen afdoen aan het niet onbegrijpelijke oordeel van het hof dat geen sprake is van auteursrechtelijk relevante overeenstemming volgens de daartoe geldende maatstaven (als hiervoor besproken), heeft het hof deze wel in zijn overwegingen betrokken en mist het onderdeel feitelijke grondslag.

Achter het tweede gedachtestreepje verwijst Wassenaar naar een stelling uit een bij Conclusie van repliek overgelegde productie. Met enige welwillendheid is de stelling terug te vinden in de toelichting op grief 4 (memorie van grieven, blz. 8-9). Hetzelfde geldt voor de stelling achter het derde gedachtestreepje. Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof de achter het tweede en derde gedachtestreepje genoemde omstandigheden evenwel anders gewogen resp. niet relevant geacht voor de overeenstemmingsvraag. In dit verband is (alweer) van belang dat het oordeel of sprake is van auteursrechtelijk

relevante overeenstemming in hoge mate een feitelijk karakter draagt.

4.22. Onderdeel 1.9 besprak ik reeds in § 4.17.

4.23. Onderdeel 1.10 betoogt m.i. ten onrechte dat het hof een beschrijving had moeten geven van de totaalindrukken van het format/programmavoorstel en van het programma "Una Voce Particolare". De totaalindruk laat zich bezwaarlijk in woorden vangen. Ik meen overigens dat de wijze van toetsing van het hof overeenkomt met die welke de Hoge Raad releveert in het meergenoemde arrest Decaux/Mediamax, r.o. 3.2, derde alinea, en daarmee voldoet aan een door de Hoge Raad aanvaarde maatstaf.

4.24. Het eerste middel faalt al met al in zijn geheel.

Tweede middel: voor de hand liggende keuze en rangschikking van elementen, en de mening van deskundigen

4.25. Onderdeel 2.1 richt zich tegen de overweging van het hof in r. o. 4.7 dat de uitwerking van het idee van een concours/talentenjacht voor amateurzangers/zangeressen van licht klassieke muziek in een voor een breed publiek toegankelijk televisieprogramma al snel leidt tot een keuze en rangschikking van programma-elementen die zo al niet onvermijdelijk, dan toch - mede gelet op hetgeen de ervaring ten aanzien van dergelijke televisieprogramma's leert - bepaald voor de hand liggend is. Het onderdeel betoogt dat het hof hiermee heeft miskend dat de wijze van combineren en invullen van de elementen en de volgorde van het gebruik niettemin tot oorspronkelijkheid kunnen leiden. Het hof zou er geen blijk van hebben gegeven dit te hebben onderzocht.

4.26. Het onderdeel berust m.i. op een onjuiste lezing van het arrest en mist daardoor feitelijke grondslag. Het hof is immers veronderstellenderwijs uitgegaan van auteursrechtelijke bescherming van het format/programmavoorstel als geheel. Daarin ligt besloten 's hofs oordeel dat door de wijze van combineren, de volgorde en de invulling van (ook) de in r.o. 4.7 genoemde bepaald voor de hand liggende programma-elementen, een oorspronkelijk werk kan ontstaan. De overweging dat overeenstemming op de daar bedoelde punten geen zelfstandige betekenis heeft voor de vraag of "Una Voce Particolare" een verveelvoudiging is van het format/programmavoorstel van Accordo doet daaraan niet af.

Dát het hof aan die elementen voor de verveelvoudigingsvraag geen zelfstandige betekenis heeft toegekend, is overigens een feitelijk en niet onbegrijpelijk oordeel.

Overigens heeft Accordo resp. Wassenaar niet aangegeven waarin bij het format/programmavoorstel de originaliteit zou schuilen van de invulling, combinatie of volgorde van de in no. 4.7 genoemde elementen, zoals de Tros c.s. met reden opmerken in hun schriftelijke toelichting (nr. 2.45, blz. 17).

4.27. Onderdeel 2.2 betoogt dat het hof niet zonder nadere motivering voorbij mocht gaan aan de drie door Accordo bij conclusie van repliek als producties 6, 7 en 8 overgelegde verklaringen van in de branche werkzame deskundigen.

Het hof is uitgebreid, niet minder uitgebreid dan de door Wassenaar bedoelde verklaringen, ingegaan op de in deze procedure gebleken punten van overeenstemming en van verschil. Het hof is dus niet ongemotiveerd voorbijgegaan aan de inhoud van de verklaringen. Het hof was m.i. niet gehouden daarnaast ook nog deze verklaringen als zodanig na te lopen, zodat ook dit onderdeel faalt.

4.28. Onderdeel 2.3 betoogt dat het onjuist althans onbegrijpelijk is dat het hof geen aanleiding heeft gezien een deskundigenbericht te bevelen.

Het is vaste rechtspraak dat het aan het beleid van de rechter die over de feiten oordeelt is overgelaten of hij meent te moeten overgaan tot het benoemen van een deskundige om te beslissen welke deskundige voorlichting hij behoeft. Een partij kan dan ook niet klagen over het passeren van een desbetreffend verzoek. 29 Hierop loopt dit middelonderdeel vast. Ten overvloede merk ik op dat de a-contrario redenering op blz. 11 en 12 van de schriftelijke toelichting van de advocaat van Wassenaar niet opgaat.

4.29. Ook het tweede middel faalt in zijn geheel.

Derde middel: punten van overeenkomst en van verschil zijn volgens Wassenaar zodanig dat sprake is van overeenstemming.

4.30. Onderdeel 3.1 klaagt dat het hof een essentiële stelling van Accordo onbehandeld heeft gelaten, en wel de stelling dat de verschillen tussen het format/programmavoorstel en het programma "Una Voce Particolare", zo al aanwezig, slechts ondergeschikte elementen betreffen, terwijl het essentiële deel van het format/programmavoorstel is overgenomen. Deze klacht mist feitelijke grondslag. Het hof is uitgebreid ingegaan op de verschillen en overeenkomsten en tot de slotsom gekomen dat er geen sprake is van overeenstemming. Hierbij is het hof, zoals hierboven al bleek, niet van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan, terwijl zijn oordeel niet onbegrijpelijk is en, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, niet in aanmerking komt voor verder toetsing in cassatie. Het behoeft ook geen nadere motivering.

4.31. Middelonderdeel 3.2 en de laatste zin van middelonderdeel 3.1 betogen dat de Tros c.s. ten opzichte van het format/programmavoorstel geen nieuwe elementen hebben toegevoegd. De verschillen zijn volgens Wassenaar met name een gevolg van het weglaten van enkele elementen. Volgens Wassenaar kan een programma slechts dan als nieuw, oorspronkelijk werk worden beschouwd als er zoveel nieuwe elementen aan zijn toegevoegd dat de overgenomen formule als onbeduidend wegvalt, dan wel er zoveel essentiële elementen in zijn weggelaten dat het oorspronkelijke werk er niet meer in herkend kan worden. Het louter weglaten van enkele (niet wezenlijke) elementen is, volgens Wassenaar, onvoldoende om te kunnen spreken van een nieuw, oorspronkelijk werk. Het hof zou deze regel hebben miskend, althans een onbegrijpelijk oordeel hebben gegeven.

4.32. Ook deze klacht faalt. In het kader van de - juiste - beoordeling aan de hand van de totaalindrukken heeft het hof in no. 4.10 gewezen op de verschillende func-

ties van de muzieksleutels en in no. 4.11 op een verschil in jureerwijze. Voorts heeft het hof in no. 4.6 bij de beschrijving van het programma Una Voce Particolare gewezen op de daarin voorkomende elementen bestaande in een "live reminder" waarbij na het optreden van de zesde kandidaat iedere kandidaat opnieuw een kort fragment zingt, en op het enkele malen samen met het publiek zingen van een koorwerk door de presentator.

De hier bedoelde elementen van Una Voce Particolare die niet voorkomen in het format/programmavoorstel heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk meegewogen bij zijn van beoordeling van de overeenkomsten en verschillen, resulterend in zijn feitelijk oordeel dat geen sprake is van verveelvoudiging. Daarmee is niet onbegrijpelijk het kennelijke oordeel van het hof dat de verschillen niet met name een gevolg zijn van het weglaten van slechts enkele (ondergeschikte) elementen.

4.33. De onderdelen 3.3 t/m 3.6 richten motiveringsklachten tegen r.ovv. 4.11 en 4.12.

De onderdelen 3.3 t/m 3.5 achten onbegrijpelijk dat het hof als relevante punten van verschil aanmerkt:

- dat het format/programmavoorstel spreekt van opera, operette, musical en instrumentaal, terwijl het in het programma "Una Voce Particolare" uitsluitend gaat om opera en operette;

- dat in het format/programmavoorstel sprake is van puntenwaardering door de jury, terwijl in het programma "Una Voce Particolare" de winnende kandidaat wordt aangewezen;

- dat het programma "Una Voce Particolare" het element van de pianobar niet kent;

- dat het programma "Una Voce Particolare", anders dan het format/programmavoorstel, geen interviews met de kandidaten kent en evenmin het "voorstellen door marco van grote concerttheaters in Europa d.m.v. een ENG-filmpje".

Het gaat hier, volgens de middelonderdelen, louter om weglatingen die geen invloed hebben op de totaalindruk.

De middelonderdelen falen. Het feitelijke oordeel van het hof dat, onder meer, de door de middelonderdelen genoemde elementen wel van invloed zijn op de totaalindruk is, zoals gezegd, niet onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering. 30 Bovendien maken de middelonderdelen niet duidelijk waarom de verschillende punten van verschil niet van invloed zouden zijn op de totaalindruk. Tot slot zij opgemerkt dat de verschillende elementen niet los van elkaar, zelfstandig van doorslaggevende betekenis zijn. Het gaat om een afweging van alle overeenkomsten en verschillen, terwijl de totaalindruk door alle elementen gezamenlijk wordt bepaald.

4.34. Onderdeel 3.6 betoogt dat onbegrijpelijk is dat het hof in no. 4.11 als relevant punt van verschil noemt dat volgens het format/programmavoorstel gebruik wordt gemaakt van een orkestband terwijl in het programma "Una Voce Particolare" een orkest en dirigent live optreden. Het idee van een echt orkest is volgens Wassenaar ook afkomstig van Accordo, zoals bij Memorie van grieven onder 2.5 onweersproken zou zijn

gesteld, en zou daarmee deel zijn gaan uitmaken van het format/programmavoorstel.

4.35. Ook dit middelonderdeel faalt. Accordo heeft haar vorderingen steeds gegrond op het format/programmavoorstel. Weliswaar heeft zij bij Memorie van grieven gesteld dat tijdens de bespreking in 1993 ook varianten van het format zijn besproken en dat zij deelname van een orkest aan het programma heeft voorgesteld, maar hiermee heeft zij nog niet duidelijk gesteld dat zij in deze procedure ook aanspraak maakt op de auteursrechten op deze variant van het format/programmavoorstel. Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof in 2.5 van de Memorie van grieven geen wijziging van de grondslag van de eis gelezen.

4.36. Onderdeel 3.7 betoogt dat het hof ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten dat het een serie van zes afleveringen betreft. Dit zou een wezenlijk punt van overeenstemming zijn, omdat het hoogst zeldzaam zou zijn dat een programma in een serie van zes afleveringen wordt geproduceerd.

4.37. Dat een programma in zes, of zeven, of vijf, of 11, of 21 afleveringen wordt geproduceerd, moge meer of minder zeldzaam zijn.

Het hof heeft echter kennelijk, feitelijk en niet onbegrijpelijk, in het enkele aantal van de afleveringen geen auteursrechtelijk relevant aspect gezien.

4.38. In de schriftelijke toelichting van Wassenaar lees ik, op blz. 12, nog een nieuwe klacht. Nu het hof slechts over één aflevering van het programma "Una Voce Particolare" beschikte, had het hof volgens Wassenaar niet zonder nader onderzoek mogen constateren dat het in dit programma uitsluitend ging om opera en operette. Door deze constatering zou het hof Accordo hebben verrast.

De advocaat van de Tros c.s. heeft bij nadere schriftelijke toelichting een reactie op deze klacht gegeven. Wellicht ziet de Hoge Raad hierin reden om toch op de klacht in te gaan. 31 Ik zal er daarom op ingaan.

Ik kan echter kort zijn. De klacht miskent de lijdelijkheid van de rechter. Bovendien gaat het hier om een punt dat door de Tros in feitelijke aanleg is aangevoerd. Van een verrassing is dan ook geen sprake. 32 De klacht faalt.

4.39. Ook middel 3 faalt daarmee in zijn geheel.

Conclusie

Mijn conclusie strekt tot verwerping van het beroep

Noten bij Conclusie A.-G.

1 Zie vonnis van de rechtbank no. 1 en bestreden arrest r.ovv. 3 en 4.1.

2 Deze vennootschap trad in eerste aanleg samen met Accordo BV als eiseres op. In hoger beroep en cassatie is zij geen partij meer in de procedure.

3 In de feitelijke instanties trad Accordo BV op als procespartij. Accordo BV heeft, zo stelt de cassatiedagvaarding op blz. 1, bij akte al haar rechten en verplichtingen, waaronder haar in de onderhavige procedure centraal staande rechtsvordering op verweersters in cassatie, overgedragen aan Wassenaar. Dit is niet bestreden, zodat in cassatie ervan uitgegaan mag

worden dat Wassenaar rechtsopvolger onder bijzondere titel van Accordo BV is geworden. Dat een cessionaris, aan wie gedurende de appel- of cassatiefase het vorderingsrecht is overgedragen, als partij in de zin van art. 332 Rv is te beschouwen, zodat hij bevoegd is hoger beroep resp. cassatie in te stellen, is vaste rechtspraak van de Hoge Raad. Vgl. Hugenholtz/Heemskerk, 19e druk 1998, nr. 44 (vgl. ook 20e druk 2002, nr. 24).

4 De rechtbank schreef (overeenkomstig het hierna te noemen format en programmavoorstel): onbekend talent.

5 Zie voor het format resp. het programmavoorstel prods 1 en 2 bij Conclusie van eis.

6 Tussen partijen is in geschil geweest of toen ook het format is besproken en in afschrift is overhandigd. Maar het hof heeft hierover, in cassatie onbestreden, overwogen dat dit niet relevant is (r. o. 4.16).

7 Prod. 3 bij conclusie van eis.

8 Resp. prods. 4, 5 en 6 bij conclusie van eis.

9 Prod. 8 bij conclusie van eis. Een samenvatting van dat vonnis is gepubliceerd in AMI 1998, p. 144.

10 De stelling van Groove en Accordo dat de Tros c.s. onrechtmatig hebben gehandeld door gebruik te maken van het in juli 1993 in vertrouwen aan Den Daas overhandigde format en programmavoorstel en de daarop gebaseerde vorderingen, zijn in cassatie niet meer aan de orde, nu geen klacht is gericht tegen no. 4.16 van het bestreden arrest. Ook de beschouwingen in feitelijke aanleg omtrent de (hoogte van) de gevorderde schadevergoeding, winstafdracht en dwangsommen zijn in cassatie niet aan de orde.

11 Een videoband met de eerste aflevering van Una Voce Particolare bevindt zich thans in beide procesdossiers. Ik heb de band bekeken.

12 Het hof schrijft consequent "Particulare" en niet "Particolare".

13 HR 21 februari 1992, NJ 1993, 164 m.nt. JHS, AA 1993, p. 295 m.nt. Cohen Jehoram, AMI 1993, p. 7 m.nt. Gerbrandy, BIE 1993, p. 246, IER 1992, p. 89 m.nt. Quaadvlieg. Zie ook Grosheide, AMI 1993, p. 30. De ontleningsregel is - ten aanzien van de gestrengheid van de omgekeerde bewijslast - nog aan de orde gekomen bij HR 18 februari 2000, NJ 2000, 309, AMI 2000, p. 89 m.nt. FWG (De Vries/De Boer Unigro; Shopingspel/Sjopspel).

14 Zie nader Spoor/Verkade, Auteursrecht, 2e druk 1993, nr. 106, resp. de conclusie van A-G Asser bij het arrest, nrs. 2.19-2.23.

15 Accordo's andere visie laat zich niet helen, maar wél in zekere mate excuseren door een voor mogelijk misverstand in aanmerking komende overweging in het in § 2.7 genoemde kortgedingvonnis tussen partijen. De president nam, kort gezegd, het niet-ontleningsverweer van de Tros c.s. als eerste bij de kop, en wees de vorderingen van Accordo c.s. af, oordelend dat een bodemprocedure nodig was voor bewijslevering daaromtrent.

16 NJ 1999, 697, m.nt. P.B. Hugenholtz, IER 1999, p. 161 m.nt. FWG.

17 Een maatstaf die bovendien gerelativeerd moet worden voor het (Europees geharmoniseerde) Benelux

merkenrecht, zo merkt Hugenholtz op in zijn noot (onder 4) onder het arrest.

18 HR 13 oktober 1989, NJ 1990, 237 m.nt. DWFV, AMI 1990, p. 93 m.nt. JHS, BIE 1990, p. 290 m.nt. Ste. Als gevolg daarvan speelt blijkens dit arrest ook de zgn. nawerking in het auteursrecht, anders dan in het merkenrecht geen rol. Zie over "nawerking" in dit verband Spoor/Verkade, a.w., voetnoot 15 op p. 145.

19 HR 5 januari 1979, NJ 1979, 339 m.nt. LWH (Heertje c.s./Hollebrand c.s.).

20 Vgl. bijv. Le Poole, Mf 1992, p. 17 en Van Boltel, Mf 1992, p. 48.

21 J.C.H. van Manen, Televisieformats en -ideeën naar Nederlands recht, Amsterdam 1994 (besproken door Grosheide, AMI 1996, p. 3); J.F. Haeck, Idee en programmaformule in het auteursrecht, diss. UvA, Deventer 1998 (besproken door Van Manen in AMI 1999, p. 164).

22 Vgl. Spoor/Verkade, a.w., nr. 79, Van Lingen, a.w., p. 50, p. 63.

23 HR 29 juni 2001, AMI 2001, p. 111 m.nt. P.B. Hugenholtz, NJ 2001, 602 m.nt. DWFV (Impag/Hasbro; Vijfspellen).

24 Net als de rechtbank is het hof daar veronderstellenderwijs vanuit gegaan, om het vervolgens in het midden te laten: dat "in het midden laten" is intussen onderwerp van de klacht in onderdeel 1.3 in de onderhavige zaak.

25 Waaronder blijkens no. 3.4.1 van de Hoge Raad mede begrepen het (loutere) "spelconcept".

26 HR 29 december 1995, NJ 1996, 546 m.nt. DWFV.

27 Vgl. conclusie A-G Asser, onder 2.19, voor HR 29 december 1995, NJ 1996, 546, m.nt. DWFV (De-caux/Mediamax) onder verwijzing naar HR 13 oktober 1989, NJ 1990, 237 (Cow Brand), zie no. 3.3, derde alinea aldaar.

28 Zie bijv. HR 14 juni 2002, RvdW 2002, 104.

29 Hugenholtz/Heemskerk, 19e druk 1998, nr. 134, pp. 160-161. Zie bijv. HR 16 april 1999, NJ 1999, 666 (L./Interpolis), HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433 (Zwolsche Algemeene/De Greef) en HR 14 december 2001, NJ 2002, 73 (B./Ruitersportcentrum).

30 M.b.t. de pianobar merk ik op dat dit element in het programmavoorstel zelf (blz. 3) wordt aangeduid als belangrijk onderdeel van het programma.

31 Zie A.E.B. ter Heide, TCR 2001, blz. 82.

32 Vgl. nadere schriftelijke toelichting (dupliek) is cas-satie onder 8-10, blzz. 3-4.