



Rechtbank Breda, sector civiel,
Zitting: 18 maart 2011
Rolnr. 197679 HA ZA 08-2127

Pleidooi De Jong / Verwest

mr Y. Moszkowicz

Edelachtbaar college,

1. De gedaagden, Verwest en de zijnen (hierna Verwest), zijn zeer professionele, in de muziekindustrie in hoog aanzien staande ondernemingen, zoals Talpa Music en Black Hole Recordings. Daarnaast zijn de andere gedaagden gerenommeerde producers en een wereldberoemde artiest bekend onder de naam DJ Tiësto. Alle partijen tezamen alsook ieder individueel zijn op alle fronten groter, sterker, machtiger en vooral meer geloofwaardig dan mijn cliënt. Althans dit laatste is wat men zou denken.
2. Namelijk vanaf het eerste moment dat cliënt zich heeft gemeld bij Black Hole Recordings met de vraag, of zijn werk misschien gebruikt is bij de totstandkoming van de 'Elements of life', is Verwest talloze keren van standpunt gewisseld. De discrepanties in het 'verweer' van Verwest zijn legio en spreken daardoor boekdelen over de goede, of misschien kan ik beter zeggen de kwade trouw van Verwest. Het feit dat Verwest 48 uur voor deze zitting weer opnieuw een ander verweer wilde gaan voeren is de zoveelste getuige hiervan.
3. De belangrijkste tegenstrijdigheden zijn tijdens de getuigenverhoren boven water gekomen. Daar zal ik later op terug komen.

Eerst wil ik met u tot de kern van deze zaak komen. De kern van deze zaak kan worden teruggebracht naar de vraag:

Is Swiwal een oorspronkelijk werk en zo ja is Elements of Life dan een ongeoorloofde kopie van Swiwal?



4. Het antwoord moet twee keer ja luiden. Om tot deze conclusie te kunnen komen zal eerst het één en ander moeten worden bewezen.

Het is dit bewijs, geachte voorzitter en leden van de rechtbank, waarop deze zaak door u zal worden beoordeeld. U zult het moeten doen met hetgeen Verwest en De Jong u hebben aangereikt. Daarnaast zal moeten worden gekeken hoe de gebezigde bewijsmiddelen dienen te worden gewaardeerd en vooral of één van de twee partijen is geslaagd in hetgeen hij moet bewijzen.

5. Laten we daar nu eens naar gaan kijken, wie moest nou wat bewijzen? In de dagvaarding is door De Jong het Barbie- en het Una Voce Particolare-arres aangehaald. In het eerst genoemde arrest is bepaald dat voor de toewijzing van de vordering, dat sprake is van inbreuk op een Auteursrechtelijk beschermd werk, overeenstemming moet worden aangetoond. De Hoge Raad oordeelde dat het dan niet op de weg van de eiser ligt om te stellen én te bewijzen dat sprake is van bewuste of onbewuste ontlening. Een omkering van de bewijslast dus.

In het Una Voce Particolare arrest is vervolgens bepaald dat, wil sprake zijn van een vermoeden van ontlening, de overeenkomst van een zodanige aard en omvang moet zijn dat, indien het bedoelde vermoeden niet wordt ontzenuwd, geoordeeld moet worden dat van een ongeoorloofde verveelvoudiging in auteursrechtelijke zin sprake is.

6. Uw College heeft van De Jong drie rapporten ontvangen van onafhankelijke deskundigen uit verschillende disciplines binnen de muzikwetenschap. De conclusies van die rapporten zijn unaniem en ondubbelzinnig helder. Deze drie rapporten kunnen als volgt samengevat worden:
De 16 maten tellende melodische boog in het werk Swiwal en de eveneens zestien maten tellende melodische boog uit het werk Elements of Life zijn dermate overeenstemmend dat het uitgesloten is dat twee individuen onafhankelijk van elkaar deze melodie hebben gecomponeerd.¹ Tot deze conclusie komen zij na analyse van onder meer melodie, harmonie, ritme en arrangement. De feiten spreken volgens de deskundigen voor zich.

¹ Productie 30, 31 en 52



7. De aangehaalde arresten maken een uitzondering op art. 150 Rv als het vermoeden van ontlening niet wordt weerlegd. Nu de voornoemde rapporten niets tot de verbeelding overlaten, ligt de bewijslast bij gedaagden. De overeenkomsten zijn immers enorm. Anders dan Verwest stelt ligt het dus niet op de weg van De Jong om aan te tonen dat sprake is bewuste of onbewuste ontlening van zijn werk maar dient Verwést te bewijzen dat géén sprake is van overeenstemming en ontlening.

Voorts is door het Hof in het door partijen aangehaalde Taxi-song arrest² alsmede door het Europese Hof van Justitie met het Infopaq-arrest³ geoordeeld dat de totaalindrukken van de verschillende werken van belang zijn voor het oordeel of sprake is van inbreuk. Hierbij dient dan te worden gekeken of sprake is van overnamen van auteursrechtelijk beschermde elementen. Als de werken Swiwal en Elements of Life simultaan worden afgespeeld, dan is het alsof één werk klinkt. Daartoe heeft De Jong o.a. nummer 4 van de CD productie 9, in het geding is gebracht. Zowel ritme, melodie als harmonie zijn nagenoeg identiek. Zo ook de maatsoort en het arrangement van de beide werken. Ook over de totaalindrukken van de werken bestaat dus geen twijfel. Een eenvoudige auditieve vergelijking van de werken toont al in voldoende mate overeenstemming aan. Het Hof heeft in dit verband bepaald in het Taksisong arrest, dat ondanks verschillen in accentuering toch een auditief soortgelijke indruk kan worden achtergelaten.

8. Hoewel hij hiertoe niet is gehouden, door de grote overeenkomsten, heeft De Jong toch bewijs geleverd voor zijn stellingen. Enerzijds doormiddel van o.a. de reeds genoemde rapporten en anderzijds door middel van de getuigenverhoren. Immers, De Jong heeft met de getuigenverklaringen van gedaagden T. Verwest en G. Huinink onomstotelijk bewezen dat Elements of Life, anders dan eerder door gedaagden werd gesteld, niet op Sarabande in D mineur van Händel is gebaseerd.

² Hof Amsterdam 1 februari 1996, informatierecht/AMI 1996, p. 114.

³ HvJ EG 16 juli 2009, C-5/08.



9. In de Conclusie van Antwoord is het verweer van gedaagden geopend met de stelling:

“In het hierna volgende zullen gedaagden aantonen dat het werk ‘Elements of Life’ een bewerking bevat van de compositie “Sarabande in D mineur” afkomstig uit het werk ‘suite Nr. 11 for Harpsichord’, welke door de beroemde componist Georg Friedrich Händel (...) is gecomponeerd in of rond 1708”

De Jong had grote moeite met deze stelling en vermoedde dat dit een achteraf bedacht verweer was dat werd gebruikt om te verbloemen dat doelbewust zijn werk was geplagieerd. Tijdens het gesprek dat hij had met T. Verwest in februari 2009 had Verwest namelijk letterlijk verteld dat “ze” er pas later achter zijn gekomen dat Elements of Life leek op Sarabande. T. Verwest heeft dit later in een van de verhoren onder ede bevestigd.⁴ Als goed wordt gekeken naar alle feiten en stukken die in het geding zijn gebracht, wordt namelijk duidelijk dat Verwest alles behalve consistent is geweest in zijn uitlatingen hieromtrent en daarmee steeds minder geloofwaardig.

Op 21 april 2008 is de eerste e-mail van De Jong⁵ aangaande plagiaat verstuurd aan Black Hole Recordings. Dezelfde dag krijgt hij bericht terug met ontkenning. Niets wordt gezegd over een klassiek werk, laat staan van Händel. Wel wordt bevestigd dat een overeenkomst is te horen.

10. Met duitse ‘Gründlichkeit’ hebben gedaagden de urenspecificatie van hun advocaat in het geding gebracht als onderbouwing van gewerkte uren voor een proceskosten veroordeling. Zij hielden hierbij geen rekening met het feit dat alle handelingen van hun advocaat in deze specificatie staan vermeld. Zo ook het feit dat reeds op 27 oktober 2008 door de advocaat van Verwest voor het eerst kennis wordt genomen van een rapport van deskundige Oxendale.⁶ Vreemd genoeg wordt in de brief die zij de dag erna (28 oktober 2008) schreef aan ondergetekende met geen woord gerept over ‘Sarabande’. Wel wordt de claim volledig verworpen, maar dan met de uitdrukkelijke stelling dat gedaagde Huinink zelf de compositie heeft geschreven.

⁴ Verhoor 15 september 2009

⁵ productie 14 dagvaarding

⁶ Productie 16 Conclusie van Antwoord



11. Pas op 12 november 2008 -7 maanden na de eerste mail van De Jong- wordt via een persbericht van Back Hole Recordings, de eerste officiële berichtgeving over ‘Sarabande’ naar buiten gebracht. Verwest zou door vakantie niet hebben kunnen vertellen dat hij zich op ‘Sarabade’ zou hebben gebaseerd. Niet wordt gesteld dat de andere gedaagden die aan Elements of Life hebben gewerkt ook op vakantie waren. Met name gedaagde Huinink die de melodie heeft vervaardigd is hier de grote afwezige. Op 20 maart 2009 wordt door Verwest het nieuwe rapport van Oxendale⁷ in het geding gebracht. Hieruit zou, in tegenstelling tot het eerder ingenomen standpunt dat Huinink de componist was, weer moeten blijken dat Elements of Life op Sarabande is gebaseerd. Later zal ik op de waarde van dit rapport nog terug komen. Overigens zou ik hier nog eens willen stil staan bij het feit dat er dus twee rapporten van Oxendale zijn. Één ervan is van voor de brief van 27 oktober 2008 waarin wordt gesteld dat Hinink de melodie zelfstandig heeft bedacht. Dit rapport uit oktober 2008 is nooit door Verwest in het geding gebracht. Het andere rapport van 8 januari 2009 is bij u beken als productie 7 van de Conclusie van Antwoord. Nogmaals daag ik Verwest uit het eerste rapport van Oxendale in het geding te brengen. De Jong weet zeker dat deze uitdaging niet wordt aangenomen. Ik zal u ook vertellen waarom De Jong dit zo zeker weet. Dit rapport zal u namelijk vertellen dat Elements of Life en Swiwal nagenoeg identiek zijn.

12. Op 20 maart 2009 verzetten gedaagden zich met hand en tand tegen het door De Jong verzochte getuigenverhoor.⁸

Tijdens het getuigenverhoor werd duidelijk waarom gedaagden zich zo hebben willen verzetten tegen de enquête. De vermoedens van De Jong werden nl. op alle fronten bevestigd toen gedaagden onder ede de vragen van De Jong moesten beantwoorden. Verwest heeft zich helemaal niet gebaseerd op de melodie van Sarabande van Handel. Op 14 oktober 2009 verklaarde Huinink daarentegen:⁹

- *‘Ik vond het niet relevant om tegen mijn advocaat in oktober 2008 te melden dat het stuk Elements of Life was gebaseerd op Sarabande (...). Wellicht was dit anders geweest als ik gebruik had gemaakt van de melodie van Sarabande, maar dit was niet het geval.’*

⁷ productie 7 Conclusie van Antwoord

⁸ punt 17 Verweerschrift verzoek voorlopig getuigenverhoor

⁹ Productie 43 Conclusie van repliek



- *'Elements of Life heb ik gebaseerd op sarabande en mijn eigen inspiratie, verder niets, daaruit is een nieuwe melodie voortgekomen en dat is het stuk dat ik aan Verwest en Waakop-Reijers heb toegestuurd.'*
- *'Ik heb de melodie uit Sarabande verwijderd en daar zelf een nieuwe bij gemaakt, die gaat zijn eigen weg en dan is er een nieuw stuk.'*
- *'Handel behoort tot het publieke domein en is door mij vrij te gebruiken. Dit is niet de reden geweest om hem niet op te nemen bij de creditvermelding, de reden daarvoor is dat ik zijn melodie niet heb gebruikt.'*
- *'Het kenmerkende verschil tussen Elements of Life en Sarabande is erin gelegen dat Sarabande een klassiek stuk is betreft en Elements of Life een modern stuk met een nieuwe melodie waarin je synthesizers hoort gillen.'*

13. De Jong is hiermee volledig geslaagd in het leveren van zijn bewijs van de stelling dat Elements of Life niet op 'Sarabande' van Händel is gebaseerd. Het tweede Oxendale rapport is alleen al hierom waardeloos geworden. Immers, een derde, te weten een ingehuurd, niet onder ede staande getuige deskundige verklaard iets dat door de persoon in primo onder ede wordt bestreden.

De stelling van Verwest in de Conclusie van Dupliek dat er geen discrepanties zijn in zijn verweer is in dit verband ineens onbegrijpelijk.

14. De uitlating van Huinink is een gerechtelijke erkenning ex art. 154 Rv. Hierop kan uitsluitend worden teruggekomen als de uitlating is gedaan door een dwaling of niet in vrijheid is afgelegd, aldus lid 2 van voornoemd artikel. In de Conclusie van Antwoord is expliciet aangegeven dat Huinink geschoold is op het gebied van klassiekemuziek, van dwaling kan dus niet worden gesproken en de uitlating is al helemaal niet onder dwang gedaan.

Dat nu wordt gezegd door de advocaat van gedaagde 'bedoelde hij dat niet zo' is simpelweg ridicul.¹⁰ Soms vraag ik me af of ik bij het zelfde verhoor aanwezig ben geweest... Als Huinink één van de vijf keren wat anders had willen zeggen dan had hij dat tijdens het 1 ½ uur durende verhoor wel hersteld of tijdens de contra-enquête.

15. Huinink heeft ook verklaard in het verhoor dat hij niet de melodie heeft gebruikt maar slechts de akkoorden uit 'Sarabande'. Het is dus niet De Jong, die 'om verwarring te scheppen' een

¹⁰ punt 42 conclusie van dupliek



scheiding maakt tussen melodie en akkoorden, zoals door Verwest is gesteld.¹¹ Het is gedaagde Huinink die expliciet zelf dit onderscheid maakt tijdens de verhoren. De opdracht van De Jong aan deskundige Wilbur om de akkoorden van Sarabande en Elements of Life te vergelijken, was dan ook uitsluitend ter verificatie van deze stelling van Huinink. De Jong was inmiddels heel benieuwd of nu eindelijk eens de waarheid gesproken werd. Wederom was dat niet helemaal het geval. Uit het rapport van Wilbur bleek immers dat lang niet alleen akkoorden van ‘Sarabande’ zijn gebezigd in Elements of Life. Een deel van de gebruikte akkoorden komen niet in ‘Sarabande’ voor.¹² Het zal u niet verbazen leden van de rechtbank.... Ze komen wel voor in Swiwal. Waarom zou De Jong controleren of de melodieën overeen komen als de ‘maker’ van het litigieuze werk stelt die niet gebruikt te hebben, dat zou een volstrekt nodeloze exercitie zijn. Dat station was al gepasseerd door de verhoren. Niets vreemds aan, juist logisch...

16. Naast alle minder belangrijke inconsistenties stapt Verwest bij de Conclusie van Dupliek van de stelling dat Elements of Life is gebaseerd op Sarabande, over op nu weer de stelling dat Swiwal niet origineel is en op Sarabande is gebaseerd. In het hiernavolgende zal ik uiteenzetten dat ook hier Verwest weer heeft gefaald in het bewijzen van zijn stelling.
17. In de dagvaarding en de Conclusie van Repliek heeft De Jong reeds gemotiveerd uiteen gezet dat Swiwal een werk betreft met een eigen oorspronkelijk karakter en zijn persoonlijk stempel draagt. De Jong had voor deze zaak überhaupt nog nooit van Handel gehoord, laat staan van het werk Sarabande. Het is ook niet heel waarschijnlijk dat een jonge kerel die dancemuziek maakt bekend is met een werk van een Klassieke componist die leefde in de 18^e eeuw. De reden dat De Jong zijn werk nooit met Sarabande heeft vergeleken of doen vergelijken is omdat:
 - A. Zijn deskundigen, prof. dr. Wennekes, gespecialiseerd in klassieke composities en Bart Noorman, docent aan het Utrechts Conservatorium hebben nooit aangegeven dat het van Händel was. De rapporten van beide heren zijn gemaakt op 14 respectievelijk 31 oktober 2008. Ruim voor de eerste signalen in de richting van Händel. Het rapport van Wilbur stamt

¹¹ Punt 8 Conclusie van Dupliek

¹² Productie 52 conclusie van repliek



van na de verhoren, waardoor het niet meer nodig was om te vergelijken met Händel gezien de uitlatingen van Huinink.

B. Het is bewijstechnisch niet aan De Jong om die stelling te bewijzen. Het lag uitsluitend op de weg van Verwest om dit aan te tonen. Verwest stelt in tweede instantie dat het werk van De Jong niet oorspronkelijk is. Daartoe is wederom verwezen naar het rapport van Oxendale, het tweede wel in het geding gebrachte rapport. Echter ook hier faalt Verwest in zijn bewijs. Immers zoals De Jong reeds in de conclusie van antwoord heeft aangegeven wordt niét met Sarabande in D mineur afkomstig uit suite Nr. 11 for Harpsichord van Händel uit de 18^e eeuw vergeleken.

18. Op elke plaats in het rapport van Oxendale waar hij een vergelijking maakt met Sarabande staat tussen haakjes “*as heard in its adapted form in Camena’s Sarabande.*” Er wordt dus niet met het klassieke werk vergeleken maar met Camena’s Sarabande, uit 2006, *nota bene* een sterk vereenvoudigde, aangepaste trance bewerking die ook nog eens jonger is dan het werk van De Jong uit 2003!! Eerlijkheidshalve moest Oxendale dit wel vermelden in zijn rapport anders zou er simpelweg sprake van bedrog zijn.

19. Voor een geslaagd ‘prior art verweer’ is veel meer nodig. In de literatuur die bestaat over ‘prior art’ wordt dit uitgangspunt ondersteund. Zo heeft Baker¹³ geschreven dat een waarheidsgetrouwe weergave van de beide werken nodig is voor de vergelijking. En dat het te vergelijken prior art werk niet in een te ver verwijderd verband mag staan met het nieuwe werk. Het is evident dat een vergelijking met een jongere, aangepaste versie in plaats van met het vermeende prior art werk niet aan deze eisen voldoet. Het kan feitelijk niet eens prior art genoemd worden, het is immers jonger.

Ook deze vergelijking is derhalve waardeloos voor de onderhavige procedure en kan op geen enkele wijze als bewijs dienen voor de stelling dat Swiwal elementen vertoond van het auteursrechten vrije werk Sarabande in D mineur uit suite Nr. 11 for Harpsichord van Händel.

¹³ M. Baker, ‘Have we forgotten the federal rules of evidence in Music plagiarism cases’, S. Cal. L. Rev. (65) 1992, p. 1583-1637.



20. Zelfs als uw college van oordeel is dat, ondanks het feit dat niet wordt vergeleken met Händel, het rapport toch als bewijs kan worden gebezigd -quod non- dan kan nog niet tot een geslaagd prior art verweer gekomen worden.

Wil een prior art verweer slagen dan dient de essentie te zijn behouden van het klassieke werk. Dit is bij de litigieuze werken absoluut niet het geval. De Jong heeft altijd gezegd zich niet te hebben bediend van Händel en dat er geen gelijkenissen zitten in zijn werk met dat van Händel. Als we naar de vergelijkingen van Oxendale kijken zal dan zult u zien dat in de eerste 8 maten, en dat is het gedeelte waarvan Verwest zegt dat ze van Händel zijn, gelijkenissen tussen Elements of Life en Swiwal zitten die in het geheel niet voorkomen in Sarabande van Händel of eigenlijk Camena. Zelfs Oxendale ontkomt er niet aan dit te erkennen.¹⁴

21. Van alle muzieknoden die bestaan en alle combinaties die daarvan mogelijk zijn, honderden misschien wel duizenden, heeft Verwest nu juist die gebruikt die ook in het werk van De Jong zitten. Kunt u het zich nog herinneren leden van de rechtbank, voordat de prior art farce zijn intrede deed in de procedure, werden de overeenkomsten als toeval afgedaan. Hoe groot acht u de kans dat bij toeval twee personen een bepaalde noot op dezelfde plaats in een compositie plaatsten en daarna nog een, en nog een, en nog een. Met het zelfde ritmische en harmonische verloop, het zelfde arrangement etc...

Op de in deze pleitnota weergegeven partituur, hetgeen een scan is van het rapport van Oxendale, zijn enkele van de overeenkomsten in Swiwal en Elements of Life aangegeven die niet in Händels of beter gezegd, Camena's Sarabande voorkomen. Ik denk dat dit voor zich spreekt.

22. Verder wordt in Elements of Life, zoals Wennekes, Noorman en Wilbur zeggen op drie verschillende wijze de litigieuze melodie gespeeld. Deze varieert dan telken iets in de laatste 8 maten. Volgens Verwest zitten in de laatste 8 maten geen tot weinig overeenkomsten met Swiwal.¹⁵ Dit is onjuist, men heeft slechts tot die conclusie kunnen komen omdat Oxendale de minst gelijkende van de drie variaties vergelijkt. In de laatste variatie, waar Oxendaal dus niet

¹⁴ Productie 7 Conclusie van Antwoord. Pagina 9 "these two notes are not found in Sarabande" Pagina 10, "whilst EoL and Swiwal both contain teh same two pitches of C and D in bar 4 which are not found in sarabande"

¹⁵ Punt 24 Conclusie van Antwoord.



mee heeft vergeleken, zitten nou juist enorme overeenkomsten tussen Elements of Life en Swiwal. Met name Noorman is hier zeer helder in:

“In de tweede helft van het derde chorus (met name in maat 33 t/m 46) is veel meer verwantschap te herkennen dan in de eerste twee chorussen. Steeds volgt bij EoL een opstapje voor de noot in de volgende maat, maar de contouren van beide melodieën zijn ook in dit deel duidelijk aan elkaar verwant.”

De gelijkenissen zijn dus bij lange na niet alleen te vinden in de eerste 8 maten. Verwest heeft doelbewust de minst gelijkende passage vergeleken.

23. Tot slot nog het volgende. Soms zijn de overwegingen van Verwest werkelijk onnavolgbaar. Enerzijds stelt Verwest dat Elements of Life een nieuw oorspronkelijk volledig auteursrechtelijk beschermd werk is, slechts mede gebaseerd op Sarabande.¹⁶ Later wordt gesteld dat Swiwal en Elements of Life gelijke melodieën hebben maar het is gebaseerd op Sarabande dus kan geen sprake zijn van plagiaat want Swiwal is niet oorspronkelijk. Als Swiwal niet oorspronkelijk is want gebaseerd op Sarabande¹⁷, hoe kan Elements of Life dan wel oorspronkelijk zijn als dit ook is gebaseerd op Sarabande???
24. Als aller laatste dient nog één misverstand te worden opgehelderd. De Jong heeft wel zijn demo per post verstuurd en niet per e-mail. Immers, zoals uit de antwoord mail van Black Hole bleek werd hem verzocht een CD te sturen met de demo. De CD die is verstuurd is dezelfde als door SBV-Forensics is onderzocht. Omdat De Jong hierdoor geen rekening hoefde te houden met de grote van het bestand is een volledige versie van het werk Swiwal zoals dat die nu het object is van deze procedure verzonden.

Proceskosten

25. Naar De Jong begrijpt wordt als gemaakte kosten voor de procedure het bescheiden bedrag van € 70.136,40 aan gevoerd. Dit is exorbitant en vooral absurd. Deze procedure is niet de ingewikkeldste die ik me kan voorstellen. Bovendien is mr Koedooder expert op het gebied van muziekwaken. Waarom moeten dat zoals uit de specificatie blijkt 6 verschillende juristen

¹⁶ O.a. punt 2 en 42 Conclusie van Antwoord.

¹⁷ Punt 9 Conclusie van Antwoord.



van haar kantoor meewerken aan de zaak?? In dit verband zou ik willen verwijzen naar productie 62 van de Conclusie van dupliek in reconventie. Daarin staan de indicietarieven voor IE zaken weergegeven. Voor een vergelijkbare zaak als deze wordt het redelijk geacht hooguit € 25.000,- als proceskosten toe te wijzen. Ik zou uw rechtbank dan ook namens De Jong willen verzoeken overeenkomstig te oordelen.

26. Indien u wil afwijken van de indicatie tarieven dan zou ik u willen verzoeken uitsluiten de werkelijk betaalde kosten toe te wijzen. En Verwest te gebieden daartoe bankafschriften van de betalingen en niet slecht de specificaties te overleggen.

27. Ik verzoek uw college de vordering zoals geformuleerd in de dagvaarding toe te wijzen, dank voor uw aandacht.

DUBLICAAT