

# HET PERSOONLIJK STEMPEL VAN DE MAKER

HOE STEL JE DAT VAST?

*Tobias Cohen Jehoram*

Rob Meijer heeft een indrukwekkende staat van dienst. Een blik op de Hoge Raad-arresten waarin zijn naam voorkomt, leert dat hij betrokken is geweest bij vele principiële uitspraken.

## *IE-cassaties*

In een deel van die zaken mocht ik Robs tegenstrever zijn. Meer dan een dozijn arresten noemt ons beider namen, en in vier gevallen leidde de zaak tot een prejudiciële verwijzing. De eerste keer dat ik Rob trof, was in 1993-1994 in de zaak *S. jr. versus S. sr.*; dat was tegelijk ook de eerste zaak die ik op eigen naam mocht voeren.<sup>1</sup> Daarin ging het nog om bewijslastverdeling in het geval van geldlening, maar in alle volgende zaken zou het gaan om het intellectuele eigendomsrecht, met nadruk op auteursrechtelijke kwesties.<sup>2</sup> Het zal dan ook niet verbazen dat deze

<sup>1</sup> HR 25 november 1994, *NJ* 1995, 271 (*S. jr./S. sr.*; verdeling bewijslast geldlening).

<sup>2</sup> HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 671 m.nt. D.W.F. Verkade (*Cassina/Sedeti*); HR 9 juni 2000, *NJ* 2001, 569 m.nt. D.W.F. Verkade (*SENA/NOS*); HR 8 februari 2002, *NJ* 2002, 515 m.nt. J.H. Spoor, *BIE* 2004, 5 m.nt. A.A. Quaadvlieg, *IER* 2002, 17 m.nt. F.W. Grosheide (*GEC/EP Controls*); HR 22 maart 2002, *NJ* 2003, 149 m.nt. J.H. Spoor, *IER* 2002, 22 m.nt. H.M.H. Speyart, *CR* 2002, 261 m.nt. J.H. Struik (*NVM/El Cheapo*); HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 375 (*SENA/NOS*); HR 8 oktober 2004, *NJ* 2007, 36 (*Ansul/Ajax II*); HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585 m.nt. J.H. Spoor, *IER* 2006, 88 m.nt. F.W. Grosheide (*Lancôme/Kecofa*); HR 30 mei 2008, *NJ* 2008, 556 m.nt. E.J. Dommering, *IER* 2008, 58 m.nt. J.M.B. Seignette (*Erven Endstra/Nieuw Amsterdam*); HR 10 juli 2009, *RvdW* 2009, 870 (*Ansul/Ajax III*); HR 13 november 2009, *RvdW* 2009, 1329 (*Thuiskopie/Norma-IRDA*); HR 21 september 2012, *NJ* 2012, 532, *IER* 2013, 14 m.nt. H.M.H. Speyart, *AB* 2012, 367 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Thuiskopie/ACI*); HR 12 juli 2013, ECLI:HR:2013:CA0265, *IEF* 12863 (*Art&Allposters/Pictoright*); de zaak 'Thuiskopie/PIAR', zaaknummer 13/2422, hangt nog bij de Hoge Raad bij het ter perse gaan van dit artikel.

bijdrage aan een auteursrechtelijk onderwerp gewijd is, en wel aan het werkbegrip, waarover Rob en ik ook enkele malen van mening hebben mogen verschillen.<sup>3</sup>

Daaraan bewaar ik goede herinneringen, niet in de laatste plaats omdat ik bij een van die gelegenheden Rob een dansje mocht zien draaien voor de Hoge Raad.<sup>4</sup> In deze bijdrage richt ik mij in het bijzonder op het vaststellen van het persoonlijk stempel van de maker, vereist om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen. In het geval van Rob Meijer is dat persoonlijk stempel altijd herkenbaar.<sup>5</sup> Dat houdt ongetwijfeld weer verband met zijn markante persoonlijkheid.

### *Persoonlijk stempel*

Op een meer juridisch niveau kan dit ook betekenis hebben. Het persoonlijk stempel is net als onzedelijkheid lastig te definiëren, maar als je het ziet, herken je het. Problemen ontstaan echter daar waar persoonlijke appreciaties uiteen gaan lopen. Op zich is dat niet ernstig, maar waar het gaat om rechtspreken en recht doen, kan dat tot onwenselijke consequenties leiden. De rechter wordt immers geacht een uniforme set regels, normen en waarden toe te passen, maar dat is niet mogelijk waar persoonlijke opvattingen de doorslag gaan geven.

Aangezien ik geen rechtsfilosoof ben, keer ik snel terug naar het auteursrechtelijke regelkader; dat biedt al genoeg stof voor verschillende interpretaties. Het is in dit verband nuttig eerst even kort de geschiedenis en de stand van zaken met betrekking tot de originaliteitsdrempel in kaart te brengen.

### *Recente geschiedenis*

Het Nederlandse begrip 'werk van letterkunde, wetenschap of kunst', als bedoeld in artikel 1 in verbinding met artikel 10 Auteurswet, is in de jurisprudentie van de Hoge Raad zo uitgelegd dat vereist is dat het werk een eigen, oorspronkelijk karakter

3 HR 8 februari 2002, NJ 2002, 515 m.nt. J.H. Spoor, BIE 2004, 5 m.nt. A.A. Quaedvlieg, IER 2002, 17 m.nt. F.W. Grosheide (GEC/EP Controls); HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585 m.nt. J.H. Spoor, IER 2006, 88 m.nt. F.W. Grosheide (Lancôme/Kecofa); HR 30 mei 2008, NJ 2008, 556 m.nt. E.J. Dommering, IER 2008, 58 m.nt. J.M.B. Seignette (Erven Endstra/Nieuw Amsterdam).

4 Dat was in de zaak 'Erven Endstra/Nieuw Amsterdam', waarbij hij de stelling betrok dat alle menselijk handelen *eo ipso* eigen en oorspronkelijk is, maar daarom nog niet auteursrechtelijk beschermd: 'Ook het huppeltje dat ik nu voor u maak (...), had een oorspronkelijk eigen karakter en mijn persoonlijke stempel; zo'n huppeltje in toga is immers nog nooit - laat staan op deze plek - gemaakt.' Ik denk dat Rob met dat laatste gelijk had en dat dit ook niet snel weer zal gebeuren.

5 Ik durf te stellen dat als ik een anoniem processtuk voor mij zou krijgen van Rob Meijer, ik het als het zijne zou herkennen.

bezit en het persoonlijk stempel van de maker draagt.<sup>6</sup> Weinig chic, maar wel praktisch, wordt dat ook wel afgekort als het EOKPS. Dit criterium is in een serie arresten herhaald, meest recent in de *Stokke*-arresten.<sup>7</sup> Daar hebben we het in Nederland lang mee moeten doen, al is er nog een nadere invulling aan gegeven in het hiervoor al aangehaalde *Erven Endstra/Nieuw Amsterdam*-arrest, waarin Rob de uitgever bijstond. Daarin merkt de Hoge Raad op dat ‘eigen oorspronkelijk karakter’ inhoudt dat het werk niet ontleend mag zijn, en dat het element ‘persoonlijk stempel’ de creativiteitsdrempel definieert. Of een dergelijke scheiding zinvol is, kun je je afvragen; hoe creatief is een werk dat aan een ander is ontleend (zeker als je je realiseert dat het auteursrecht uitgaat van een subjectieve originaliteit)? De scheiding lijkt ook niet goed te passen in de Europese regelgeving, waarin stevast (alleen) gesproken wordt over de ‘eigen intellectuele schepping’ van de auteur van het werk, of het zou zo moeten zijn dat het EOK ingelezen moet worden in het woord ‘eigen’.

De term ‘eigen intellectuele schepping’ is ontleend aan de Softwarerichtlijn<sup>8</sup> en aan de Databankrichtlijn,<sup>9</sup> waarin wordt aangegeven wat er auteursrechtelijk beschermd kan en moet worden. Dit is door het Hof van Justitie in een serie arresten opgepakt<sup>10</sup> en *de facto* als boven- en ondergrens van het werkbegrip gesteld voor alle EU-lidstaten. Daarmee is ook eindelijk ‘de scheppende mens’ uit Eduard Meijers’ ontwerp voor Boek 9 in het recht opgenomen; daarvoor was in het verzuilde naoorlogse Nederland toentertijd nog geen plaats.<sup>11</sup> De nationaalrechtelijk gedefinieerde toets is – in ieder geval in redactie – niet gelijk aan de (verplicht) toe te passen Europese maatstaf. Dat wordt door de Hoge Raad opgelost door te stellen dat de nationaal-Nederlandse maatstaf in feite dezelfde is als de Europese

6 HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608 m.nt. D.W.F. Verkade, *IER* 1991, 38 m.nt. F.W. Grosheide (*Van Dale/Romme*); HR 30 mei 2008, *NJ* 2008, 556 m.nt. E.J. Dommering, *IER* 2008, 58 m.nt. J.M.B. Seignette (*Erven Endstra/Nieuw Amsterdam*).

7 Zie bijv. HR 20 februari 2013, *RvdW* 2013, 331 (*Stokke/H3*).

8 Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (gecodeerde versie), *PbEU* 2009, L 111/16.

9 Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *PbEG* 1996, L 077/20.

10 HvJ EG 16 juli 2009, C-5/08, *NJ* 2011, 288 m.nt. P.B. Hugenholtz, *IER* 2009, 78 m.nt. F.W. Grosheide, *AMI* 2009, 20 m.nt. K.J. Koelman (*Infopaq/Danske Dagblades Forening*); HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, *NJ* 2013, 66 m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz, *IER* 2012, 16 m.nt. S.J. Schaafsma en P.G.F.A. Geerts, *Mediaforum* 2012, 8 m.nt. V. Rörsch (*Eva Maria Painer/Standard Verlags*).

11 Er was immers maar één Schepper, zo was de gedachte in bepaalde kringen.

maatstaf.<sup>12</sup> Je kunt je afvragen of dat terecht en juist is,<sup>13</sup> maar dat is in feite lood om oud ijzer. De Nederlandse toets is immers niet in de wetgeving vastgelegd en laat zich dan ook eenvoudig richtlijnconform uitleggen, zodat wij ons steeds kunnen (en moeten) blijven richten naar de uitleg die daaraan wordt gegeven door het Hof van Justitie.

Dat is gebeurd in de *Painer*-zaak.<sup>14</sup> Daarin geeft het Hof van Justitie immers aan dat het moet gaan om een eigen schepping van de auteur die de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid. Het Hof zoomt dan nader in op dat criterium, door te stellen dat daarvan sprake is als de auteur bij het maken van het werk zijn creatieve bekwaamheden tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzes.<sup>15</sup> Ten slotte vat het Hof dit alles zo samen dat de auteur een ‘persoonlijke noot’ moet hebben gegeven aan het werk. Daarmee zijn verschillende elementen die we kennen uit de nationaal-Nederlandse jurisprudentie (eigen,<sup>16</sup> persoonlijk,<sup>17</sup> persoonlijke noot,<sup>18</sup> creatieve keuze,<sup>19</sup> vrije – in de zin van: niet-gedwongen – keuze,<sup>20</sup> creatieve bekwaamheden<sup>21</sup>) ook onderdeel van de Europeesrechtelijke toets. Dat rechtvaardigt naar mijn smaak de conclusie dat het Nederlands auteursrechtelijk regelkader – inderdaad – ‘richtlijnconform’ is.<sup>22</sup> Ik houd het hier voorlopig dan ook maar op ‘het persoonlijk stempel van de maker’.

12 Vgl. de Hoge Raad in de *Stokke*-arresten (HR 22 februari 2013, *RvdW* 2013, 331 (*Stokke/H3*); HR 12 april 2013, *RvdW* 2013, 590 (*Stokke/Hauck*); HR 12 april 2013, *RvdW* 2013, 589, *Stokke/Fikszó*). In gelijke zin: A-G Verkade in zijn conclusies voor deze arresten en A-G Hammerstein in zijn conclusie bij *S&S/Esschert Design* d.d. 28 juni 2013, zaaknummer 12/01479.

13 Zoals gedaan door: D.J.G. Visser, ‘Kroniek van de intellectuele eigendom’, *NJB* 2013/15, p. 986 r.k.

14 HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, *NJ* 2013, 66 m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz, *IER* 2012, 16 m.nt. S.J. Schaafsma en P.G.F.A. Geerts, *Mediaforum* 2012, 8 m.nt. V. Rörsch (*Eva Maria Painer/Standard Verlags*).

15 Zie *a contrario*: HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08, *NJ* 2012, 164 m.nt. P.B. Hugenholtz, *IER* 2012, 26 m.nt. M. de Cock Buning en H.M.H. Speyart, *AMI* 2012, 1 m.nt. F.W. Grosheide (*Premier League*).

16 HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608 m.nt. D.W.F. Verkade, *IER* 1991, 38 m.nt. F.W. Grosheide (*Van Dale/Romme*).

17 HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608 m.nt. D.W.F. Verkade, *IER* 1991, 38 m.nt. F.W. Grosheide (*Van Dale/Romme*).

18 HR 30 mei 2008, *NJ* 2008, 556 m.nt. E.J. Dommering, *IER* 2008, 58 m.nt. J.M.B. Seignette (*Erven Endstra/Nieuw Amsterdam*).

19 HR 8 september 2006, *NJ* 2006, 493, *AMI* 2006, p. 222 m.nt. K.J. Koelman (*Slotermeervilla's*); HR 22 februari 2013, *RvdW* 2013, 331 (*Stokke/H3*); HR 12 april 2013, *RvdW* 2013, 590 (*Stokke/Hauck*); HR 12 april 2013, *RvdW* 2013, 589 (*Stokke/Fikszó*).

20 HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585 m.nt. J.H. Spoor, *IER* 2006, 88 m.nt. F.W. Grosheide (*Lancôme/Kecofa*).

21 HR 24 februari 2006, *NJ* 2007, 37 (*Technip/Goossens*).

22 Min of meer in die zin ook: Hugenholtz in zijn *NJ*-noot bij *Infopaq I*, HvJ EU 16 juli 2009, C-5/08, *NJ* 2011, 288 (*Infopaq/Danske Dagblades Forening*); D.J.G. Visser, ‘Endstra ingehaald door Infopaq’, *IEF* 8122 (25 augustus 2009), p. 2.

### **Persoonlijk stempel bij industriële vormgeving**

Overigens gelden dezelfde criteria voor de vormgeving van gebruiksvoorwerpen (industriële vormgeving), zo oordeelde de Hoge Raad.<sup>23</sup> En terecht,<sup>24</sup> nu de Auteursrechtlijn<sup>25</sup> dateert van na de Modellenrichtlijn,<sup>26</sup> zodat de leemte die de Modellenrichtlijn liet, inmiddels is opgevuld. Ook maakte het Hof van Justitie al uit<sup>27</sup> dat niets in de Auteursrechtlijn – of in andere op het betrokken gebied toepasselijke richtlijnen, zoals de Modellenrichtlijn – de conclusie wettigt dat de omvang van de bescherming zou worden bepaald door eventuele verschillen in de mogelijkheden van artistieke schepping bij de totstandbrenging van diverse categorieën werken. Voor alle categorieën werken (of dat nu een standbeeld, schilderij of industriële vormgeving is) geldt dus dezelfde norm.<sup>28</sup> Dat zal met name voor de Duitse juristen een verrassing zijn, waar men in de rechtspraak tot nu toe heeft vastgehouden aan een verhoogde originaliteitsdrempel in het geval van industriële vormgeving,<sup>29</sup> maar zulks dus ten onrechte. Waar een en ander (slechts) op rechtspraak gebaseerd is, lijkt een richtlijnconforme interpretatie mogelijk van het hier relevante artikel 2 lid 1 onder 4 en lid 2 Urheberrechtsgesetz (UrhG), dat aangeeft dat industriële vormgeving auteursrechtelijk beschermd kan zijn. Daarmee zou Duitsland in de pas lopen met Europa.

### **Wat is onpersoonlijk?**

Aan de definitie van een werk zijn natuurlijk ook grenzen te stellen. De belangrijkste beperking ligt ongetwijfeld in de vrije (creatieve) keuze; als elementen van het werk louter een technisch effect dienen, dan valt daar geen auteursrechtelijk

23 HR 22 februari 2013, *RvdW* 2013, 331 (*Stokke/H3*); HR 12 april 2013, *RvdW* 2013, 590 (*Stokke/Hauck*); HR 12 april 2013, *RvdW* 2013, 589 (*Stokke/Fikszo*).

24 Anders: D.J.G. Visser, 'De Hoge Raad had in de Tripp Trapp-zaken prejudiciële vragen moeten stellen over het auteursrecht', *IEF* 12542.

25 Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *PbEG* 2001, L 167/10.

26 Richtlijn 98/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1998 inzake de rechtsbescherming van modellen, *PbEG* 1998, L 289/28.

27 HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, *NJ* 2013, 66 m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz, *IER* 2012, 16 m.nt. S.J. Schaafsma en P.G.F.A. Geerts, *Mediaforum* 2012, 8 m.nt. V. Rörsch (*Eva Maria Painer/Standard Verlags*), ov. 97.

28 En ik laat hier dan nog onbesproken het argument dat art. 17 Modellenrichtlijn alleen ziet op geregistreerde modellen, o.a. verdedigd door A-G Verkade in zijn conclusies voor de hiervoor genoemde *Stokke*-arresten.

29 BGH, *GRUR* 2004, p. 941, 942 – Metallbett; BGH, *GRUR* 1995, p. 581, 582 – Silberdistel; BGH, *GRUR* 1983, p. 377, 378 – Brombeer-Muster; BGH, *GRUR* 1979, p. 332, 336 – Brombeerleuchte; BGH, *GRUR* 1972, p. 38, 39 – Vasenleuchte; OLG Köln, *NJOZ* 2009, p. 3634 – Eurofocus; OLG Hamburg, *GRUR* 2002, p. 419, 420 – Move; OLG Nürnberg, *GRUR-RR* 2001, p. 225, 227 – Dienstanweisung; OLG Nürnberg, *ZUM-RD* 2000, p. 114, 116 – dreidimensionale Form.

te beschermen prestatie te ontwaren, bij gebrek aan keuzevrijheid. Zo oordeelde de Hoge Raad al in het hiervoor genoemde *Lancôme/Kecofa*-arrest<sup>30</sup> en hij ziet die benadering bevestigd door het Hof van Justitie in het *BSA*-arrest.<sup>31</sup>

In de *Stokke*-arresten komt daar nog een bijzin bij: 'of te zeer het resultaat zijn van een door technische uitgangspunten beperkte keuze'.<sup>32</sup> Deze laatste toevoeging is nieuw ten opzichte van de leer uit het *Lancôme/Kecofa*-arrest.<sup>33</sup> Het is zeer de vraag of dit wel te rijmen valt met het *BSA*-arrest,<sup>34</sup> waarin eerder het noodzakelijkheids-criterium is te vinden.<sup>35</sup> Het zal ervan afhangen hoe 'te zeer een beperkte keuze' zal worden uitgelegd en toegepast.

De Hoge Raad heeft aan een en ander – terecht – nog een vingerwijzing toegevoegd, om een onjuiste interpretatie of toepassing te voorkomen. In de *Stokke*-arresten<sup>36</sup> benadrukt de Hoge Raad dat 'deze uitsluiting van auteursrechtelijke bescherming zich niet uitstrekt tot alle elementen die een technische functie bezitten; daarmee zou de industriële vormgeving ten onrechte buiten het bereik van het auteursrecht geplaatst worden'. Dat is een eigen (nationale) toevoeging van de Hoge Raad, maar ongetwijfeld juist, gezien de cumulatie van auteursrechtelijke en modelrechtelijke bescherming, die door de Modellenrichtlijn expliciet mogelijk wordt geacht (art. 17 Modellenrichtlijn<sup>37</sup>). Dat een werk voldoet aan technische en/of functionele eisen, laat onverlet dat de ontwerpmarge of keuzemogelijkheden zodanig kunnen zijn dat die voldoende ruimte laten voor vrije creatieve keuzes van de maker, zodat in dergelijke gevallen sprake is van een auteursrechtelijk beschermd werk.<sup>38</sup>

30 HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585 m.nt. J.H. Spoor, *IER* 2006, 88 m.nt. F.W. Grosheide (*Lancôme/Kecofa*).

31 HvJ EU 22 december 2010, C-393/09, *NJ* 2011, 289 m.nt. P.B. Hugenholtz, *CR* 2011, 35 m.nt. J.I. Krikke (*Bezpečnostní softwarová asociace*).

32 HR 22 februari 2013, *RvdW* 2013, 331 (*Stokke/H3*); HR 12 april 2013, *RvdW* 2013, 590 (*Stokke/Hauck*); HR 12 april 2013, *RvdW* 2013, 589 (*Stokke/Fikszo*).

33 HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585 m.nt. J.H. Spoor, *IER* 2006, 88 m.nt. F.W. Grosheide (*Lancôme/Kecofa*).

34 HvJ EU 22 december 2010, C-393/09, *NJ* 2011, 289 m.nt. P.B. Hugenholtz, *CR* 2011, 35 m.nt. J.I. Krikke (*Bezpečnostní softwarová asociace*).

35 Ov. 48 (cursivering toegevoegd): 'Bij zijn beoordeling dient de nationale rechter met name rekening te houden met de schikking en de specifieke configuratie van alle onderdelen van de grafische gebruikersinterface, teneinde vast te stellen welke daarvan het oorspronkelijkheidscriterium vervullen. In dit verband voldoen onderdelen van de grafische gebruikersinterface die louter worden gekenmerkt door hun technische functie, niet aan dit criterium.'

36 HR 22 februari 2013, *RvdW* 2013, 331 (*Stokke/H3*); HR 12 april 2013, *RvdW* 2013, 590 (*Stokke/Hauck*); HR 12 april 2013, *RvdW* 2013, 589 (*Stokke/Fikszo*).

37 Richtlijn 98/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1998 inzake de rechtsbescherming van modellen, *PbEG* 1998, L 289/28.

38 HR 8 september 2006, *NJ* 2006, 493, *AMI* 2006, p. 222 m.nt. K.J. Koelman (*Slotermeervilla's*).

### **'Subjectieve en objectieve trekken'-theorie overboord**

Deze laatste conclusie van de Hoge Raad heeft echter ook andere gevolgen, die tot nu toe weinig aandacht kregen. Met deze rechtspraak heeft de Hoge Raad immers definitief een einde gemaakt aan de theorie rond de 'subjectieve en objectieve trekken' van een werk. Volgens die leer zouden – kort gezegd – alleen de subjectieve trekken van een werk mogen worden betrokken bij de beoordeling van het persoonlijk stempel van de maker. De 'objectieve trekken' van het werk zouden buiten beschouwing moeten worden gelaten, en dus ook geen rol kunnen spelen in de beoordeling van het persoonlijk stempel van de maker. In feite zouden zij moeten worden 'gediskwalificeerd' en weggedacht bij de beoordeling van het persoonlijk stempel van het totaalwerk. In de lezing van A-G Verkade in zijn conclusie voor de *Stokke*-arresten (waarbij hij ter ondersteuning verwees naar zijn eigen handboek<sup>39</sup>) zou dat zelfs zo ver moeten gaan dat onder 'objectieve trekken' ook elementen vallen die in het (vormgevings)erfgoed terug te vinden zijn, tot en met gangbare vormen, tendensen en stijl(kenmerken) toe. De leer is door de Hoge Raad – terecht – met één zin naar de prullenbak verwezen: alles telt gewoon mee bij de beoordeling van de totaalindruk, behalve als er bij het tot stand brengen van het totaalbeeld *geen enkele* ruimte is geweest voor creatieve keuzes.

### **Toepassing in de praktijk**

Het bovenstaande schetst het wettelijk kader waarbinnen de rechter te opereren heeft. Het toepassen van deze regels blijkt in de praktijk echter nog niet zo eenvoudig. De genoemde regels sluiten immers uit dat de rechter zich een waardeoordeel vormt over het esthetisch karakter van een bepaald werk of ontwerp. Ook laat een en ander geen ruimte voor toepassing van de eis dat sprake is van een bewuste creatie van het werk.<sup>40</sup> Daarnaast mag de rechter niet meewegen hoe het werk wellicht op verschillende personen overkomt; dat is immers ook zeer persoonlijk bepaald.<sup>41</sup> Lastig is dat er geen regels zijn gegeven met betrekking tot hetgeen waaruit het persoonlijk stempel van de maker moet blijken.<sup>42</sup> Ook is met een en ander niet gezegd dat als er een vrijheid van keuze is, dit ook altijd een creatieve keuze is geweest (hoewel dat cumulatieve eisen zijn). Waar we dus langzamerhand grip beginnen te krijgen op de originaliteitseis en de beperkingen die gelden voor het werkbegrip, blijkt toepassing daarvan in de praktijk nog steeds even moeilijk als voorheen.

39 Spoor/Verkade & Visser, *Auteursrecht, naburige rechten en databankrechten*, Deventer: Kluwer 2005, p. 67 e.v.

40 Vgl. HR 30 mei 2008, *NJ* 2008, 556 m.nt. E.J. Dommering, *IER* 2008, 58 m.nt. J.M.B. Seignette (*Erven Endstra/Nieuw Amsterdam*).

41 Vgl. HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585 m.nt. J.H. Spoor, *IER* 2006, 88 m.nt. F.W. Grosheide (*Lancôme/Kecofa*).

42 Vgl. HvJ EG 16 juli 2009, C-5/08, *NJ* 2011, 288 m.nt. P.B. Hugenholtz, *IER* 2009, 78 m.nt. F.W. Grosheide. *AMI* 2009, 20 m.nt. K.J. Koelman (*Infopaq/Danske Dagblades Forening*).

Zo oordeelde het Hof Arnhem over de *Rubik's cube*<sup>43</sup> dat waar ervoor gekozen is de zes buitenvlakken van de kubus de kleuren rood, oranje, geel, groen, blauw en wit te geven, geen sprake is van een door de technische of functionele eisen bepaalde keuze. Daar leidt het hof dan uit af dat het hier gaat om 'een vrije creatieve keuze'. Het feit dat er een *vrijheid* van keuze bestaat, betekent echter nog niet dat dit ook een *creatieve* keuze is geweest, die een persoonlijk stempel van de maker draagt.

Andersom was het Haagse hof recent van mening dat (toch) geen auteursrechtelijke bescherming toekomt aan de teksten zoals uitgesproken door Endstra in zijn zogenoemde achterbankgesprekken.<sup>44</sup> Het hof oordeelde dat op de (letterlijke weergave van die) achterbankgesprekken geen auteursrecht kan rusten, omdat de transcriptie van de gesprekken nauwelijks leesbaar is:

'Blijkens die transcripties bestaan de door Endstra uitgesproken teksten uit een schier eindeloze reeks onafgemaakte, slecht lopende en ronduit kromme zinnen (waardoor de transcripties ook zo moeilijk leesbaar zijn). De vormgeving van het voortbrengsel in kwestie wijst er dus geenszins op dat, wat betreft die vormgeving, sprake is van een scheppende, creatieve arbeid (zie rov. 5.7)/een intellectuele schepping (zie rov. 5.5, *in fine*) van Endstra. Integendeel, gezien de banaliteit van die vormgeving kan niet worden aangenomen dat het door Endstra uitgesprokene op creatieve arbeid van enige betekenis berustte.'

Hoewel de regels inmiddels duidelijk leken, husselt het hof hier verschillende criteria door elkaar. Zo wordt 'creatieve arbeid' vereist, waar dit in geen van de relevante criteria terug te vinden is, maar het slechts gaat om de vraag of het persoonlijk stempel uit het eindresultaat te herkennen is. Het hof diskwalificeert de opgetekende uitingen 'omdat er geen touw aan vast te knopen is', wat geen aan een werk te stellen eis is, maar bovendien een herhaling lijkt van de door de Hoge Raad juist afgestrafte eis van een 'coherente creatie'. Ook wordt erkend dat de achterbankgesprekken zelf misschien wel het persoonlijk stempel droegen en begrijpelijk genoeg waren voor de toehoorders, en letterlijk zijn weergegeven in transcript, maar dat door de onbegrijpelijkheid *van de transcripten* voor de lezer toch auteursrechtelijke bescherming zou ontbreken. Hier wordt dus miskend dat het werk (*corpus mysticum*) niet

43 Hof Arnhem 25 september 2012, IEPT 20120925 (*Rubik/Beckx*).

44 Hof 's-Gravenhage 16 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2477 (*Erven Endstra/Nieuw Amsterdam*).



gelijk te stellen is met de drager daarvan (*corpus mechanicum*) en niet de eis gesteld kan worden dat ook het *corpus mechanicum* op zichzelf aan de originaliteitseisen voldoet (naast het *corpus mysticum*). Hier wordt bovendien een kwalitatief oordeel gegeven over de vastlegging van het uitgesprokene zonder te beoordelen of de vastlegging (ondanks de gebrekkige taalkundige opbouw) wellicht toch het persoonlijk stempel van de maker weerspiegelt. Ook wordt gewezen op 'de banaliteit van de vormgeving', terwijl ook dat niet relevant is, zolang in het totale werk (waarvan de vormgeving slechts een deel is) het persoonlijk stempel van de maker te herkennen is. Dat ik het oordeel van het hof niet verkeerd begrepen heb, blijkt wel uit het vervolg van de betreffende r.o. 5.13 waar het stelt:

'De argumenten ii) en iii) van de erven Endstra kunnen bijgevolg als niet juist worden aanvaard, althans voor zover daarmee wordt bedoeld op de persoonlijke stempel-eis; dat de uitlatingen van Endstra een eigen karakter hebben, staat niet (meer) ter discussie.'

Hoewel het vereiste eigen karakter dus wel degelijk uit de transcripties blijkt, is dit voor het hof niet genoeg om een persoonlijk stempel aan te nemen, waarmee het hof miskent dat voldoende is dat de persoonlijkheid (dus: het eigen karakter) in het werk doorklinkt.

Tot slot onderkent het hof ook wel dat er bijzondere teksten in de transcripten voorkomen, maar ook dat vermag het hof niet op andere gedachten te brengen:

'Ten aanzien van argument iii) wordt nader overwogen dat het zo nu en dan bezigen van een onalledaagse uitdrukking – zoals de uitdrukking "ze heeft de zwarte band winkelen hoor, dus eh ..." als beschrijving van het koopgedrag van Endstra's vrouw (...) – geen auteursrechtelijk beschermd werk kan maken van een verder banaal of triviaal vormgegeven gesprek.'

Daarmee miskent het hof dat – zoals de Hoge Raad in de *Stokke*-arresten heeft benadrukt – niet *alle* elementen van een auteursrechtelijk beschermd werk op zich hoeven te voldoen aan de persoonlijk-stempeltoets; voldoende is dat er in het geheel vrije creatieve keuzes gemaakt zijn (wat ook volgens het hof hier en daar dus wel is gebeurd).

*Werk aan de winkel*

Het voorgaande toont maar weer eens aan dat, zelfs nadat vele principiële vragen zijn uitgevochten en beantwoord, er nog steeds een belangrijke rol is weggelegd voor de cassatieadvocaat in IE-zaken.