

11/02739

Zitting 5 oktober 2012

Mr. D.W.F. Verkade

Conclusie inzake:

1. de vennootschap naar Noors recht Stokke AS,
2. Stokke Nederland BV,
3. Peter Opsvik, en
4. de vennootschap naar Noors recht Peter Opsvik AS,
eisers tot cassatie
(hierna tezamen: Stokke c.s., en afzonderlijk: 'Stokke AS',
'Stokke Nederland', 'Opsvik' en 'Opsvik AS'),

tegen:

1. H3 Products BV,
2. de vennootschap naar Belgisch recht
Deva International BVBA, en
3. Theodore Louis van de Poll, h.o.d.n. het Babyhuis,
verweerders in cassatie
(hierna tezamen: H3 Products c.s., en afzonderlijk:
'H3 Products', 'Deva' en 'het Babyhuis').

Inhoudsopgave

1. Inleiding (<i>nrs. 1.1 - 1.5</i>)	2
2. Feiten (<i>nrs. 2.1 - 2.8</i>)	3
3. Procesverloop (incl. weergave van overwegingen van het hof) (<i>nrs. 3.1 - 3.6</i>)	4
4. Auteursrechtelijk kader	7
4.A. Nationaal auteursrechtelijk kader (<i>nrs. 4.1.1 - 4.24</i>)	8
4.A.a. De 'werktoets': algemeen	8
4.A.b. De 'werktoets' toegespitst op objecten in de zin van art. 10 lid 1 onder 11° Aw	12
4.A.c. Het inbreukcriterium: algemeen	18
4.A.d. Het inbreukcriterium toegespitst op objecten van art. 10 lid 1 onder 11° Aw	19
4.A.e. Wisselwerking tussen voldoening aan werktoets en inbreukcriterium	23
4.A.f. Taakverdeling cassatierechter / feitenrechter	25
4.A.g. Synthese van het voorafgaande	26
4.B. Unierecht (<i>nrs. 4.25 - 4.40</i>)	30
4.B.a. Uitgangspunten bezien vanuit Unie-regelgeving	31
4.B.b. Enige rechtspraak van het HvJEU	34
5. Bespreking van het cassatiemiddel (<i>nrs. 5.1 - 5.34</i>)	42
6. Conclusie	56

1. Inleiding

1.1. De Carlo-kinderstoel van H3 Products vertoont gelijkenissen met de eerdere Tripp Trapp-kinderstoel van Stokke. Het volgens het hof Amsterdam doorslaggevend verschil is dit:

- bij de Tripp Trapp vormen de twee evenwijdig schuin oplopende staanders die steunen op horizontaal naar achter lopende liggers een (zeer karakteristieke) strakke cursieve L,
- die van de Carlo zijn aan de bovenzijde licht gebogen en lopen aan de onderzijde met een bocht door in het eveneens licht gebogen liggende gedeelte.

's Hof's oordeel dat de totaalindruk van de Carlo daarmee een andere is dan die van de Tripp Trapp, en dat de Carlo dus geen inbreuk maakt op het auteursrecht van Stokke c.s., wordt met tal van klachten bestreden.

1.2. Ik heb in deze zaak, *op zichzelf beschouwd*, geen rechtsvragen aangetroffen die in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling beantwoording behoeven (in de zin van art. 81 RO).

1.3. Ik wil evenwel niet met die constatering volstaan. Ik concludeer vandaag tevens in twee andere zaken over (beweerde) inbreuk op het auteursrecht op dezelfde Tripp Trapp-kinderstoel¹. In die zaken heeft een ander gerechtshof ('s-Gravenhage) anders geoordeeld over de in het ontwerp van deze stoel al dan niet aanwezige *auteursrechtelijk beschermde trekken* en de daaraan te verbinden beschermingsomvang. Ik acht de hierop betrekking hebbende oordelen (hoewel zij dus verschillend uitpakken) in overeenstemming met het recht (niet getuigend van een onjuiste rechtsopvatting) en ook voldoende begrijpelijk gemotiveerd.

1.4. Als de Hoge Raad het geraden acht in deze drie zaken zijn rechtscriteria over het al dan niet aannemen van auteursrechtinbreuk te detailleren en/of zijn cassatiecontrole op motivering(sgebreken) aan te scherpen, zou dat de rechtseenheid kunnen bevorderen.

Daartegenover staat dat de gevolgen van zodanige detaillering of andere aanscherping voor toekomstige zaken moeilijk te overzien zijn, en dat de cassatie-instantie nu eenmaal niet een 'derde feitelijke instantie' is. Als de Hoge Raad in deze drie zaken géén aanleiding ziet om zijn even bedoelde instrumentarium voor auteursrechtzaken aan te passen, zullen de arresten bijdragen aan duidelijkheid over hetgeen via een cassatieberoep al dan niet mogelijk is.

¹ Ter voorkoming van eventueel nodeloos tijdverlies geef ik de volgende leeswijzer mee: in de drie conclusies in de zaken met rolno's. 11/00447, 11/02739 en 11/04114 zijn de nrs. 4.1.1 - 4.1.2, en de nrs. 4.2 - 4.40 identiek, behoudens toespitsingen op elke afzonderlijke zaak in de nrs. 4.24 en 4.30.

1.5. Hoewel, als gezegd, de bestreden oordelen van het hof een overwegend feitelijk karakter hebben, het hof juiste rechtscriteria heeft toegepast en aan de te stellen motiveringseisen heeft voldaan, heb ik deze conclusie – evenals de conclusies d.d. heden in de twee andere ‘Tripp Trapp’-zaken – toch voorzien van relatief uitvoerige inleidende beschouwingen over het auteursrechtelijk beoordelingskader. Ik heb dat gedaan omdat mede ter discussie staat of de (m.i. ‘Hoge Raad-conforme’) beoordelingswijze van het hof ook ‘Unierecht-conform’ zou zijn. Ik meen dat ook dat het geval is, maar dat vergt een ‘naast elkaar leggen’ van het nationaal auteursrecht en het Unierechtelijk auteursrecht.

2. Feiten²

2.1. Opsvik heeft in 1972 de verstelbare Tripp Trapp kinderstoel (hierna: ‘de Tripp Trapp’) ontworpen. Sinds 1972 produceert en verkoopt Stokke AS de Tripp Trapp. Sinds 1995 wordt de Tripp Trapp in Nederland op de markt gebracht door Stokke Nederland.

2.2. Voor de Tripp Trapp is in diverse landen octrooi aangevraagd. Het octrooi is (in ieder geval) in Noorwegen verleend. De maximale tijdsduur is in of omstreeks 1992 verstreken.

2.3. De Tripp Trapp bestaat uit twee evenwijdig schuin oplopende staanders van hout waartussen aan de bovenzijde een rugleuning en wat lager een zit- en een voetenplankje zijn geklemd. De staanders zijn voorzien van horizontaal lopende groeven die dienen voor het verstelbaar inschuiven en vastklemmen van de zit- en voetenplankjes, waardoor de hoogte van die plankjes kan variëren en kan worden aangepast aan de grootte van het kind en de hoogte van een (eet)tafel.

Het vastklemmen wordt geborgd door middel van twee metalen verbindingsstangen die zijn gemonteerd met inbusbouten door de staanders. De rugleuning (bestaande uit twee delen) wordt aan de staanders gefixeerd met inbusbouten. De staanders worden gesteund door middel van horizontaal naar achteren lopende liggers van iets breder hout die met een schuine naad aan de onderzijde van de staanders zijn bevestigd. Tussen de twee liggers is met inbusbouten een houten dwarsregel gemonteerd. De aan het hof getoonde modellen zijn voor wat betreft de uit hout bestaande delen gemaakt van blank gelakt en whitewash beukenhout. De metalen delen (stangen en inbusbouten) zijn zwart gelakt.

2.4. Het Babyhuis verkoopt via onder meer haar winkel in Haarlem en haar websites diverse baby- en kinderartikelen. H3 Products is een producent en een leverancier van diverse baby- en kinderartikelen, waaronder kinderstoelen. Deze worden onder meer door Deva gedistribueerd.

² Ontleend aan rov. 3.1 van het – in dit opzicht niet – bestreden arrest.

2.5. Sinds half mei 2007 biedt het Babyhuis een kinderstoel onder de naam Carlo (hierna 'de Carlo') aan. Het Babyhuis betreft de Carlo van Deva. De stoel wordt door H3 Products geproduceerd.

2.6. De Carlo die inzet is van het onderhavige geding bestaat uit de onder 2.3 genoemde elementen, met dien verstande echter dat het staand en op de grond rustend 'frame' van de stoel niet vervaardigd is uit (schuin afgesneden) rechte stukken hout maar uit twee aan de bovenzijde licht gebogen (hout)delen die aan de onderzijde met een bocht doorlopen in het 'liggende' gedeelte daarvan, dat eveneens licht gebogen is.

2.7. Bij brief van 21 mei 2007 hebben Stokke c.s. H3 Products en het Babyhuis verzocht (onder meer) de inbreuk met de Carlo op de auteursrechten op de Tripp Trapp te staken.

2.8. Aan het onder 2.7 genoemde verzoek is van de zijde van H3 Products c.s. geen gevolg gegeven.

3. Procesverloop

3.1. Stokke c.s. hebben bij exploit van 6 november 2007 H3 Products c.s. gedagvaard voor de rechtbank Haarlem. Zij vorderen, samengevat, een verklaring voor recht dat met de Carlo inbreuk wordt gemaakt op de auteursrechten van Stokke c.s. op de Tripp Trapp alsmede een bevel aan H3 Products c.s. om deze inbreuk te staken, met nevenvoorzieningen, alsmede schadevergoeding.

3.2. H3 Products c.s. hebben verweer gevoerd en tevens een vordering in reconventie ingesteld. Zij vorderen, samengevat, een verklaring voor recht dat de Carlo-stoel geen inbreuk maakt op de auteursrechten op de Tripp Trapp en voorts tot vergoeding van schade aan H3 Products. Aan de vordering in reconventie is ten grondslag gelegd dat H3 Products aanzienlijke schade heeft geleden doordat Stokke c.s. procedures tegen haar aanspannen. Volgens H3 Products kan zij daarvoor geen stoelen verkopen en is zij tevens genoodzaakt advocaatkosten te maken³. Stokke c.s. hebben in reconventie verweer gevoerd.

3.3. De rechtbank heeft bij vonnis van 7 januari 2009, kort samengevat, in conventie geoordeeld dat de Carlo-stoel van H3 Products c.s. is aan te merken als een verveelvoudiging van de Tripp

³ Ontleend aan het vonnis van de rechtbank van 7 januari 2009 (LJN BH0491, IER 2009, 21 m.nt. Grosheide) onder rov. 3.5 en 3.6.

Trapp en dat H3 Products c.s. inbreuk maken op de auteursrechten op de Tripp Trapp. De rechtbank heeft de vorderingen in reconventie afgewezen.

3.4. H3 Products c.s. hebben hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam. Stokke c.s. hebben in het hoger beroep verweer gevoerd en voorts (voorwaardelijk) incidenteel appel ingesteld.

3.5. Het hof heeft bij arrest van 15 maart 2011⁴ het vonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van Stokke c.s. afgewezen. Het hof heeft voor recht verklaard dat de Carlo geen inbreuk maakt op de auteursrechten van Stokke c.s. met betrekking tot de Tripp Trapp en heeft voorts Stokke c.s. veroordeeld tot vergoeding aan H3 Products c.s. van de door hen geleden schade. Het hof heeft hiertoe – onder meer – overwogen:

‘3.3. Partijen zijn het er op zichzelf over eens dat de Tripp Trapp in 1972 een baanbrekend ontwerp was en voorts dat daaraan auteursrechtelijke bescherming toekomt. H3 Products c.s. stellen zich echter op het standpunt dat deze bescherming niet verder reikt dan de cursieve *L*-vorm die het zij-aangezicht van de stoel kenmerkt en dat de overige aspecten van het uiterlijk van de kinderstoel zo zeer bepaald zijn door techniek, stijl en de uit een oogpunt van functionaliteit aan de stoel te stellen eisen dat daaraan bij het bepalen van de auteursrechtelijke beschermingsomvang geen betekenis kan worden toegekend.

Ter staving van hun standpunt hebben H3 Products c.s. onder meer gewezen op het destijds (in Noorwegen) verleende octrooi op de Tripp Trapp en de aspecten van het uiterlijk van de stoel die passen in dan wel zijn ontleend aan de zogenoemde Scandinavische stijl.

3.4.1. [...]

3.4.2. Dat het succes van de Tripp Trapp niet alleen is gelegen in de onderscheidende vormgeving doch met name ook in de praktische bruikbaarheid van deze (kinder)stoel wordt door Stokke c.s. uitdrukkelijk onderschreven.

Niet in geschil is dat de Tripp Trapp deze bruikbaarheid ontleent aan het feit dat de stoel (naast een uit twee gebogen delen bestaande vaste rugleuning) is voorzien van een zit- en een voetenplankje die verstelbaar zijn op de lengte van de gebruiker en de hoogte van een (eet)tafel. Deze verstelbaarheid wordt bereikt door een aantal keuzes van technische aard die in de door H3 Products c.s. overgelegde (Engelse) octrooiaanvraag van Stokke AS zijn omschreven: twee staanders, voorzien van groeven, waartussen de zit- en voetenplankjes kunnen worden geklemd, een verbinding van deze staanders door middel van de rugleuning en verbindingstangen alsmede door een regel tussen de liggers.

Doordat de staanders niet recht omhoog staan doch schuin naar achter hellen blijft de stoel ondanks haar sobere/ rudimentaire vormgeving stabiel, ook als het kind op het voetenplankje gaat staan, voorts kan als gevolg van het hiermee bereikte ‘trap’ effect het iets grotere kind zelf op de stoel klimmen en plaatsnemen. Doordat de plankjes qua vorm gelijk zijn kan het (iets grotere) voetenplankje dienst doen als zitplaats voor een volwassene (zie brochure door Stokke c.s. overgelegd als productie 1b). Met de beugel en de rugleuning (in het bijzonder van het hoge model) wordt aan de NEN-EN 1887 veiligheidsvoorschriften voldaan en wordt de veiligheid van het

⁴ LNJ BQ3808.

jonge kind gewaarborgd; het ergonomisch gebogen karakter van de rugleuning bevordert het zitgemak.

Doordat de staanders zijn voorzien van groeven kunnen de zit- en voetenplankjes worden in- en uitgeschoven. De metalen verbindingsstangen zorgen voor extra stevigheid van het vastklemstelsel.

3.4.3. H3 Products c.s. stellen zich terecht op het standpunt dat deze in overwegende mate technisch en functioneel bepaalde kenmerken van de stoel, hoe vernieuwend deze destijds ook mogen zijn geweest, onvoldoende zijn terug te voeren op creatieve keuzes van de maker en dat derhalve de auteursrechtelijke bescherming van de stoel daarop geen betrekking kan hebben. Dit geldt ook voor (de dikte van) het materiaal en de kleuren waarin de aan het hof getoonde modellen zijn uitgevoerd (de Tripp Trapp is overigens, blijkens de door Stokke c.s. als productie 40 overgelegde brochures, verkrijgbaar in ten minste tien kleuren). Nog daargelaten dat voor de hand ligt dat aspecten zoals sterkte, flexibiliteit, gebruiksgemak en stevigheid een rol hebben gespeeld is de keuze voor het materiaal en de basale kleuren daarvan tevens terug te voeren op de toepassing van de zogenoemde Scandinavische stijl. Waar Stokke c.s. een (zeer) ruime auteursrechtelijke bescherming van de Tripp Trapp bepleiten, die ook stijlelementen en keuzes omvat die in belangrijke mate door techniek en bruikbaarheid zijn ingegeven, zien zij over het hoofd dat het hier in de eerste plaats gaat om een gebruiksvoorwerp en dat het auteursrecht geen grondslag biedt om derden (tot in lengte van jaren) af te houden van de toepassing van de (combinatie van) elementen, waarvan de stoel zijn bruikbaarheid en nut ontleent.

3.5.1. In het licht van hetgeen onder 3.4.2 en 3.4.3 is overwogen treft het betoog van H3 Products c.s. doel, dat de vormgeving van de Carlo voldoende afstand houdt van die van de Tripp Trapp en niet als (ongeoorloofde) nabootsing daarvan in de zin van artikel 13 Auteurswet kan worden aangemerkt.

3.5.2. Wordt geabstraheerd van de uiterlijke kenmerken die (geheel of in overwegende mate) bepaald zijn door de gebruiksbestemming van de Tripp Trapp, dan blijft over de strakke cursieve *L*-vorm van het 'frame' van de stoel, bereikt door het steunen van de twee staanders, vervaardigd uit rechte stukken hout, met in een hoek van 70 graden daaraan bevestigde, eveneens uit rechte stukken hout vervaardigde, liggers. Niet in geschil is dat de keuze voor deze vorm van ondersteuning geen (relevant) effect heeft op de functionaliteit van de stoel en valt aan te merken als creatieve inbreng van de maker. Het strakke karakter van de vormgeving is in de aan het hof getoonde modellen van de Tripp Trapp benadrukt door de rechte lijn van de voorzijde van de voet- en zitplankjes, het rechthoekige uiteinde van de stijlen, de schuin afgesneden uiteinden van de liggers en voorts door de parallelle horizontale lijnen van de rugleuning van het lage model. Vanaf de voorzijde bezien heeft de Tripp Trapp een rechthoekige vorm.

3.5.3. Dit als meest karakteristiek te kwalificeren kenmerk van de vormgeving van de Tripp Trapp is in de Carlo niet terug te vinden. De vorm van de Carlo is niet strak en rechtlijnig doch licht gebogen/golvend, de staanders van de Carlo lopen door in de liggers met een ronde bocht waardoor de basisvorm van de stoel niet doet denken aan een cursieve hoofdletter *L* (of open *Z*) doch veeleer aan een (onaffe) *S*. De gebogen lijn van de stoel is terug te vinden in de plankjes die ook aan de voorzijde afgerond zijn en voorts in de afgeronde uiteinden van de staanders/ liggers. Vanaf de voorzijde bezien is de Carlo aan de bovenzijde smaller dan aan de onderzijde. De stoel oogt speels en doet enigszins denken aan een schommelstoel; deze mist de stevige/betrouwbare uitstraling van de Tripp Trapp.

3.5.4. Als gevolg van dit een en ander wijkt het totaalbeeld van de Carlo zo zeer af van dat van het (door auteursrechtelijk beschermde trekken bepaalde) totaalbeeld van de Tripp Trapp dat van een relevante overeenstemming geen sprake is. Van overname van elementen die (in relevante mate) een uitdrukking zijn van de eigen intellectuele schepping van de maker is geen sprake. Dat de vormgeving van de Carlo net als die van de Tripp Trapp een open, zwevend karakter heeft, zoals door Stokke c.s. wordt benadrukt, maakt dit niet anders. Nog daargelaten dat de daarmee bereikte eenvoud/minimalistische uitstraling past in de Scandinavische stijl, verschilt de wijze waarop dit effect bij de twee stoelen wordt bereikt (gebruik van één gebogen deel als staander tevens ligger versus gebruik van twee rechte stukken hout die in een scherpe hoek aan elkaar zijn bevestigd) te zeer om daaraan de door Stokke c.s. voorgestane betekenis toe te kennen. Daarbij komt dat laatstbedoeld effect, bereikt door het stabiliseren van het deel van de stoel waaraan het zitvlak (en de voetensteun) is aangebracht door middel van (horizontale) liggers in plaats van door een schoor aan de achterzijde van de stoel, in 1972 niet oorspronkelijk was, zoals onder meer blijkt uit het door H3 Products c.s. als productie 8 bij memorie van grieven overgelegde octrooischrift met betrekking tot een kinderstoel uit 1947. H3 Products c.s. hebben bij pleidooi in hoger beroep in dit verband terecht ook nog gewezen op de in 1932 ontworpen Gispen 101 stoel. Voorts wijst het hof op de in 1927 ontworpen Cantilever stoel, waarvan in de door Stokke c.s. als productie 35 overgelegde uitspraak van het Oberlandesgericht te Keulen gewag wordt gemaakt, welke stoel nog meer dan de Gispen stoel een open zwevend karakter heeft.

3.6. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat H3 Products c.s. door het vervaardigen en op de markt brengen van de Carlo geen inbreuk maken op de auteursrechten van de Stokke c.s. Van schending van de morele rechten van Opsvik is voorts geen sprake, reeds omdat de vormgeving van de Carlo niet als verveelvoudiging noch als wijziging of misvorming van de Tripp Trap in de zin van artikel 25 Auteurswet bedoelde zin aan te merken valt. Dit brengt mee dat de vorderingen van Stokke c.s. niet toewijsbaar zijn. Het betoog van H3 Products c.s. met betrekking tot, kort gezegd, de invloed van handhaving van het auteursrecht op de intracommunautaire handel kan verder onbesproken blijven.'

3.6. Stokke c.s. hebben tijdig⁵ cassatieberoep ingesteld. Partijen hebben ter zitting van de Hoge Raad op 9 maart 2012 hun standpunten mondeling doen bepleiten. Vervolgens hebben partijen hun standpunten nog schriftelijk toegelicht en daarna nog schriftelijk van repliek respectievelijk dupliek gediend.

4. Auteursrechtelijk kader

4.1.1. In dit deel 4 van deze conclusie wil ik het juridisch kader schetsen, tegen de achtergrond waarvan de auteursrechtelijke cassatieklachten moeten worden gezien.

Onder 4.A bespreek ik het nationaal auteursrechtelijk kader op hoofdpunten. De bevindingen waartoe de bespreking van de deelonderwerpen 4.A.a t/m 4.A.f (nrs. 4.2 - 4.19) – met een sterk accent op de jurisprudentie van de Hoge Raad – leiden, worden samengevat en van enige nadere accenten voorzien onder 4.A.g (nrs. 4.20 - 4.24).

⁵ De cassatiedagvaarding is betekend op 30 mei 2011.

4.1.2. Ik heb dan nog niets gezegd over het Europese Unierechtelijke auteursrecht, dat niet alleen ambtshalve aandacht zou kunnen verdienen, maar waarop in deze procedure ook een beroep is gedaan. Onder 4.B (nrs. 4.25 - 4.40) ga ik daarop in.

Aldaar zal blijken dat de Nederlandse wijze van beoordeling naar nationaal recht in zaken van gestelde auteursrechtinbreuk op werken toepaste kunst m.i. in overeenstemming is met het Unierecht. Prejudiciële vragen aan het HvJEU over Unierechtelijk auteursrecht acht ik niet geïndiceerd.

4.A. Nationaal auteursrechtelijk kader

4.A.a. De 'werktoets': algemeen

4.2. Het wettelijk vertrekpunt voor vatbaarheid voor auteursrechtelijke bescherming is art. 1 Auteurswet (Aw), sprekende over 'een werk van letterkunde, wetenschap of kunst'. Artikel 1 is ten deze uitgewerkt in art. 10 Aw, dat een (niet limitatieve) opsomming geeft van beschermbare werksoorten.

4.3. Hoewel het 'moderne auteursrecht'⁶ in de tweede helft van de 19e eeuw (met succes) bevochten is door gerenommeerde literatoren, wetenschappers en kunstenaars, wordt al generaties lang algemeen onderkend – en is in cassatie onomstreden – dat de Auteurswet 'letterkunde, wetenschap of kunst' juist níet met een grote L, W en K schrijft. Evenzo is het al lang communis opinio dat deze drie 'formele' categorieën (zeer) ruim mogen/moeten worden uitgelegd⁷.

4.4. Al indiceert het bovenstaande, naast het ruime werkendomein, een lage drempel voor concrete objecten binnen dat domein, toch is nog niet iedere menselijke uiting een werk: een in cassatie evenmin omstreden uitgangspunt. Er blijft een kwalitatieve drempel.

4.5. De kwalitatieve drempel (of: drempel) voor een auteursrechtelijk beschermbaar 'werk' is (zijn) niet of nauwelijks in de Auteurswet te vinden.⁸ Wat als 'werktoets' zou moeten gelden, is in de doctrine ontwikkeld.⁹ Wat geldt, is in rechtspraak van de Hoge Raad neergelegd.

⁶ Vgl. Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (2005), § 1.15, p. 19. Hierna geciteerd als: SVV (2005).

⁷ Vgl. bijv. Van Lingén, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, 6e druk (2007), p. 53, SVV (2005), § 3.4-3.5 en 3.14-3.15. Zie over geurcombinaties het in nr. 4.6.3 te vermelden arrest van HR 16 juni 2006 (Kecofa/Lancôme).

⁸ Vgl. evenwel het uit 1985 stammende art. 45a in het hoofdstuk over filmwerken, waar gesproken wordt over een 'bijdrage van scheppend karakter'.

⁹ Vgl. – naast de bekende handboeken met verwijzingen – het recente artikel van Hugenholtz, *Works of literature, science and art*, in: Hugenholtz/ Quaedvlieg/ Visser, *A century of Dutch Copyright Law, Auteurswet 1912 – 2012*, DeLex Amsterdam 2012 p. 33-55.

4.6. In de rechtspraak van de Hoge Raad heeft zich – via de tussenstap van ‘eigen of persoonlijk karakter’¹⁰ – het criterium ontwikkeld van het vereiste ‘eigen oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel’, in de literatuur vaak verkort weergegeven als ‘EOK & PS’. Ik noem – met enkele korte citaten – de volgende arresten.

4.6.1. HR 4 januari 1991 (Van Dale /Romme)¹¹ betrof de door het hof aangenomen auteursrechtelijke bescherming van de verzameling van ca. 230.000 trefwoorden (lemmata) in de ‘grote Van Dale’. Romme had dat *trefwoordenbestand* (van ‘A’ tot ‘zzzz’) opgenomen in een computerprogramma, dat als hulpmiddel voor het oplossen van kruiswoordpuzzels was bedoeld.

Ik citeer uit rov. 3.4:

‘Wil een voortbrengsel kunnen worden beschouwd als een werk van letterkunde, wetenschap of kunst als bedoeld in art. 1 in verbinding met art. 10 Aw, vereist is dat het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het een persoonlijk stempel van de maker draagt.

Een verzameling van woorden die deel uitmaken van de Nederlandse taal, voldoet niet zonder meer aan dit vereiste. Op zich zelf is zulk een verzameling immers niet meer dan een hoeveelheid feitelijke gegevens die als zodanig voor auteursrechtelijke bescherming niet in aanmerking komt. Dat zou slechts anders zijn indien de verzameling het resultaat zou zijn van een selectie die een persoonlijke visie van de maker tot uitdrukking brengt.

Uit hetgeen het hof heeft overwogen valt niet op te maken dat het hier om zulk een selectie gaat’.

Er volgde vernietiging en verwijzing.¹²

4.6.2. Uit HR 24 februari 2006 (Technip / Goossens)¹³ zijn de rov. 3.4, 3.5 en 3.6.2 van belang. De zaak betrof de vatbaarheid voor auteursrecht van een kinetisch schema waarmee in de petrochemische industrie het productieproces van ethyleen en propyleen in een verzameling chemische reactievergelijkingen wordt weergegeven. Blijkens het arrest kan dit object binnen het werkbegrip vallen, voor zover *de toevoer van gegevens in de reactievergelijkingen op subjectieve selectie berustte*. De Hoge Raad overwoog:

‘3.4 [...] Het gaat om de vraag of het kinetisch schema kan gelden als “werk” in de zin van art. 10 lid 1, aanhef en slot, Auteurswet 1912: “... en in het algemeen ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze of in welken vorm het ook tot uitdrukking zij gebracht”. Daartoe is vereist dat het voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt (zie HR 4 januari 1991, nr. 14449, NJ 1991, 608).

3.5 Uit de door het hof gekozen bewoordingen moet, mede tegen de achtergrond van het partijdebat

¹⁰ HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355 m.nt. HB (Explicator).

¹¹ LNJ ZC0104, NJ 1991, 608 m.nt. DWFV, AA 41 (1992) 1, p. 31 m.nt. HCJ, AMI 1991, p. 177 m.nt. JHS, CR 1991, p. 84 m.nt. Hugenholtz, IER 1991, nr. 38, p. 96 m.nt. FWG.

¹² Na verwijzing is feitelijk alsnog geoordeeld dat de trefwoordenverzameling aan de door de HR geformuleerde eisen voldeed: Hof 's-Gravenhage 1 april 1993, NJ 1994, 58, AMI 1993, p. 134 m.nt. HCJ, CR 1993, p. 165 m.nt. PBH, IER 1993, nr. 16, p. 82.

¹³ NJ 2007, 37, AMI 2006, p. 153 m.nt. Quaedvlieg, IER 2006, nr. 39, p. 140.

van partijen, die zich beiden op even genoemd arrest hebben beroepen, worden afgeleid dat het hof de juiste maatstaf heeft toegepast. [...] [Met de] term “subjectieve beoordeling” [heeft het hof] kinetisch schema, een eigen, oorspronkelijk karakter dient te hebben en het persoonlijk stempel van de maker dient te dragen om als “werk” voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen. [...] Uit rov. 4.4-4.6 valt niet af te leiden dat het hof zou hebben miskend dat aan dit vereiste kan zijn voldaan indien de selectie ten behoeve van het kinetisch schema van een groot aantal chemische componenten en reacties uit een veel groter (schier oneindig) aantal van dergelijke componenten en reacties is gebaseerd op wetenschappelijke of technische kennis, inzicht of ervaring, terwijl de selectie betrekking heeft op objectieve wetenschappelijke gegevens en wetmatigheden en gericht is op doeleinden van wetenschappelijke of technische aard. Voorzover onderdeel 1c is gebaseerd op de opvatting dat het hof blij had moeten geven van een onderzoek naar de vraag of het ondenkbaar is dat twee onafhankelijk van elkaar werkende (teams van) wetenschappers tot dezelfde selectie zouden zijn gekomen, faalt het, omdat het antwoord op die vraag slechts een van de gezichtspunten vormt, die bij de beoordeling in aanmerking kunnen komen.’

Niettemin werd het arrest van het hof vernietigd op basis van motiveringsklachten:

‘3.6.1 Onderdeel 2 richt zich, voor het geval de onder 1 aangevoerde rechtsklachten falen, tegen rov. 4.4-4.6 met op die klachten voortbouwende motiveringsklachten. [...] De aldus samengevatte klachten, die zich voor gezamenlijke behandeling lenen, zijn terecht voorgesteld.

3.6.2 Hierbij is in de eerste plaats van belang dat de door het hof in rov. 4.5 weergegeven nadere verklaring van prof. Grievink, ook al houdt deze niet met zoveel woorden in dat de beoordeling van de maker van de selectie subjectief is, wel sterke aanwijzingen inhoudt dat bij de selectie de persoonlijke, onder meer op ervaring en analytisch vermogen berustende visie van de maker(s) van het kinetisch schema een belangrijke rol speelt, zodat het nadere, door het hof niet gegeven, motivering behoefde waarom dit schema niet een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het stempel van de maker(s) draagt. Onder deze omstandigheden mocht het hof niet volstaan met de overweging dat prof. Grievink niet heeft verklaard dat de beoordeling van de maker van de selectie subjectief is, en dat zulks in zijn verklaring ook niet besloten ligt.’

4.6.3. In HR 16 juni 2006 (Kecofa/Lancôme)¹⁴ oordeelde de Hoge Raad dat een geurcombinatie in aanmerking kan komen voor auteursrechtelijke bescherming. Daartoe werd overwogen:

‘3.3.2 Bij de beoordeling van dit onderdeel wordt vooropgesteld dat daarin niet wordt bestreden dat een geur – waaronder hierna telkens begrepen: een geurcombinatie – in aanmerking kan komen voor auteursrechtelijke bescherming. Dat uitgangspunt is juist. De in art. 10 Aw, naast de niet-limitatieve opsomming van werksoorten, neergelegde omschrijving van wat als “werk” in de zin van die wet moet worden verstaan luidt algemeen en belet niet daaronder een geur te begrijpen. Dat brengt mee dat voor de vraag of een geur in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming beslissend is of het daarbij gaat om een voortbrengsel dat vatbaar is voor menselijke waarneming en of het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. Het werkbegrip van de Auteurswet vindt weliswaar zijn begrenzing waar het eigen, oorspronkelijk karakter enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect, maar nu bij een par-

¹⁴ LJN AU8940, NJ 2006, 585 m.nt. JHS, AMI 2006, p. 161 m.nt. Quaedvlieg, IER 2006, 54, p. 201, AA 2006, p. 821 m.nt. Hugenholtz.

fum van een louter technisch effect geen sprake is, belet ook deze laatste eis niet het toekennen van auteursrechtelijke bescherming aan de geur van een parfum. De omstandigheden dat de eigenschappen van het menselijk reukzintuig aan het vermogen tot het onderscheiden van geuren grenzen stellen en dat de mate waarin men afzonderlijke geuren kan onderscheiden van mens tot mens verschilt, doen aan het vorenstaande niet af [...].’

4.6.4. De aan een werk in het algemeen te stellen eisen waren andermaal tamelijk principieel aan de orde in HR 30 mei 2008 (Erven Endstra/Nieuw Amsterdam; ‘achterbankgesprekken’)¹⁵. Het hof Amsterdam had overwogen:

‘5. Uitgangspunt in deze zaak is dat ingevolge artikel 10 Aw een werk van letterkunde, wetenschap of kunst dat een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt, auteursrechtelijk wordt beschermd.

[...]

Een gewoon gesprek is doorgaans geen werk, dat auteursrechtelijk beschermd wordt. Voor auteursrecht op een gesprek is nodig dat voor de vorm van dat gesprek creatieve keuzes worden gemaakt.

6. [...] De gesprekken werden gevoerd met als doel om justitie informatie te verschaffen [...]. Het doel van de gesprekken was dan ook niet het vormgeven van een verhaal. De gesprekken die Endstra met de rechercheurs van de C.I.E. heeft gevoerd zijn aan te merken als zakelijke informatie-overdracht, waarbij Endstra weliswaar op eigen wijze heeft gesproken in een soort vraag- en antwoordmodel, hij heeft hierbij echter voor de vorm van het gesprek geen creatieve keuzes gemaakt. In de wijze waarop Endstra zijn verhaal heeft verteld komt immers niet tot uiting dat hij bewust een geestelijke creatie wilde scheppen door zijn verhaal een bepaalde vorm te geven. Er kan dan ook niet vanuit worden gegaan dat Endstra er bewust voor heeft gekozen zijn verhaal op deze manier, in deze vorm en in deze specifieke omgeving te doen. [...].

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat op de zogenaamde “achterbankgesprekken” geen auteursrecht rust. [...].’

De Hoge Raad casseerde ’s hofs arrest, onder meer overwegende:

‘4.3 Naar vaste rechtspraak geldt dat, wil een voortbrengsel kunnen worden beschouwd als een werk van letterkunde, wetenschap of kunst als bedoeld in art. 1 in verbinding met art. 10 Aw, vereist is dat het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt (HR 4 januari 1991, nr. 14449, NJ 1991, 608 en HR 24 februari 2006, nr. C04/350, NJ 2007, 37). Het hof heeft deze maatstaf (in rov. 4.4) ook vooropgesteld.

4.4 De gedachtegang van het hof [...] is [...] kennelijk deze geweest dat de omstandigheid dat Endstra de door hem verschaft informatie op zijn manier heeft verwoord, weliswaar meebrengt dat de gesprekken een door die wijze van verwoording bepaald (‘daarmee samenhangend’) eigen karakter hebben, maar dat voor de eigenschap dat zij ook het persoonlijk stempel van de maker dragen, vereist is dat zij het resultaat zijn van menselijk scheppen, waarbij creatieve keuzes zijn gemaakt. Om aan die eis te voldoen is naar het oordeel van het hof nodig dat het werk door de maker als een coherente creatie is geconcipieerd en door hem bewust in een bepaalde vorm(geving) is gegoten.

¹⁵ LJN BC2153, NJ 2008, 556 m.nt. EJD, AMI 2008/5, nr. 12, p. 136 m.nt. Senfleben, IER 2008, nr. 58, p. 227 m.nt. Seignette, AA 2008, p. 819 m.nt. Hugenholtz.

4.5.1 Het hof heeft aldus terecht de beide elementen van de aan te leggen maatstaf onderscheiden: dat het voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter moet bezitten, houdt, kort gezegd, in dat de vorm niet ontleend mag zijn aan die van een ander werk (vgl. art. 13 Aw). De eis dat het voortbrengsel het persoonlijk stempel van de maker moet dragen betekent dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en die aldus voortbrengsel is van de menselijke geest. Daarbuiten valt in elk geval al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt te aan te wijzen.

4.5.2 Het gaat hierbij evenwel om een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen. Daarom mag niet de eis worden gesteld dat de maker bewust een werk heeft willen scheppen en bewust creatieve keuzes heeft gemaakt, welke eis betrokkenen bovendien voor onoverkomelijke bewijsproblemen kan stellen. Om dezelfde reden kan niet worden geëist dat de maker bewust voor de vorm heeft gekozen die het werk heeft gekregen. Het in 4.5.1 overwogene brengt voorts mee dat een schepping, om een werk in auteursrechtelijke zin te kunnen zijn, niet het karakter van een coherente creatie behoeft te hebben.

Waar het hof in andere zin heeft overwogen geeft het bestreden arrest dus blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Hetgeen is beslist in HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712 kan, anders dan het hof oordeelde, niet dienen ter ondersteuning van de bewustheids-eis, aangezien in de door het hof aangehaalde zinsnede tot uitdrukking is gebracht dat het (slechts) de vorm van de afzonderlijke door Van Gelder vervaardigde voorwerpen was, die voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking kwam, niet het 'bijzondere kunsteffect' daarvan. De bijzin 'die uiting is van datgene, wat den maker tot zijn arbeid heeft bewogen' bedoelde de voorafgaande term 'vormgeving' dus niet te beperken.

4.6 [...] Het hof waarnaar de zaak verwezen wordt, zal opnieuw moeten beoordelen of de achterbankgesprekken voortbrengselen zijn die het persoonlijk stempel van Endstra als maker dragen, met inachtneming van hetgeen in dit arrest daaromtrent is overwogen.'

4.A.b. De 'werktoets' toegespitst op objecten in de zin van art. 10 lid 1 onder 11° Aw

4.7.1. In art. 10 lid 1 onder 11° Aw zijn 'werken van toegepaste kunst en tekeningen en modellen van nijverheid' met zo veel woorden als auteursrechtelijk beschermbare werksoort vermeld.

Deze rubriek (aanvankelijk: lid 1 onder 10°, en toen omschreven als 'werken van op nijverheid toegepaste kunst') kreeg in 1973 – in samenhang met de op handen zijnde de invoering van de toen nieuwe, speciaal op bescherming van productvormgeving gerichte Eenvormige Beneluxwet inzake Tekeningen of Modellen (BTMW)¹⁶ – haar huidige formulering.

4.7.2. Tot 1987 heeft er veel onzekerheid en discussie bestaan over de vraag of voor auteursrechtelijke bescherming van werken van toegepaste kunst (resp. tekeningen en modellen) een hogere drempel zou gelden dan in het algemeen voor werken in auteursrechtelijke zin geldt. Aanleiding daartoe waren de vermelding van het woord 'kunst' in art. 10 lid 1 sub 11° (destijds: 10°) Aw en – later vooral – de in het toenmalige art. 21 BTMW voorkomende strofe, die voor

¹⁶ In 2006 overgebracht naar (titel III) van het Benelux-Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom (Merken en tekeningen of modellen), afgekort BVIE.

auteursrechtelijke bescherming het criterium van een ‘*duidelijk kunstzinnig karakter*’ formuleerde.¹⁷

Aan de onzekerheid werd een einde gemaakt door de thans aan te halen arresten van het Benelux-Gerechtshof (BenGH) en de Hoge Raad van 1985/1988 in de zgn. *Screenoprints- of Autojaloerieën-zaak*. Er gelden *geen* zwaardere drempelisen dan voor werken in het algemeen.

4.8.1. In zijn verwijzingsarrest van 29 november 1985¹⁸ legde de Hoge Raad aan het Benelux-Gerechtshof vragen van uitleg van de auteursrechtelijke bepaling van art. 21 BTMW voor. De zaak betrof gepretendeerd auteursrecht op een autojaloerie, door Screenoprints ontworpen om gemonteerd te worden aan Citroën-auto's, en vervolgens door Citroën (zelf) nagemaakt.

Zoals gezegd, vereiste art. 21 BTMW destijds ‘*een duidelijk kunstzinnig karakter*’ voor *auteursrechtelijke* bescherming van tekeningen of modellen in de zin van de BTMW. Het Amsterdamse hof had geoordeeld dat de autojaloerie van Screenoprints aan dát criterium niet voldeed.

In rov. 3.4 overwoog de Hoge Raad:

‘3.4 Screenoprints heeft haar beroep op auteursrechtelijke bescherming gebaseerd op art. 10 lid 1 sub 10e (thans vernummerd tot 11e) Auteurswet. Deze wetsbepaling vermeldt “werken van toegepaste kunst en tekeningen en modellen van nijverheid” als behorende tot de werken van letterkunde, wetenschap of kunst, waarvan het uitsluitend recht tot openbaarmaking en verveelvoudiging krachtens art. 1 Auteurswet – behoudens beperkingen bij de wet gesteld – aan de maker toekomt. Daarbij moet men – naar algemeen wordt aanvaard – ervan uitgaan dat de zinsnede “tekeningen en modellen van nijverheid” niet meer is dan een nadere aanduiding van werken die zijn begrepen onder de omschrijving “werken van toegepaste kunst”.

De vraag welke maatstaf moet worden aangelegd bij het oordeel of er sprake is van een “werk van toegepaste kunst” in de zin van deze wetsbepaling, wordt in de Nederlandse rechtspraak en literatuur niet eenstemmig beantwoord. In een deel van de rechterlijke uitspraken en bij het merendeel van de schrijvers ziet men – zij het niet altijd in gelijkkluidende bewoordingen – als (genoegzaam) vereiste stempel van de maker draagt (opvatting A); bij een enkele schrijver en in een aantal rechterlijke uitspraken wordt daarenboven de eis gesteld dat het werk “een zekere kunstwaarde” vertoont, hetgeen ook wel aldus wordt geformuleerd dat daarin “een zeker kunstzinnig streven van de maker” tot uitdrukking dient te komen (opvatting B). Algemeen wordt aangenomen dat ook bij opvatting B een betrekkelijk gering gehalte aan kunstwaarde genoeg is.’

De Hoge Raad vroeg vervolgens aan het Benelux-Gerechtshof welke eisen uit hoofde van art. 21 BTMW ter zake van tekeningen en modellen aan het werk moeten worden gesteld. In de inleiding tot deze prejudiciële vraag hanteerde de Hoge Raad dus (voor de eerste keer), onder verwijzing naar literatuur, de formulering dat het werk *een eigen, oorspronkelijk karakter én het persoonlijk stempel van de maker* zou moeten dragen. Dat criterium is, zoals al bleek, in latere arresten – over

¹⁷ Vgl. nader SVV (2005), § 3.38 (waaraan dit nr. ontleend is), met verwijzingen.

¹⁸ NJ 1987, 880, AMI 1986, p. 13, BIE 1986, nr. 15, p. 55.

werken in het algemeen – steeds teruggekeerd.

Bij arrest van 22 mei 1987¹⁹ deed het Benelux-Gerechtshof uitspraak op de door de Hoge Raad gestelde vragen. In HR 15 januari 1988²⁰ geeft de Hoge Raad die beantwoording weer:

‘1.2 Bij arrest van 22 mei 1987, A 85/3, heeft het Benelux-Gerechtshof, uitspraak doende op de door de Hoge Raad in zijn genoemde arrest aan dit hof gestelde vragen, voor recht verklaard:

(40) Voor de in art. 21 BTMW bedoelde bescherming uit hoofde van de Auteurswet is vereist dat de tekening of het model kan worden aangemerkt als een werk - dat wil zeggen als een voortbrengsel met een eigen, oorspronkelijk karakter, dat het persoonlijk stempel²¹ van de maker draagt - op het gebied van de (toegepaste) kunst.

(41) Daarbij geldt dat indien de tekening of het model valt aan te merken als een werk in de onder (40) bedoelde zin, ook is voldaan aan het vereiste dat sprake is van een voortbrengsel op het gebied van de (toegepaste) kunst, behoudens ingeval het eigen, oorspronkelijk karakter enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect.

(42) Verdergaande vereisten druisen in tegen de door de verdragsluitende Staten ten aanzien van de vereisten voor de auteursrechtelijke bescherming van tekeningen en modellen aanvaarde gemeenschappelijke uitgangspunten.’

Het hof te Amsterdam bleek een te strenge maatstaf te hebben aangelegd, zodat vernietiging en verwijzing volgde.²²

Daarmee is overigens niet gezegd dat het criterium van het EOK & PS niet toch een serieuze drempels kan blijken in te houden, zoals bijv. blijkt uit het hierna te noemen arrest uit 1995.

Op het criterium ‘noodzakelijk voor een technisch effect’ kom ik nog terug in nrs. 4.23.1 - 4.23.6.

4.8.2. In de zaak die leidde tot HR 27 januari 1995 (Dreentegel)²³ had het Leeuwarder hof over een door Zoontjes ontwikkelde drainerende tegel overwogen:

‘6. Eénmaal gegeven enerzijds de vierkante grondvorm van de tegel en de min of meer gestandaardiseerde maat der zijanten (30 cm, ook wel 50 cm), alsmede anderzijds de gedachte om door uitsparingen in de zijanten het doorlaten van hemelwater en door het aanbrengen van nokken aan de onderzijde het afvoeren van het hemelwater mogelijk te maken c.q. de mogelijkheid daartoe te vergroten, oordeelt het hof de vorm van de door Zoontjes op de markt gebrachte tegel te zeer het resultaat van een door die uitgangspunten beperkte keuze om te kunnen zeggen dat het gaat om een voortbrengsel met een eigen, oorspronkelijk karakter dat het persoonlijk stempel van de maker draagt.

7. Dit oordeel wordt bevestigd door de, volgens Zoontjes op toeval berustende, gelijkenis tussen elementen van de dreentegel en elementen van de tegel waarvoor op 3 oktober 1932 in Enge-

¹⁹ NJ 1987, 881 m.nt. LWH, AMI 1987, p. 78 m.nt. JHS, BIE 1987, nr. 49, p. 196 m.nt. Ste., IER 1987, nr 40, p. 70 (met ill.), AA 1987, p. 717 (met ill.) m.nt. H. Cohen Jehoram.

²⁰ NJ 1988, 376, BIE 1988, nr. 49, p. 170. Zie ook de volgende voetnoot.

²¹ In het BenGH-arrest stond hier ‘karakter’, maar dat moest volgens de HR gelezen worden als ‘stempel’: rov. 2, tweede alinea van het arrest van 15 januari 1988.

²² Art. 21 BTMW is overigens per 1 december 2003 vervallen.

²³ NJ 1997, 293 m.nt. Gielen (Zoontjes/Kijlstra).

land octrooi werd aangevraagd [...].’

De Hoge Raad verwierp de hiertegen gerichte cassatieklachten met de overweging (4.3):

‘De klacht onder a mist feitelijke grondslag: het Hof heeft niet miskend dat ook wanneer – zoals het onderdeel het formuleert – “de vorm van het product het resultaat is van een binnen zekere (technische) uitgangspunten beperkte keuze” sprake kan zijn van een werk dat een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. Het Hof heeft slechts geoordeeld dat ten aanzien van de Dreentegel aan laatstgenoemd, door het Hof uitdrukkelijk in zijn overwegingen betrokken criterium niet is voldaan omdat, naar ’s Hofs oordeel, de vorm van de Dreentegel “te zeer” het resultaat is van een door de door het Hof genoemde technische uitgangspunten beperkte keuze.

De onder b geformuleerde motiveringsklacht treft evenmin doel. Het Hof heeft zijn oordeel – dat geenszins onbegrijpelijk is – voldoende met redenen omkleed. Het heeft in rov. 6 aangegeven hoezeer de vorm van de Dreentegel bepaald werd door de wens aan zekere technische eisen te voldoen en dat in rov. 7 nader toegelicht door te wijzen op de gelijkenis tussen de Dreentegel en de tegel waarvoor in 1932 in Engeland octrooi werd aangevraagd: het Hof heeft blijkbaar aangenomen dat de ontwerper van laatstbedoelde tegel zich dezelfde technische eisen had gesteld als die van de Dreentegel en heeft, daarvan uitgaande, erop gewezen dat deze gelijkenis – juist als zij, zoals Zoontjens hadden beweerd, op toeval berustte – aantoonde hoezeer de vorm van de tegel door die eisen wordt bepaald. Waar het Hof zijn oordeel aldus genoegzaam had gemotiveerd, behoeft het niet uitdrukkelijk in te gaan op de in het onderdeel bedoelde stellingen die, nu tussen het ontwerpen van de malen en het ontwerpen van de tegel geen wezenlijk onderscheid bestaat, met dat oordeel onjuist waren bevonden.’

4.8.3. In HR 29 juni 2001²⁴ was ten aanzien van een vijftal spellen (onder meer) aan de orde de vraag of deze aan de EOK & PS-toets voldeden. De Hoge Raad sauveerde de oordelen van het hof over de auteursrechtelijke beschermbaarheid, niettegenstaande de betrokkenheid daarvan op onbeschermde ideeën en niettegenstaande de simpelheid van het spelmateriaal (met name bij: *Jenga*) of de technische bepaaldheid ervan (zoals bij: *Vier op 'n rij*). Aan de motivering door het hof werden in dit kort geding geen hoge eisen gesteld^{25,26}.

4.8.4. In HR 8 september 2006 (Slotermeervilla's)²⁷ ging het om vakantiehuizen²⁸, waaraan het hof auteursrechtelijke bescherming had ontzegd. De Hoge Raad casseerde, na te hebben overwogen:

²⁴ LJV AB2391, NJ 2001, 602 m.nt. DWFV, AMI 2001, nr. 15, p. 111 (met ill.) m.nt. Hugenholtz, IER 2001, nr. 41, p. 227 (met ill.) m.nt. HMHS.

²⁵ In vergelijking tot de motiveringseisen volgens het Van Dale/Romme-arrest (maar dat was een bodemgeschil).

²⁶ De HR kon in deze spellen-zaak ook wijzen op tardieve argumentatie in cassatie op het stuk van technische gebruiksvoordelen e.d.: vgl. bijv. rov. 3.5.3.

²⁷ LJV AX3171, NJ 2006, 493, AMI 2006, p. 220 m.nt. Koelman, IER 2006, nr. 84, p. 300 (Timans/Haarsma c.s.).

²⁸ Bouwkundige werken worden in art. 10, lid 1 onder 8° Aw afzonderlijk genoemd, maar m.i. is er geen relevant verschil met werken als bedoeld in art. 10, lid 1 onder 11° Aw.

'3.7 In zijn algemeenheid kan niet worden gezegd dat het door het hof bedoelde algemeen bekende feit in verband met dezelfde functionaliteitseisen waaraan veelal moet worden voldaan, de marges voor een origineel ontwerp voor een vakantiehuis uiterst gering maakt. Bovendien kan deze opvatting van het hof, anders dan het hof kennelijk meende, geen houvast bieden bij de beantwoording van de vraag of het ontwerp voor de Slotermeervilla's in voldoende mate oorspronkelijk is om auteursrechtelijk te worden beschermd. Door niettemin de bestreden opvatting tot uitgangspunt te nemen heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.'

4.8.5. In de spijkerbroekenzaak G-Star/Benetton²⁹ had het hof te Amsterdam overwogen:

'4.36. Voor auteursrechtelijke bescherming van het ontwerp van de Elwood is vereist dat de Elwood een eigen, oorspronkelijk karakter bezit en het persoonlijk stempel van de maker draagt. De rechtbank heeft overwogen dat de verschillende elementen van de Elwood zoals de stiksels, inzetstukken en de contrastband weliswaar ieder voor zich bij spijkerbroeken en overige kledingstukken kunnen worden aangetroffen, maar dat de elementen in de Elwood in een zodanige combinatie zijn verwerkt dat dit een origineel product oplevert. Het hof volgt de rechtbank in haar oordeel. De wijze waarop deze karakteristieke elementen, die ook als vormmerk zijn gedeponeerd, in het ontwerp van de Elwood zijn verwerkt, getuigt van een creatieve prestatie van de ontwerper. Daarbij moet tevens voor ogen worden gehouden dat ten tijde van het ontwerp van de Elwood deze elementen nog niet gebruikelijk waren in dat deel van de kledingbranche waarin G-Star en Benetton zich begeven. [...]

Over de hiertegen gerichte cassatieklacht overwoog de Hoge Raad:

'3.12 Middel X klaagt over het oordeel (in rov. 4.36) dat de Elwood-broek een auteursrechtelijk beschermd werk is, (mede) omdat haar kenmerkende elementen ten tijde van het ontwerp nog niet gebruikelijk waren in dat deel van de kledingbranche waarin G-Star en Benetton zich begeven. In het middel wordt betoogd dat de omstandigheid dat vormgevingselementen dus in andere branches wel gebruikelijk waren, maakt dat zij niet oorspronkelijk waren en daarom ook niet het persoonlijk stempel van de maker konden dragen. Het middel faalt op de gronden, uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.62-4.64.'

De desbetreffende passages in de conclusie luiden:

'4.62. Een werk dient te beschikken over een eigen, oorspronkelijk karakter dat het persoonlijk stempel van de maker draagt.³⁰ Ook een verzameling of bepaalde selectie van op zichzelf niet oorspronkelijke elementen *kan* een werk zijn in de zin van de Auteurswet, mits die selectie het persoonlijk stempel van de maker draagt. Dit valt af te leiden uit het arrest Van Dale/Romme van de Hoge Raad³¹ en het vervolgens na verwijzing door Hof 's-Gravenhage gewezen arrest in die zaak.³²

4.63. In onze zaak Benetton/G-Star overwoog het hof dienaangaande het volgende [zie de geciteerde rov. 4.36 hierboven].

²⁹ HR 8 september 2006. LJN AV3384, NJ 2006, 492, BIE 2007, nr. 7, p. 41, IER 2006, nr. 93, p. 294.

³⁰ [Voetnoot hier niet overgenomen.]

³¹ [Voetnoot hier niet overgenomen.]

³² [Voetnoot hier niet overgenomen.]

4.64. In navolging van de rechtbank heeft het hof dus geoordeeld dat de originaliteit en het persoonlijk stempel van de maker (“getuigt van een creatieve prestatie”) zijn gelegen in de combinatie van – op zichzelf bekende – vormgevingselementen. Aldus heeft het hof niet miskend dat deze elementen, op zichzelf, in andere kledingbranches al bekend waren; het hof overweegt dat ook met zoveel woorden, maar het laat – rechtens juist en alleszins begrijpelijk – de doorslag geven dat er sprake is van elementen in de Elwood die in een zodanige combinatie zijn verwerkt dat dit een origineel product oplevert.

Ook Middel X kan niet tot cassatie leiden.’

4.8.6. In de zaak die leidde tot HR 29 januari 2010 (Gavita/Helle)³³ ging het om verlichting voor de glastuinbouw. Aanlegster Gavita had daartoe de zgn. GAN-armatuur of GAN doen ontwikkelen, en betichtte Helle ervan dat die met het product Onyx inbreuk op haar auteursrecht maakte. Het hof overwoog in rov. 3.5 dat het uiterlijk zozeer het resultaat van een keuze die door technische uitgangspunten is beperkt, dat de GAN niet als een auteursrechtelijk beschermd werk kan worden aangemerkt. Daartoe overwoog het hof in rov. 3.6 dat gebleken is:

‘[...] dat de meest kenmerkende aspecten van het uiterlijk van de assimilatielamp, te weten (1) de afmeting van de behuizing (bestaande uit bak, kap en “nek” met daarin de fitting van de lamp), (2) de langwerpige en gestroomlijnde vorm van de armatuur, (3) de (lichte) kleur van de behuizing, (4) de vorm van de reflector, (5) het schuine vlak aan de achter(scharnier)zijde van de kap, (6) de horizontale (ventilatie)gleuf aan weerszijde van de behuizing en (7) de wijze waarop de koelribben zijn aangebracht (zowel op de bak als op de kap, haaks op de lengterichting aan de voorzijde van de behuizing over een afstand die ongeveer de helft van de lengte van de behuizing beloopt), alle verband houden met aan de armatuur uit oogpunt van functionaliteit te stellen eisen. Dit zijn, zakelijk samengevat: het bieden van voldoende ruimte voor de elektronische componenten van de lamp (1), het zo min mogelijk belemmeren van de (zon)lichtstraling c.q. het optimaliseren van het effect daarvan door reflectie (1, 2, 3, en 4), de bereikbaarheid van de technische onderdelen in verband met de reparatie en vervanging daarvan (5 en 6) en de adequate afvoer van warmte (6 en 7) met name ter hoogte van het voorschakelapparaat, zijnde het elektronische component dat de meeste warmte afgeeft. Op grond hiervan moet worden geconcludeerd dat, waar het de reeds genoemde (bepalende) aspecten van het uiterlijk betreft, met de bij de vormgeving van de armatuur gekozen oplossingen steeds een voordelig technisch effect is bereikt. Dit brengt mee dat de keuzemogelijkheden te beperkt waren voor een auteursrechtelijk relevante creatieve inbreng.’

De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep, onder meer overwegende:

‘3.3.1 Onderdeel I, waarin niet wordt bestreden dat de volgens het hof bepalende aspecten van het uiterlijk van de assimilatielamp alle verband houden met technische en functionele eisen en evenmin dat die aspecten voor dat uiterlijk bepalend zijn, keert zich met rechts- en motiveringsklachten tegen het in rov. 3.5 en 3.6, slotzin, neergelegde oordeel.

3.3.2 Deze klachten worden, voor zover zij al feitelijke grondslag hebben, alle tevergeefs voorgesteld omdat het hof bij zijn bestreden oordeel is uitgegaan van de juiste rechtsopvatting, dit

³³ LJN BK1599, RvdW 2010, 223.

oordeel voor het overige – verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard – in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht en ten slotte ook toereikend is gemotiveerd.’

4.A.c. *Het inbreukcriterium: algemeen*

4.9.1. Het inbreukcriterium van art. 13 Aw luidt, voor zover hier van belang, of er sprake is van een ‘gehele of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigde vorm welke niet als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt’.

In de literatuur is onderkend dat bij een voor het inbreukcriterium relevante overneming gelet moet worden op overneming van enerzijds ‘*subjectieve*’ of ‘*auteursrechtelijk beschermde trekken*’, en anderzijds ‘*objectieve trekken*’ die buiten de bescherming van het auteursrecht vallen. ‘*Objectief* (feitelijk) is om te beginnen al het reeds bestaande materiaal dat de auteur in zijn werk heeft verwerkt: feiten, gegevens, gebruikelijke uitdrukkingen, bestaande stijlkenmerken, gangbare vormen, e.d. Daarnaast is ook datgene objectief dat weliswaar van de auteur afkomstig is, maar dat een objectieve geldigheid bezit: logische – hoezeer wellicht ook verrassende – theorieën, redeneringen, ontdekkingen, onderzoeksresultaten e.d., alsmede datgene wat voortvloeit uit functionele eisen.’³⁴ ‘Het overnemen van die elementen is dus vrij.’³⁵

De Hoge Raad heeft zich in het hieronder (4.10.2) te vermelden *Una Voce Particolare*-arrest van 2004 terminologisch bij het ijkpunt ‘auteursrechtelijk beschermde trekken’ aangesloten.

4.9.2. Anderzijds is onderkend dat, nu een voldoende originele *combinatie* van (zelfs alle) elk voor zich onbeschermde elementen toch aan de EOK & PS-toets kan voldoen³⁶, ook weer getoetst moet worden aan het criterium of er sprake is van zodanige overneming uit die voldoende originele *combinatie*, dat daarmee toch die auteursrechtelijk beschermde (originele ‘verzamel-’)-trekken herkenbaar worden overgenomen.

4.9.3. Tegen deze achtergrond heeft in de rechtspraak ingang gevonden het belang van een ‘*totalindruk*’, en hand in hand daarmee het criterium of, gelet op het een en ander, de gedaagde *voldoende afstand* heeft genomen en in zijn object op een voldoende *eigen wijze* (als een voldoende ‘zelfstandig werk’) uiting gegeven heeft aan hetgeen deels (stuk voor stuk) vrij is, maar als een originele combinatie van vrije elementen beschermd is. Dit komt naar voren in – onder meer – het verderop (nr. 4.13.1) te vermelden arrest Decaux/Mediamax van 1995.

4.10.1. In deze paragraaf onder de titel ‘*Het inbreukcriterium: algemeen*’, moet ik evenwel beginnen met het belangrijke arrest van HR 5 januari 1979³⁷. Het ging over de vraag of het econo-

³⁴ Citaat uit SVV (2005), § 3.10 (voetnoten hier niet overgenomen).

³⁵ Citaat uit SVV (2005), § 4.8.

³⁶ Vgl. bijv. het oordeel in de spijkerbroekenzaak G-Star/Benetton, vermeld in nr. 3.9.5.

³⁷ NJ 1979, 339 m.nt. LWH.

mieleerboek van drs. Hollebrand c.s. inbreuk maakte op dat van prof. Heertje. De Hoge Raad overwoog:

‘De beantwoording van de vraag waarvoor de rechter zich in een geding als het onderhavige gesteld ziet, is in hoge mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder ook van de aard van het beweerdelijk bewerkt of nagebootste werk. De waardering van de mate van eigen persoonlijk karakter dat zulk een werk in verband daarmee kan hebben en van de mate van nieuwheid en oorspronkelijkheid van het beweerdelijk inbreukmakende werk zal veelal van feitelijke aard zijn en zich aan een beoordeling in cassatie onttrekken.’

Het arrest van het hof, dat de gestelde inbreuk had afgewezen, bleef in stand.

4.10.2. Het (al genoemde) arrest van HR 29 november 2002, in de zaak *Una Voce Particolare*³⁸, had betrekking op beweerde auteursrechtinbreuk door overname van een zgn. *format* voor een tv-programma. De Hoge Raad overwoog³⁹, voor zover hier van belang dat voor werken als de onderhavige televisieformats beslissend is:

‘3.5 [...] ‘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.’

Het oordeel van het hof dat er voldoende verschillen waren, bleef in stand. Het hof kon daarmee (ook) voorbij gaan aan het verlangen van de eiser/appellant dat de gedaagde/geïntimeerde tegenbewijs diende te leveren tegen een ontleningsvermoeden⁴⁰. Nu de (voor een inbreukoordeel noodzakelijke) *ene* schakel in de ketting niet aanwezig bleek te zijn, heeft een onderzoek naar de *andere* schakel geen belang. Anders dan wel eens gedacht wordt, is bovenstaand criterium in het arrest *Una Voce Particolare* dus niet een criterium waarvan de draagwijdte beperkt zou zijn tot de (ontlenings-)bewijslastkwesitie, maar is het een gewoon materieelrechtelijk criterium bij de uitleg van art. 13 Aw⁴¹.

4.A.d. Het inbreukcriterium toegespitst op objecten in de zin van art. 10 lid 1 onder 11° Aw

4.11.1. Zoals hierboven aangegeven, is bij de beoordeling van gestelde auteursrechtinbreuk van belang in hoeverre het gaat om overneming van subjectieve (auteursrechtelijk beschermde) dan wel objectieve (niet auteursrechtelijk beschermde) trekken.

³⁸ HR 29 november 2002, LJV AE8456, NJ 2003, 17, AMI 2003, nr. 1, p. 15 m.nt. D.J.G. Visser, IER 2003, nr. 17, p. 93 m.nt. FWG, NTBR 2003/4, p. 224 m.nt. Quanjel-Schreurs (Wassenaar (Accordo) / Tros). Vgl. ook Gielen, De totaalindruk in het auteursrecht, IER 2004, nr. 55, p. 255.

³⁹ In het verlengde van het chronologisch eerdere arrest Decaux/Mediamax: zie hierna 4.13.1.

⁴⁰ Als bedoeld in HR 21 februari 1992, NJ 1993, 164 m.nt. JHS (Barbie).

⁴¹ Daaraan kan niet afdoen dat rov. 3.5 in fine rept van ‘een zelfstandig werk’ en niet van de art. 13-riedel ‘een nieuw, oorspronkelijk werk’. Daarover ging het niet in het *Una Voce Particolare*-arrest.

Bij alle soorten werken in diverse (voorbeeld-)categorieën van artikel 10 lid 1 Aw kan de verhouding tussen subjectieve en objectieve trekken (ook binnen die categorieën) aanzienlijk variëren. Ik noem als voorbeeld de onder 9° vermelde fotografische werken: het scala kan gaan van enerzijds een voor een wetenschappelijk of zakelijk doel objectief-technisch perfecte weergave van het gefotografeerde object (met aldus zo goed als 100% objectieve trekken), tot een vrije met een fototoestel gemaakte impressie van een beeld uit de natuur, met gebruikmaking van effecten verkregen door de *afstand*, de *'hoek'*, het inspelen op de natuurlijke belichting en het kiezen van eventuele kunstmatige belichting, alsmede verdere variaties die de camera toelaat en die bij het ontwikkel- en afdrukproces mogelijk zijn⁴². Hier zullen de subjectieve trekken vergaand overwegen. Daartussen liggen, als geïndiceerd, tal van varianten.

Bij 'boeken' (een deel van de in art. 10 lid 1 onder 1° genoemde objecten) kan het gaan om romans met zeer overwegend subjectieve trekken, via leerboeken met veel objectieve trekken⁴³ en steden(reis-)gidsen met overwegend objectieve trekken, tot wis- of rekenkundige tabellenboeken waarin de subjectieve trekken nagenoeg of geheel afwezig zijn (zelfs al zijn de betrokken tabellen nooit eerder gemaakt, bijv. voor een nieuw BTW-percentages van 19,95 %).

Wat de categorie 'werken van toegepaste kunst' betreft: aan het vorenstaande doet niet af dat blijkens het woord 'toegepaste' in art. 10 lid 1 onder 11° Aw *per definitie* sprake van functionele elementen en daarmee objectieve trekken (het object moet immers aan een bepaalde gebruiksfunctie voldoen). De vormgeving van bijv. een vaas of een verlichtingsornament kan met een roman vergelijkbare subjectieve trekken hebben, waaraan niet afdoet dat de vaas bloemen moet kunnen dragen, en dat het verlichtingsornament licht moet geven. Een roman moet immers ook 'leesbaar' zijn, en een 'historische roman' zal doorgaans historische feiten 'meenemen' en in zoverre objectieve trekken (moeten) laten zien.

4.11.2. De objectieve trekken kunnen evenwel toenemen door het (uit het object blijkende) streven dat het voorwerp objectief *zo goed mogelijk* aan de functie voldoet: bij toegepaste kunst net zo goed als bijv. bij woordenboeken en reisgidsen. Objectieve trekken zullen veelal ook aanwezig zijn doordat voortgebouwd wordt op voorbeelden van eerdere objecten met hetzelfde gebruiksdoel. Daarnaast zal veelal aansluiting gezocht worden bij contemporaine tendensen qua mode en stijl: eveneens auteursrechtelijk onbeschermd trekken. Dit alles sluit de aanwezigheid van minder of meer subjectieve trekken echter ook weer geenszins uit.

4.12. Bij de vermelding van jurisprudentie in deze rubriek noem ik vooreerst het oude arrest van HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712 (Van Gelder/Van Rijn), een zaak over beweerdelijke auteursrech-

⁴² Vgl. rov. 91 van het – hierna nog ter sprake komende Painer-arrest van HvJEU 2011. Een leerzame beschouwing over foto's als 'werken' is ook te vinden in de conclusie van de A-G Asser voor HR 1 juni 1990, NJ 1991, 377 (Lamoth/Kluwer; stilist).

⁴³ Vgl. de inzet van de zaak Heertje/Hollebrand.

tinbreuk door Van Rijn ten aanzien van kunstnijverheidsvoorwerpen. De Hoge Raad, die Van Gelders cassatieberoep verwierp, overwoog:

‘dat alleen de vormgeving, die de uiting is van datgene, wat den maker tot zijn arbeid heeft bewogen, de bescherming van het auteursrecht geniet;

dat het Hof, vaststellende dat – buiten de algemeene gelijkenis, die voorwerpen welke tot eenzelfde gebruik bestemd zijn, uit den aard der zaak vertoonen – er van een gelijkenis in uiterlijken verschijningsvorm tusschen de betrokken kunstnijverheidsvoorwerpen geen sprake is, terecht heeft beslist dat er niet is nabootsing;

dat zonder deze gelijkenis het bezigen van hetzelfde materiaal, het bewerken daarvan volgens eenzelfde, een bepaald artistiek effect opleverende methode, het volgen van den stijl nog niet meebrengen, dat nabootsing van het werk in gewijzigden vorm, als vermeld in art. 13 van de Auteurswet, aanwezig is’.

4.13.1. Het (al genoemde) arrest van HR 29 december 1995 in de zaak Decaux/Mediamax⁴⁴ had betrekking op houders voor reclameborden. In rov. 4.6 had het hof overwogen:

‘De vraag is [...] of Mediamax binnen de grenzen die getrokken worden door de mode, trend of stijl enerzijds en door de eisen van functionaliteit anderzijds, voldoende afstand van [Decaux’] Mupi Senior genomen heeft en met haar ontwerp op een voldoende eigen wijze uiting heeft gegeven aan de vigerende stijl, trend of mode van ontwerpen.’

Het hof kwam aan de hand van bespreking van een aantal verschillen, in samenhang beschouwd, in rov. 4.14 tot het oordeel dat de

‘totaalindrukken van de producten van partijen zodanig verschillend [zijn] dat van inbreuk op het aan Decaux toekomend auteurs- of modelrecht niet gesproken kan worden.’

De Hoge Raad oordeelde in rov. 3.3:

‘[...] dat] de door het hof voor de onderhavige toetsing gebezigde [totaalindrukken-] maatstaf zowel uit auteursrechtelijk als uit modelrechtelijk oogpunt juist is’.

4.13.2. Tekstanalyse leert dat het door het hof geformuleerde criterium eensdeels cirkelvorming is: er is geen inbreuk op auteursrecht als de totaalindrukken zodanig verschillend zijn dat van inbreuk op auteursrecht niet gesproken kan worden.

De doorbreking van de cirkel zit hierin dat de vergelijking van de *totaalindrukken* bepalend moet zijn. En dat *dus niet* beslissend moet zijn (bijv.): de loutere aanwezigheid van één of meer overeenkomsten naast verschillen, of de loutere aanwezigheid van één of meer verschillen naast overeenkomsten.

Het komt – door mij geenszins vernieuwend maar variërend gezegd – aan op het door de rechter te bepalen *totaalgewicht* van de meer of minder vergaande overeenkomsten en de meer of minder vergaande verschillen. Daarbij kan de aanwezigheid van één overeenkomst zwaarder gewogen

⁴⁴LJN ZC1942, NJ 1996, 546 m.nt. DWFV; zie ook Quaedvlieg, AMI 1996, p. 195.

worden dan tien verschillen; de aanwezigheid van één verschil kan zwaarder gewogen worden dan tien overeenkomsten. Nu hierbij (uiteraard) niet met exacte getallen rekenkundig kan worden opgeteld en afgetrokken, komt het in wezen aan op een (in)schatting. Het woorddeel ‘*indrukken*’ (in tegenstelling tot bijv.: ‘factoren’) duidt daar op. Daarin zit tegelijk een tweede doorbreking van de cirkel.

4.13.3. Het aldus *hoogst* feitelijke en daarmee corresponderend in cassatie navenant vrijwel onaantastbare karakter van de toepassing van het ‘totaalindrukken’-criterium, heb ik hiermee willen benadrukken (resp. aan de minder gespecialiseerde lezer willen uitleggen).

4.13.4. De Hoge Raad heeft aan zijn accordering van het ‘totaalindrukken’-criterium in het arrest Decaux/Mediamax nog iets toegevoegd dat meer richting geeft aan het al dan niet toekennen van gewicht aan bepaalde overeenkomsten tussen de voortbrengselen:

‘3.4 [...] In deze overwegingen [4.5 en 4.6] heeft het hof tot uiting gebracht dat aan het enkele ontwikkelen of inzetten van een nieuwe mode of stijl geen bescherming krachtens auteurs- of modelrecht toekomt en dat derhalve moet worden onderzocht of – mede gelet op mode, trend of stijl op het onderhavige terrein – Mediamax voldoende afstand van de Mupi Senior heeft genomen en op een voldoende eigen wijze uiting heeft gegeven aan de vigerende stijl, trend of mode van ontwerpen. Een en ander geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. [...]’

Daarmee heeft de Hoge Raad geoordeeld dat mode, trend of stijl (ook als die is ingezet door de aanlegger in de procedure) behoort tot de *niet* auteursrechtelijk beschermde (objectieve) trekken. Vgl. ook de in nr. 4.10.2 al genoemde rov. 3.5 van *Una Voce Particolare*, waar de Hoge Raad ten deze in algemene zin het criterium van (al dan niet) ‘*auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk*’ hanteert.

4.13.5. Dat maakt de positie voor een oorspronkelijk eiser, die *in cassatie* wil opkomen tegen een voor hem negatief ‘totaalindrukken’-oordeel van de hoogste feitenrechter waarin ‘objectieve trekken’ een voor die eiser negatieve rol speelden, nog moeilijker of onfortuinlijker.

4.13.6. De in de literatuur gestelde vraag of het totaalindrukken-criterium zich leent voor toepassing bij alle soorten werken (met name: ook bij complexe werken?), kan hier blijven rusten. Niet omstreden is de toepasbaarheid bij de beoordeling van (beweerde) inbreuk op werken van toegepaste kunst: mits men zich ervan bewust blijft dat ook daarbij rekening moet worden gehouden met de vraag of overeenstemmende trekken van de wederzijdse producten al dan niet auteursrechtelijk beschermd zijn⁴⁵.

⁴⁵ Vgl. SVV (2005), § 4.9; Gielen, De totaalindruk in het auteursrecht, IER 2004, nr. 55, p. 255.

4.13.7. Het zojuist gezegde brengt mee dat het inderdaad moet gaan om de totaalindrukken van de auteursrechtelijk beschermde trekken, en dus níet om de totaalindrukken van *zowel* auteursrechtelijk beschermde *als* niet-beschermde trekken. De Hoge Raad bracht dat al onder woorden door het onderschrijven van 's hofs oordeel in de Decaux/Mediamax-zaak dat geabstraheerd moet worden van 'mode, trend of stijl' (zelfs als die door Decaux was ingezet).

Ik illustreer de juistheid van deze visie nog met een paar eenvoudige voorbeelden. Iemand komt het idee om (voor de toeristenmarkt) klompen te beschilderen met molentjes. Iemand anders volgt met klompen, beschilderd met tulpen. Moeten de klompen *as such* meetellen bij de totaalindruk? Neen dus.

Omdat het in Nederland vaak regent, ontwerpt iemand een (zo strak mogelijk bij de glijbaan aansluitende) overkapping voor glijbaantjes op kleuterspeelplaatsen. Iemand anders ontwerpt een frivolere, luchtiger overkapping. Moet de glijbaantjes meetellen bij de totaalindrukken? Neen.

Het vorenstaande laat zich eigenlijk nog het fraaist illustreren aan de hand van het arrest Heertje/Hollebrand. Als in die zaak het hof en de Hoge Raad zich mede zouden hebben laten leiden door *niet-auteursrechtelijk beschermde* totaalindrukken, dan zou Hollebrand in de pan zijn gehakt.

4.13.8. Aan het vorenstaande doet niet af dat een combinatie van (allemaal of deels) niet auteursrechtelijk beschermde elementen, toch weer, *qua combinatie*, aan het EOK & PS-karakter kán voldoen. Maar dan moet – naar het oordeel van de feitenrechter – die (verzamelende) *combinatie* voldoen aan de EOK & PS-toets (vgl. 4.9.2) en moeten die originele combinatie de totaalindrukken van de objecten van de eiser en de gedaagde bepalen.

4.A.e. Wisselwerking tussen voldoening aan werktoets en inbreukcriterium

4.14. In het voorgaande is al naar voren gekomen dat er sprake is van een wisselwerking tussen de mate waarin een werk voldoet aan de werktoets (art. 1 en 10 Aw) en het inbreukcriterium (art. 13 Aw). De (vuist-)regel is dat naarmate een werk meer 'objectieve' (niet auteursrechtelijk beschermde) trekken omvat, er een grotere overeenstemming tussen de wederzijdse objecten aanwezig zal moeten zijn om tot auteursrechtinbreuk te besluiten. Dit ligt ook voor de hand omdat het auteursrecht enerzijds de drempel (werktoets) niet te hoog wil leggen (waarbij in elk geval een één-op-één nabootsing kan worden bestreden), maar anderzijds geen ruimte wil geven om 'objectieve trekken' te monopoliseren. Het punt van de wisselwerking werd in wezen al fraai verwoord in de onder 4.10.1 aangehaalde rechtsoverweging uit het arrest Heertje/ Hollebrand van 1979, met de daarin gelegde nadruk op *de aard* van het beweerdelijk bewerkt of nagebootste werk, en de *waardering van de mate van eigen persoonlijk karakter* dat zulk een werk in verband daarmee kan hebben.

4.15.1. De (vuist-)regel dat een grotere overeenstemming tussen de wederzijdse objecten aanwezig moet zijn om tot auteursrechtinbreuk te besluiten, naarmate een werk minder auteursrechtelijk beschermde trekken omvat, zou men kunnen parafraseren als: een navenant *beperkte(r) beschermingsomvang*. Dat is – korthedshalve – wel ‘handig’⁴⁶.

In dogmatisch-theoretische zin acht ik het echter niet juist is. Men kan beter zeggen: (steeds) *dezelfde* beschermingsomvang volgens het criterium van art. 13 Aw (‘*gehele of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigde vorm, welke niet als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt*’), maar volgens het Heertje/Hollebrand-criterium (steeds) in het concrete geval rekening houdend met ‘de aard van het beweerdelijk bewerkte of nagebootste werk’.⁴⁷

Omdat het korthedshalve ‘handig’ is en in het Nederlandse auteursrechtelijke spraakgebruik is ingeburgerd, zal ik hieronder toch de *terminologie* van een ‘beperkte(r) beschermingsomvang’ blijven gebruiken.

4.15.2. Ik stip dit punt (nog eens⁴⁸) aan omdat men de laatste tijd in auteursrechtzaken wel een beroep hoort doen op een (zeer) ‘ruime’ of ‘grote’ beschermingsomvang: ook in de onderhavige zaak.

Zo’n criterium bestaat in het Nederlandse auteursrecht niet als wettelijk criterium en evenmin als geijkt jurisprudentieel criterium. Ook in de literatuur ben ik het als zodanig niet tegengekomen.

De eerder aangeduide *regel* van het arrest Heertje/Hollebrand dat de auteursrechtelijke beschermingsomvang samenhangt met de aard en de mate van oorspronkelijkheid van het object waarvan is (of zou zijn) overgenomen, brengt mee dat – in elk geval: doorgaans – aan ‘functionele’ werken, zoals bijv. economieleerboeken (de inzet van de zaak Heertje/Hollebrand) of werken van toegepaste kunst⁴⁹ (zoals kinderstoelen, de inzet van de onderhavige zaak), zonder inbreuk op auteursrecht méér kan worden ontleend dan aan werken van vrije kunst.⁵⁰ Zulke functionele werken genieten in zoverre dus een *beperkttere* beschermingsomvang. Dít criterium (*beperkttere* beschermingsomvang) mag wél algemeen aanvaard heten.

⁴⁶ Ik onderken dat het gebruik van deze terminologie (kleinere vs. ruimere beschermingsomvang) in de octrooirechtelijke en merkenrechtelijke context in de afgelopen decennia niet alleen is ingeslopen, maar daar zelfs tot het juridisch acquis is gaan behoren.

⁴⁷ Vgl. Grosheide, ‘Zwakke werken. Een pleidooi voor een merkenrechtelijke benadering van de inbreukvraag in het auteursrecht’, in: *Intellectuele eigenaardigheden*, Opstellen aangeboden aan mr. Theo R. Bremer (1998), p. 126 (132).

⁴⁸ Zie eerder de CPG, nrs. 4.8 t/m 4.8.4 in de zaak leidend tot HR 2 september 2011, nr. 09/04977, LJN BQ3894 (G-Star/Bestseller Retail). Door de Hoge Raad beslist met toepassing van art. 81 RO.

⁴⁹ Bij de categorie ‘werken van toegepaste kunst’ (art. 10 lid 1, sub 11^o Auteurswet) is per definitie sprake van functionele elementen, vgl. nr. 4.11.1.

⁵⁰ Vgl. in deze zin bijv. SVV (2005) § 4.8, p. 158 e.v.

Er is (in de auteursrechtelijke communis opinio) sprake van een niet beperkte beschermingsomvang als het gaat om 'vrije' creaties, zoals gedichten, romans, abstracte schilder- en beeldhouwkunst en muziek. Die creaties genieten dus zo'n 'niet beperkte beschermingsomvang'. In andere, en *gebruikelijker* woorden genieten zij: de *normale* (immers niet of nauwelijks door aanwezigheid van functionele of objectieve elementen) beperkte beschermingsomvang. Daarbij valt te bedenken dat in Nederland in elk geval sinds 1912 de bescherming nooit beperkt is geweest tot alleen maar letterlijke c.q. één op één overneming, zoals sinds dat jaar het criterium van art. 13 Aw best mooi aangeeft ('gehele of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigde vorm welke niet als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt').

Ik ontraad – nog steeds – een (retorisch geïnspireerd?) systeem, waarbij een pretens niet (of maar een beetje) vanwege functionele/objectieve factoren beperkte *normale beschermingsomvang*, een '(zeer) ruime' of 'grote beschermingsomvang' zou moeten gaan heten.

4.15.3. Dit klemmt te meer, omdat het HvJEU in enige – verderop onder 4.B, nrs. 4.29 - 4.40 met enige uitvoerigheid te bespreken – arresten de terminologie 'ruime beschermingsomvang' heeft gebezigd. Uit die arresten blijkt evenwel dat het daarbij gaat om een bescherming volgens het geharmoniseerde Unie-auteursrecht die zich niet beperkt tot letterlijke (c.q. één op één overneming). Anders gezegd: het begrip 'reproductie' in de Auteursrechtlijn moet niet naar de letter ('één op één'-reproductie) maar naar de geest worden uitgelegd. Die verduidelijking door het HvJEU is voor sommige lidstaten mogelijk nuttig, Wat Nederland betreft, blijkt het om niet meer te gaan dan wat wij als 'normale' beschermingsomvang beschouwen.

4.15.4. Naar mijn mening wordt het bovenstaande dus niet ontkracht door jurisprudentie van het HvJEU, met name ook niet door de verderop te bespreken arresten *Infopaq* (2009) en *Painer* (2011).

4.A.f. Taakverdeling cassatierechter / feitenrechter

4.16. Voor wat betreft de taakverdeling tussen de Hoge Raad en de (gerechtshoven als hoogste) feitenrechters gelden geen bijzondere regels. De Hoge Raad toetst aan (eventueel nader ontwikkelde) rechtsregels, en op vormverzuim, in het bijzonder eventuele onbegrijpelijkheid van de motivering, waaronder het passeren van essentiële stellingen.

4.17. Ik roep nog eens in herinnering de overweging van de Hoge Raad in het arrest Heertje/Hollebrand van 1973, luidende:

'De beantwoording van de vraag waarvoor de rechter zich in een geding als het onderhavige gesteld ziet, is in hoge mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder ook van de aard van het beweerdelijk bewerkt of nagebootste werk. De waardering van de mate van eigen per-

soonlijk karakter dat zulk een werk in verband daarmee kan hebben en van de mate van nieuwheid en oorspronkelijkheid van het beweerdelijk inbreukmakende werk zal veelal van feitelijke aard zijn en zich aan een beoordeling in cassatie onttrekken.’

4.18.1. In de korte weergave hierboven van een aantal uitspraken van de Hoge Raad zijn toepassingsvoorbeelden van de taakverdeling tussen de Hoge Raad en de feitenrechters te vinden.

4.18.2. Aan de conclusie van A-G Asser voor het arrest Decaux/Mediamax ontleen ik nog het volgende:

‘2.17. Het middel overvraagt dan ook mijns inziens de rechter als het in feite de eis stelt dat de feitenrechter in een zaak als deze tot een ontleding van de modellen⁵¹ overgaat in verschillende elementen en dwingend een bepaalde wijze van vergelijken en afwegen voorschrijft. De feitenrechter is op dit punt een grote mate van vrijheid gelaten⁵². Voldoende is dat hij de beide modellen met elkaar vergelijkt en daarbij op de punten van overeenstemming en van verschil let en in dat kader aandacht schenkt aan met name de aspecten die auteursrechtelijk relevant zijn.

2.18. Ik zie trouwens ook niet op grond waarvan de cassatietoetsing van zulke in hoge mate feitelijke oordelen als die waarom het hier gaat⁵³, zou moeten worden verruimd door aan te nemen dat de feitenrechter rechtens gehouden is tot de hier voorgestelde wijze van oordeelsvorming, die dan kennelijk ook nog uit de uitspraak zou moeten blijken teneinde die cassatiecontrole mogelijk te maken. [...]’

Bij deze observaties sluit ik mij aan.

4.19. In zijn boekje *Motiveren in IE-zaken*⁵⁴ suggereert D.J.G. Visser dat de Hoge Raad voor het niét aanwezig achten van auteursrechtelijke bescherming in het algemeen wat zwaardere motiveringseisen lijkt te stellen, dan bij het oordeel van de feitenrechter dat wél sprake is van voldoende creativiteit. Ik acht die stelling onvoldoende onderbouwd om haar te kunnen onderschrijven. Visser doet een dergelijke suggestie overigens niét als het gaat om de beoordeling in cassatie van de *inbreukvraag*.

4.A.g. Synthese van het voorafgaande

4.20. Ik vat mijn bevindingen op basis van het bovenstaande hieronder samen, met enige accentueringen, en (in nrs. 4.23.1 - 4.23.6) een korte nadere uitweiding over het subcriterium ‘noodzakelijk voor een technisch effect’.

⁵¹ NB: de A-G spreekt hier over modellen in de *auteursrechtelijke* context.

⁵² De A-G verwijst hier naar het arrest Heertje/Hollebrand.

⁵³ De A-G verwijst hier andermaal naar het arrest Heertje/Hollebrand.

⁵⁴ DeLex, Amsterdam (2011), p. 15.

4.21.1. De auteursrechtelijke drempels van het *eigen oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel* ('EOK & PS') is niet hoog, Volgens het arrest Erven Endstra/Nieuw Amsterdam van 2008 is vereist, maar tevens voldoende, (i) 'dat het voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter moet bezitten [wat inhoudt] dat de vorm niet ontleend mag zijn aan die van een ander werk' en (ii) dat het 'het persoonlijk stempel van de maker moet dragen [wat] betekent dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes (...). Daarbuiten valt in elk geval al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt te aan te wijzen.' In het eerdere arrest Van Dale/Romme is ten deze sprake van 'een selectie die een persoonlijke visie van de maker tot uitdrukking brengt'.

Deze algemene criteria gelden ook voor voortbrengselen van toegepaste kunst (vgl. de Screenprints-jurisprudentie 1985-1988).

4.21.2. De in het arrest Erven Endstra/Nieuw Amsterdam geëxpliciteerde eis (i) 'dat het voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter moet bezitten [wat inhoudt] dat de vorm niet ontleend mag zijn aan die van een ander werk', behelst uiteraard dat er geen sprake mag zijn van ontlending aan een aanwijsbaar *specifiek* ander werk. Deze eis (i) impliceert m.i. dat er evenmin sprake mag zijn van (aanwijsbare) overeenstemming met 'erfgoed' in het desbetreffende culturele domein (bij toegepaste kunst spreekt men wel over 'vormgevingserfgoed'). Ik denk overigens dat eis (ii) goeddeels tot hetzelfde resultaat leidt, aangenomen dat concrete overeenstemming met (of met niet meer dan geringe afwijkingen van) 'erfgoed' allicht in aanmerking komt voor de kwalificatie 'zo banaal of triviaal [...] dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt te aan te wijzen'.

4.21.3. De betrekkelijk lage drempel gaat gepaard met reductie wat betreft de beschermingsomvang (volgens het criterium van art. 13 Aw of er sprake is van een 'gehele of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigde vorm welke niet als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt').

Ingevolge het m.i. nog steeds geldige arrest Van Gelder/Van Rijn van (1946) kan geen beroep gedaan worden op gelijkenissen 'die voorwerpen welke tot eenzelfde gebruik bestemd zijn, uit den aard der zaak vertoonen'.

Volgens dat arrest kan evenmin auteursrechtelijk geklaagd worden over na-apen van hetzelfde in het voortbrengsel gebezigde 'materiaal, het bewerken daarvan volgens eenzelfde, een bepaald artistiek effect opleverende methode, [en/of] het volgen van den stijl'. Over stijl, alsmede over trend en mode is in Decaux/Mediamax (1995) in dezelfde lijn overwogen: 'dat aan het enkele ontwikkelen of inzetten van een nieuwe mode of stijl geen bescherming krachtens auteurs- of modelrecht toekomt en dat derhalve moet worden onderzocht of – mede gelet op mode, trend of stijl op het onderhavige terrein – Mediamax voldoende afstand [...] heeft genomen en op een

voldoende eigen wijze uiting heeft gegeven aan de vigerende stijl, trend of mode van ontwerpen. [...]

4.21.4. Daarmee is over de (beperkte) beschermingsomvang nog niet alles gezegd. De rechtspraak van de Hoge Raad en de feitenrechters geeft, evenals de literatuur, bij de hantering van het inbreukcriterium van art. 13 Aw *ook overigens* blijk van onderscheiding tussen auteursrechtelijk wél beschermbare subjectieve, en auteursrechtelijk niet beschermbare objectieve trekken (vgl. over de ‘trekken’ ook supra nrs. 4.9.1 - 4.11.2).

4.21.5. Voor bescherming is op zich geen belemmering dat er sprake is van een combinatie van op zichzelf bekende vormgevingselementen (G-Star/Benetton 2006). Maar dan is nodig (i) dat de *combinatie* van op zichzelf niet oorspronkelijke elementen *wél* het persoonlijk stempel van de maker draagt (door de feitenrechter – telkens in cassatie vergeefs bestreden – positief beoordeeld in G-Star/Benetton 2006, en negatief beoordeeld in Gavita/Helle 2010); en (ii) dat bij gestelde nabootsing juist van een voldoende originele *combinatie*, de daarin gelegen auteursrechtelijk beschermde (originele ‘verzamel-’)trekken herkenbaar worden overgenomen.

4.21.6. Voor bescherming is op zich geen belemmering dat het object aan dezelfde functionaliteitseisen moet voldoen als objecten van dezelfde soort (Slotermeervilla’s 2006). Maar dat sluit ook weer niet uit dat functionaliteitseisen de marges voor de ontwerper toch uiterst gering kunnen maken, te gering om ruimte te bieden voor een in voldoende mate oorspronkelijk ontwerp.

4.21.7. Voor bescherming is op zich geen belemmering dat ‘de vorm van het product het resultaat is van een binnen zekere (technische) uitgangspunten beperkte keuze’. Maar dat houdt niet tegen dat de vorm *te zeer* het resultaat is van een door technische uitgangspunten beperkte keuze kan blijken (Dreentegel 1995), resp. dat het object *zozeer* het resultaat van een keuze die door technische uitgangspunten is beperkt, dat dit niet als een auteursrechtelijk beschermd werk kan worden aangemerkt (Gavita/Helle 2010).

4.22. Tegen de achtergrond van het gegeven dat afzonderlijk niet of nauwelijks voor de EOK & PS-toets slagende elementen in *combinatie* toch wel aan die toets kunnen voldoen, en dat herkenbare overneming van te veel van de (originele ‘verzamel-’)trekken wél inbreuk in de zin van art. 13 Aw kan opleveren, wordt – met instemming van de Hoge Raad – gewerkt met het concept van een ‘totaalindruk’, en hand in hand daarmee het criterium of de gedaagde *voldoende afstand* heeft genomen en in zijn object op een voldoende *eigen wijze* (als een voldoende ‘zelfstandig werk’) uiting gegeven heeft aan hetgeen deels (stuk voor stuk) vrij is, maar als een originele combinatie van vrije elementen beschermd is (Decaux/Mediamax 1995).

In de literatuur wordt gesteld dat bij de toetsing aan het totaalindrukken-criterium niet gelet mag worden op niet auteursrechtelijk beschermde trekken⁵⁵. Ik acht dat standpunt juist, maar vatbaar voor verduidelijking in die zin dat, zoals vaker aangegeven, een verzameling van (zelfs alle) elk voor zich auteursrechtelijk onbeschermbare elementen/trekken toch origineel kan zijn, en dat in zoverre de toets moet gelden of bij gestelde nabootsing van de originele *combinatie* de daarin gelegen auteursrechtelijk beschermde (originele ‘verzamel-’)trekken herkenbaar worden overgenomen. Ik kan daarentegen niet onderschrijven de soms (ook in de onderhavige zaak) gelezen stellingname dat bij het totaalindrukken-criterium de niet auteursrechtelijk beschermde trekken, naast de auteursrechtelijk beschermde trekken, *altijd* zouden moeten worden meegewogen⁵⁶.

4.23.1. Thans volgt de aangekondigde korte nadere uitweiding over het subcriterium ‘noodzakelijk voor een technisch effect’.

4.23.2. In de Screenoprints-jurisprudentie is overwogen dat auteursrechtelijke bescherming van een tekening of het model als een voorwerp van toegepaste kunst mogelijk is voor een voortbrengsel met een eigen, oorspronkelijk karakter, dat het persoonlijk stempel van de maker draagt, *‘behoudens ingeval het eigen, oorspronkelijk karakter enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect’*. In het recentere arrest Kecofa/Lancôme (2006) overwoog de HR in dezelfde lijn: *‘Het werkbegrip van de Auteurswet vindt [...] zijn begrenzing waar het eigen, oorspronkelijk karakter enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect’*.

4.23.3. Het criterium *‘wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect’* wordt niet (met zoveel woorden) gebezigt in de arresten:

- Dreentegel (1995), waarin overeind gehouden is het oordeel van het hof dat *‘de vorm van de Dreentegel “te zeer” het resultaat is van een door de door het Hof genoemde technische uitgangspunten beperkte keuze’*;
- Gavita/Helle (2010), waarin de Hoge Raad een vergelijkbare overweging van het hof overeind hield, en bovendien oordeelde dat het hof is uitgegaan van de juiste rechtsopvatting bij zijn – tot afwijzing van Gavita’s vorderingen leidend – oordeel dat de bepalende aspecten van het uiterlijk van de assimilatielamp alle verband houden met technische en functionele eisen en dat die aspecten voor dat uiterlijk bepalend zijn.

⁵⁵ Zie bijv. SVV (2005), § 4.9.

⁵⁶ Vgl. ook nr. 4.13.7. Zo’n standpunt lijkt geïnspireerd door bepaalde evoluties in het merkenrecht, maar het laat zich m.i. niet overplanten naar het auteursrecht.

4.23.4. Al lijken de laatstbedoelde arresten op het eerste gezicht ‘soepeler’, ik geloof niet dat tussen de criteria van Screenoprints en Kecofa/Lancôme enerzijds, en Dreentegel en Gavi-ta/Helle anderzijds, een (wezenlijk) verschil moet worden gezien.⁵⁷

4.23.5. Te bedenken is dat het criterium ‘*wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect*’ (de woorden ‘noodzakelijk’ en ‘technisch effect’ ten spijt) niet een *technisch* criterium is, maar een *juridisch normatief* criterium blijft.

Daarmee laat zich bijv. verklaren dat de Hoge Raad in het Dreentegel-arrest als gezichtspunt laat meewegen hetgeen omtrent het voortbrengsel (of een vergelijkbaar voortbrengsel) in een octrooi(-aanvraag) is neergelegd: het hof mocht aannemen dat de ontwerper van een gelijk(end) in een octrooiaanvraag vermeld voortbrengsel zich dezelfde technische eisen had gesteld als die van de Dreentegel en, daarvan uitgaande, erop wijzen dat deze gelijkenis aantoont ‘hoezeer de vorm van de tegel door die eisen wordt bepaald’. De letterlijk geciteerde woorden acht ik synoniem voor ‘wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect’, ook al zal (even goed) draineren ook wel *zonder tegels* kunnen.

Overigens is daarmee ook weer niet gezegd dat een technische oplossing die voorwerp van een octrooi(-aanvraag) is geweest, daardoor *per se* als ‘noodzakelijk voor het verkrijgen van een technisch effect’ van auteursrecht is uitgesloten: dat behoeft niet het geval te zijn als die oplossing de toepassing van andere vormgeving ter verkrijging van hetzelfde technisch effect niet te zeer beperkt.

4.23.6. Daar komt bij dat een voortbrengsel waarvan weliswaar niet (in alle opzichten) gezegd kan worden dat het ‘*noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect*’, *daarnaast* vormen kan vertonen die – vanwege technische en functionele uitgangspunten – *gebruikelijk* zijn, en dáárom tot de (auteursrechtvrije) objectieve trekken behoren. Dat kan ook opgaan voor een combinatie van zulke vormen. Anders gezegd: in vele (misschien wel veruit de meeste) gevallen komen de door technische factoren ingegeven vormen reeds niet over de EOK & PS-drempel omdat er sprake is van door de traditie veroorzaakte objectieve trekken. Vaak ook zal de vraag of zij niet of net wel over die drempel komen in het midden kunnen blijven omdat de bestreden vormgeving van de concurrent, gegeven de objectieve trekken, qua totaalindrukken sowieso voldoende afwijkend wordt geacht.

4.24. Tegen de achtergrond van deze schets van het juridisch kader zal ik onder 5.1 e.v. het casatiemiddel bespreken. Ik zal tot verwerping van de klachten concluderen.

4.B. Unierecht

⁵⁷ Dat is gezien de jaartallen van de arresten al onwaarschijnlijk.

4.25. In nr. 4.1.2 heb ik al aangegeven dat de Nederlandse wijze van beoordeling naar nationaal recht in zaken van gestelde auteursrechtinbreuk op werken toepaste kunst m.i. in overeenstemming is met het (Europese) Unierecht.

Ik wil die stelling in de nrs. 4.26.1 - 4.40 onderbouwen.

4.B.a. Uitgangspunten bezien vanuit Unie-regelgeving

4.26.1. Tussen 1991 en de 2001 hebben zeven Europese Richtlijnen het licht gezien, waarin telkens deelgebieden van het auteursrecht geharmoniseerd zijn. Ik geef de volgende korte opsomming⁵⁸:

- (i) Richtlijn Computerprogramma's (91/250/EEG) van 14 mei 1991, Pb. L 122/42;
- (ii) Richtlijn Verhuur- en leenrecht en naburige rechten (92/100/EEG) van 19 november 1992, Pb. L 346/61, in 2006 vervangen door Richtlijn 2006/115 EG, Pb L 376/28 (een 'gecodificeerde versie');
- (iii) Richtlijn Satelliet- en kabeldoorgifte (93/83/EEG) van 27 september 1993, Pb. L 248/15;
- (iv) Richtlijn Duurverlenging (93/98/EEG) van 29 oktober 1993, Pb. L 290/9, in 2006 vervangen door Richtlijn 2006/116 EG, Pb L 372/12 (een 'gecodificeerde versie');
- (v) Databankrichtlijn (96/9/EG) van 11 maart 1996, Pb. L 77/20;
- (vi) 'Auteursrecht-richtlijn' (of 'ARI' of 'Infosoc-richtlijn'), voluit: Richtlijn van het Europese Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (2001/29/EG) van 22 mei 2001, Pb. L 167/10;
- (vii) Volgrecht-richtlijn (2001/84/EG) van 27 september 2001, Pb. L 272/32.⁵⁹

4.26.2. Het is duidelijk dat de Richtlijn Computerprogramma's en de Databank-richtlijn tot specifieke 'werksoorten' beperkt zijn: dat blijkt dat uit (de titel en) de toegespitste omschrijving van het toepassingsgebied van deze richtlijnen.

In de vijf andere genoemde richtlijnen wordt niet gerefereerd aan (auteursrechtelijke bescherming van) toegepaste kunst of tekeningen en modellen, behoudens twee uitzonderingen.

Art. 2 lid 3 van Richtlijn 92/100 (thans art. 3 lid 2 van Richtlijn 2006/115) bepaalt: 'Verhuur- en uitleenrechten met betrekking tot bouwwerken en werken van toegepaste kunst vallen niet onder deze richtlijn.' Ook de Volgrecht-richtlijn is op deze werken niet van toepassing⁶⁰. Ik zie

⁵⁸ Doorgaans met alleen de 'roepnaam'.

⁵⁹ Er kan nog gewezen worden op de (alle IE-rechten, en dus ook het auteursrecht omvattende) Handhavingsrichtlijn (2004/48/EG) van 29 april 2004, Pb. L 157/45.

⁶⁰ In de Volgrecht-richtlijn is de constructie een andere: in art. 2 lid 1 noemt de kunstwerken waarop het volgrecht van toepassing limitatief op (vgl. punt 21 van de considerans). Bouwwerken en werken van toegepaste kunst worden daarbij niet genoemd.

hierin evenwel uitzonderingen die de *regel* bevestigen: toepasselijkheid van de richtlijnen op alle werksoorten, tenzij uitdrukkelijk anders blijkt. Dat brengt m.i. mee dat het *niet noemen* van ‘modellen’ of ‘werken van toegepaste kunst’ in de drie andere richtlijnen (waarvan de ‘Auteursrechtlijn’ wel de belangrijkste mag heten) deze objecten niet aan de werking van die Richtlijnen onttrekt.

4.27.1. Ik wijs vervolgens op een nog niet genoemde richtlijn: Richtlijn 98/71/EG van het Europese Parlement en de Raad van 13 oktober 1998 inzake de rechtsbescherming van modellen, Pb L 289/28 (hierna ook: ‘Modellenrichtlijn’ of ‘ModRI’). Ik citeer punt 8 van de considerans en art. 17⁶¹:

‘8. Overwegende dat het bij het ontbreken van harmonisatie van het auteursrecht van belang is het beginsel vast te leggen van cumulatie van bescherming uit hoofde van specifieke wetgeving voor ingeschreven modellen en van auteursrecht, waarbij de lidstaten vrij blijven om de omvang van de auteursrechtelijke bescherming en de voorwaarden waaronder deze wordt verleend, te bepalen’.

‘Artikel 17. *Verhouding tot het auteursrecht.*

Een model dat overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn in of ten aanzien van een lidstaat is ingeschreven, kan tevens beschermd worden door het auteursrecht van die lidstaat vanaf de datum waarop het model is gecreëerd of in vorm is vastgelegd. Elke lidstaat bepaalt de omvang en de voorwaarden van die bescherming, met inbegrip van het vereiste gehalte aan oorspronkelijkheid.’

4.27.2. Wie uit deze bepalingen zou willen afleiden dat harmonisatie van de auteursrechtelijke beschermingsdrempel en de auteursrechtelijke beschermingsomvang van tekeningen en modellen c.q. toegepaste kunst als door de Richtlijnwetgever geheel *afgewezen* moet gelden, heeft het mis. Die afwijzing geldt slechts voor auteursrechtelijke bescherming die zou cumuleren met bescherming als *ingeschreven model*⁶².

Dit blijkt uit HvJEU 27 januari 2011 (Flos/Semeraro)⁶³. Dat het hof in dit arrest moest stilstaan bij het onderscheid tussen ingeschreven en niet-ingeschreven modellen, had te maken met Italiaanse extra-eisen voor auteursrechtelijke bescherming van ingeschreven modellen en een voorheen zeer beperkte (en door overgangswetgeving nog steeds beperkte) auteursrechtelijke bescherming van niet-ingeschreven modellen. Ik citeer thans uit het arrest:

⁶¹ Hetzelfde staat in punt 33 van de considerans respectievelijk art. 96 lid 2 van de Verordening (EG) nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende gemeenschapsmodellen, Pb 2002, L 3/1, in werking getreden op 6 maart 2002 (de ‘Gemeenschapsmodellenverordening’ of ‘GModVo’).

⁶² Ingeschreven overeenkomstig de GModVo of een (geharmoniseerde) nationale modellenwet resp. (voor de Benelux) het BVIE.

⁶³ C-168/09, LJN BP3418, RvdW 2011, 355.

32 Met betrekking tot de eerste hypothese, dus die waarin de modellen nooit als zodanig zijn ingeschreven, dient te worden vastgesteld dat krachtens artikel 17 van richtlijn 98/71 enkel een model dat overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn in of ten aanzien van een lidstaat is ingeschreven, kan beschermd worden door het auteursrecht van die lidstaat.

33 Daaruit volgt dat de modellen die vóór de datum van inwerkingtreding van de nationale wettelijke regeling tot omzetting van richtlijn 98/71 in de rechtsorde van een lidstaat tot het publiek domein behoorden, niet binnen de werkingsfeer van dat artikel vallen.

34 Toch kan niet worden uitgesloten dat de auteursrechtelijke bescherming van de werken die niet-ingeschreven modellen kunnen vormen, kan voortvloeien uit andere richtlijnen op het gebied van het auteursrecht, met name richtlijn 2001/29, voor zover aan de toepassingsvoorwaarden hiervan is voldaan, hetgeen de verwijzende rechter moet onderzoeken.

35 Met betrekking tot de tweede hypothese, dus die waarin de modellen tot het publiek domein zijn gaan behoren omdat de uit de inschrijving voortvloeiende bescherming vervallen is, zij eraan herinnerd dat de eerste zin van artikel 17 van richtlijn 98/71 bepaalt dat een model dat in of ten aanzien van een lidstaat is ingeschreven, tevens beschermd kan worden door het auteursrecht van die lidstaat vanaf de datum waarop het model is gecreëerd of in vorm is vastgelegd, terwijl de tweede zin van dat artikel de lidstaten toestaat, de omvang en de voorwaarden van die bescherming, met inbegrip van het vereiste gehalte aan oorspronkelijkheid, te bepalen.'

Ergo: de *niet* geharmoniseerde vrijheid voor de lidstaten tot bepaling van 'omvang en de voorwaarden van die bescherming, met inbegrip van het vereiste gehalte aan oorspronkelijkheid' bestaat ten aanzien van cumulerend auteursrecht naast bescherming van het voortbrengsel als *ingeschreven* model (rov. 35). De Modellenrichtlijn 98/71/EG zegt in het geheel niets over auteursrechtelijke bescherming van *niet-ingeschreven* modellen. Voor niet-ingeschreven modellen komt men uit bij de Auteursrecht richtlijn 2001/29 'voor zover aan de toepassingsvoorwaarden hiervan is voldaan' (rov. 32-34).

4.28.1. Op basis van de nrs. 4.26.1 - 4.27.2 moet geconcludeerd worden dat er inderdaad een (door het HvJEU al bevestigde) grondslag is om (ook) werken van toegepaste kunst c.q. (onregistreerde) modellen onderworpen te achten aan het harmoniserend bereik van de Richtlijn 2001/29. Daaraan doet niet af dat deze 'ARI' of 'Infosoc-richtlijn' blijkens haar titel en blijkens de considerans gericht is op de harmonisatie van *bepaalde aspecten van het auteursrecht in de informatiemaatschappij*, en dat je naar tekst en strekking daarbij niet meteen denkt aan modellen of 'toegepaste kunst'. Overigens zij toegegeven dat art. 1 ARI het toepassingsgebied niet beperkt tot 'auteursrecht in de informatiemaatschappij', maar spreekt over auteursrecht 'in het kader de interne markt, met bijzondere klemtoon op de informatiemaatschappij'.

4.28.2. Uit andere betrekkelijk recente arresten van het HvJEU, waarover dadelijk,

is gebleken dat onder dat harmoniseringsbereik van de ARI niet alleen de beschermingsomvang, maar ook de beschermingsvoorwaarden kunnen vallen⁶⁴.

4.B.b. Enige rechtspraak van het HvJEU

4.29. Het HvJEU heeft in prejudiciële procedures enige uitspraken gedaan, waarbij het bereik van in nr. 4.26.1 genoemde deelrichtlijnen, met name de ‘Auteursrechtrichtlijn’ 2001/29 breed wordt geïnterpreteerd.

4.30. Een echo hiervan (niet een echte *klacht*) is in de onderhavige zaak (Stokke c.s./ H3 Products c.s.-)zaak te vinden in de middelonderdelen I.4.b en II.1.d, waar Stokke c.s. refereren aan het *Infopaq*-arrest van HvJEG 16 juli 2009 (C-5/08)⁶⁵. Stokke c.s. doen dat kennelijk omdat zij in dat arrest een (zeer) lage beschermingsdrempel en een desalniettemin (tamelijk) ruime beschermingsomvang onderkennen, hetgeen uiteraard in hun stellingname past.

4.31.1. *Infopaq*. Inzet van de *Infopaq*-zaak was of Deense dagbladuitgevers zich konden verzetten tegen *Infopaq*'s ‘Data capture’-systeem, waarbij – kort gezegd – dagbladartikelen elektronisch worden gescand op zoektermen, en de klanten van *Infopaq* bij de ‘treffers’ de passage waarin de zoekterm voorkomt plus vijf woorden ervoor en vijf woorden erna (totaal 11 woorden) aangeleverd krijgen, inclusief verwijzing naar de bron. De (*m.i. typische* ‘*Infosoc-*’) vraag was of dat inbreuk op auteursrecht opleverde.

4.31.2. Hoewel de ARI niet het werkbegrip, maar wel het reproductierecht harmoniseert, liet het HvJ zich (om overigens alleszins logische redenen) ook over het werkbegrip uit. Dat resulteerde (in rov. 37) in 's Hofs criterium van ‘*materiaal dat oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan*’. Daarop volgde de – in de *Infopaq*-setting relevante – toevoeging:

‘38 Met betrekking tot delen van een werk dient te worden vastgesteld dat uit geen enkele bepaling van richtlijn 2001/29 of van een andere op dit gebied geldende richtlijn blijkt dat deze delen onder een andere regeling vallen dan die welke geldt voor het volledige werk. Bijgevolg worden zij auteursrechtelijk beschermd zodra zij als dusdanig de oorspronkelijkheid van het volledige werk in zich dragen.’⁶⁶

⁶⁴ In het genoemde arrest *Flos/Semeraro* kwamen deze niet aan de orde, omdat dáárover geen vragen waren gesteld. Aan rov. 21 van het arrest valt te ontlenuen dat voor de vraagstellende rechter *gegeven* was dat ‘de lamp *Arco*’ van de eiser aan de voorwaarden voor auteursrechtelijke bescherming voldeed, en evenzo dat het object van de gedaagde zonder meer viel binnen de grenzen van de beschermingsomvang (‘alle stilistische en esthetische kenmerken ervan slaafs nabootste’).

⁶⁵ Jur. 2009, p. I-6569. In Nederland gepubliceerd in AMI 2009, nr. 20, p. 198 m.nt. Koelman, IER 2009, nr. 78, p. 318 m.nt. Grosheide, NJ 2011, 288 m.nt. Hugenholtz onder nr. 289.

⁶⁶ Vgl. ook de uitwerking in rov. 45-48, hieronder aangehaald in nr. 4.38.1.

39 Gelet op de overwegingen in punt 37 van het onderhavige arrest worden de verschillende delen van een werk dus beschermd op grond van artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29 op voorwaarde dat zij bepaalde van de bestanddelen bevatten die de uitdrukking vormen van de eigen intellectuele schepping van de auteur van dit werk.’

4.31.3. In rov. 40 e.v. gaat het vervolgens om de beschermingsomvang. Hier vindt het Hof in de considerans en de structuur van de Auteursrechtlijn 2001/29 redenen om te besluiten tot ‘een ruime definitie’ van de reproductiehandelingen van art. 2. Dit leidt tot de rov. 43-51:

‘43 Bijgevolg komt aan de op grond van artikel 2 van richtlijn 2001/29 verleende bescherming een ruime omvang toe’

met – per saldo – het oordeel in rov. 51⁶⁷:

51 Gelet op een en ander dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat een handeling die onderdeel is van een data-captureprocedé waarbij een uit elf woorden bestaand fragment uit een beschermd werk in een computergeheugen wordt opgeslagen en wordt geprint, kan vallen onder het begrip gedeeltelijke reproductie in de zin van artikel 2 van richtlijn 2001/29 indien – hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan – de aldus weergegeven bestanddelen de uitdrukking zijn van de eigen intellectuele schepping van de auteur ervan.’

4.32. *BSA*. Een volgend arrest van het Hof van Justitie over het werkbegrip is HvJEU 22 december 2010 (C-393/09; *BSA*)⁶⁸. Aan de orde was de vraag of de grafische gebruikersinterface van een computerprogramma valt onder het regime van Richtlijn Computerprogramma’s (91/250/EEG), en voor zover dat niet het geval is, niettemin krachtens het ‘gemeenrechtelijk auteursrecht’ van de Auteursrechtlijn 2001/29 beschermd zou kunnen zijn (rov. 44). Na een verwijzing naar het Infopaq-arrest overwoog het Hof:

‘46 Bijgevolg kan de grafische gebruikersinterface als werk auteursrechtelijke bescherming genieten, indien hij een eigen intellectuele schepping van zijn auteur is.

47 Het staat aan de nationale rechter om na te gaan of dit in de voor hem dienende zaak het geval is.

48 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 oorspronkelijkheids criterium vervullen. In dit verband voldoen onderdelen van de grafische gebruikersinterface die louter worden gekenmerkt door hun technische functie, niet aan dit criterium.’

⁶⁷ In nr. 4.38.1 zal ik nog ingaan op tussenliggende overwegingen.

⁶⁸ C-393/09, Jur. 2010, p. I-13971. In Nederland gepubliceerd in NJ 2011, 289 m.nt. Hugenholtz, AMI 2011, nr. 6, p. 95 m.nt. Van Rooijen, Computerrecht 2011, nr. 35, p. 74 m.nt. Krikke.

4.33. *Painer*. Nog een arrest van het HvJEU waarin het werkbegrip en ook de beschermingsomvang aan de orde was, is: HvJEU 1 december 2011 (*Painer*)⁶⁹.

Dat het hof in deze zaak oordeelde over het werkbegrip kan overigens niet verrassend heten. Het ging over de bij een *foto* aan te leggen werктоets. Het auteursrecht op (nu juist) foto's was en is (toevallig) geregeld in Richtlijn 93/98 (die hoofdzakelijk gaat over beschermingstermijnen), mét een materieel criterium in art. 6: '*Foto's die oorspronkelijk zijn in de zin dat zij een eigen schepping van de auteur zijn, worden overeenkomstig artikel 1 beschermd. Om te bepalen of de foto's voor bescherming in aanmerking komen, mogen geen andere criteria worden aangelegd [...]*'.

Kort samengevat ging het in de zaak *Painer* om een de publicatie in Oostenrijke en Duitse bladen van foto's van de jarenlang vermiste Natascha K. (School-)fotografe *Painer* had Natascha K. op de lagere school gefotografeerd. De door *Painer* gemaakte foto's werden na Natascha K.'s vermissing (op 10-jarige leeftijd) in 1998 door de autoriteiten gebruikt bij een opsporingsoproep. Nadat Natascha K., inmiddels 17, in 2006 aan haar ontvoerder was ontsnapt en vóór haar eerste verschijning in het openbaar, hebben de door *Painer* gedaagde kranten de oude foto's gepubliceerd, of een montagefoto gepubliceerd aan de hand van die foto's, waarmee de kranten voorzagen in een foto met het vermoedelijke gezicht van Natascha K. (tot haar eerste verschijning in het openbaar).

In de (Oostenrijkse) hoofdprocedure waren onder andere de vragen aan de orde of [i] de door *Painer* gemaakte schoolfoto's wel aan de werктоets voldeden en zo ja [ii] of de montagefoto daarvan een auteursrechtelijk relevante bewerking vormde. Op vragen van het Oberste Gerichtshof oordeelde het Hof van Justitie, mede onder verwijzing naar het *Infopaq*-arrest, en na enige verdere overwegingen (87-98) per saldo:

'99 [...] dat artikel 6 van richtlijn 93/98 aldus moet worden uitgelegd dat een portretfoto [...] in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming mits – hetgeen de nationale rechter in ieder afzonderlijk geval dient na te gaan – een dergelijke foto een intellectuele schepping van de auteur is die de persoonlijkheid van deze laatste weerspiegelt en tot uiting komt door de vrije creatieve keuzen van die auteur bij de totstandkoming van die foto. Wanneer is vastgesteld dat de betrokken portretfoto de hoedanigheid heeft van een werk, geniet dit een bescherming die niet geringer is dan die waarvoor ieder ander werk, een fotografisch werk daaronder begrepen, in aanmerking komt.'

4.34.1. In zijn noot onder de *Infopaq*- en *BSA*-arresten⁷⁰ heeft Hugenholtz een aantal observaties gegeven. Daaruit licht ik in de eerste plaats de volgende: terwijl algemeen werd aangenomen dat het werkbegrip – een kernbegrip in het auteursrecht – zich goeddeels aan harmonisatie had we-

⁶⁹ Zaak C-145-10. In Nederland gepubliceerd in AMI 2012, nr. 6, p. 66 m.nt. Van Eechoud, IER 2012, nr. 16, p. 143 m.nt. SJS en PGFAG, Mediaforum 2012, nr. 8, p. 100 m.nt. Rörsch.

⁷⁰ NJ 2011, 289.

ten te onttrekken, is dat in de besproken arresten een illusie gebleken (zulks tot ‘verbijstering en verontwaardiging’ in buitenlandse door Hugenholtz genoemde literatuur⁷¹).

4.34.2. Van mijn kant gaf ik al aan (nr. 4.27.2) dat dit ook moet gelden voor de beschermingsvoorwaarden en beschermingsomvang van (niet als model ingeschreven) toegepaste kunst. Ook de onderhavige zaak moet dus conform EU-auteursrecht worden berecht, en komt daarmee potentieel in aanmerking voor prejudiciële vragen aan het HvJEU. *Potentieel*: want daarvoor is geen reden indien voldoende duidelijk is dat het Unierecht ten deze geen nadere eisen stelt aan de door de Hoge Raad bewaakte toepassing van het Nederlandse auteursrecht.

4.35.1. Hugenholtz geeft aan dat de gevolgen van de arresten *Infopaq* en *BSA* ingrijpender lijken voor Duitsland en voor het Verenigd Koninkrijk, gewend aan een hogere resp. lagere drempel, dan voor Nederland.

4.35.2. Thans een letterlijk citaat uit Hugenholtz’ noot:

‘Voor Nederland lijken de gevolgen minder ingrijpend te zijn. Weliswaar overheerst ook hier de verbazing⁷², doch algemeen wordt aangenomen dat de materiële consequenties beperkt zullen blijven. Met enige goede wil zou immers kunnen worden beweerd dat de door Hoge Raad geformuleerde werktoets (het werk moet een eigen oorspronkelijk karakter en het persoonlijk stempel van de maker hebben) grosso modo op hetzelfde neerkomt als de communautaire maatstaf van ‘eigen intellectuele schepping’⁷³.

4.36. Ik sluit mij bij Hugenholtz’ commentaar aan, en leg daar nog een accent bovenop. ‘Goede wil’ (van Hugenholtz, of van wie dan ook) is nooit weg, maar het Unierechtelijke criterium is of er redelijke twijfel over kan bestaan dat de EOK & PS-toets van de Hoge Raad inderdaad conform is aan de door het HvJEU aan de dag gelegde toets. Ik meen – zeker na het arrest *Erven Endstra/Nieuw Amsterdam c.s.*⁷⁴ – dat er voor redelijke twijfel geen plaats is.

In dit verband geef ik nog enkele nadere observaties bij de arresten *Infopaq*, *BSA* en *Painer*.

4.36.1. Eerst op het punt van de *werktoets*, die in HvJEU-termen (*Painer*) luidt: ‘*een intellectuele schepping van de auteur die de persoonlijkheid van deze laatste weerspiegelt en tot uiting komt door de vrije creatieve keuzen van die auteur*’.

In het oog moet worden gehouden dat het HvJEU als rechter op cassatieniveau natuurlijk niét een feitelijk oordeel gegeven heeft over de voldoening aan dat criterium van de concrete Deense

⁷¹ Waaraan uiteraard ontelbare commentaren (vermeerderd na het *Painer*-arrest), al dan niet op internet, zouden kunnen worden toegevoegd.

⁷² Voetnoot van Hugenholtz: F.W. Grosheide, IER 2009/6, p. 78 e.v. Meer begrip voor de opvatting van het Hof toont Speyart, ‘*Infopaq: het werkbegrip geharmoniseerd?*’, NTER 2009/10, p. 335-342.

⁷³ Hugenholtz verwijst naar: D.J.G. Visser, ‘*Endstra ingehaald door Infopaq*’, B9 8122.

⁷⁴ Zie hierboven nr. 4.6.4. In deze zin ook Speyart, a.w. (voetnoot 72).

dagbladberichten, of de 11-woorden-citaten daaruit (Infopaq), noch over een concrete grafische gebruikersinterface van een computerprogramma (BSA), noch over een concrete Natascha-foto (Painer).

Waar het in de drie zaken om ging, was dat het HvJEU geconfronteerd werd met eventuele *categorische* uitsluitingen in de nationale wet of rechtspraak van dagbladberichten, of de 11-woorden-citaten daaruit (Infopaq), of van grafische gebruikersinterfaces van computerprogramma's (BSA) of van portretfoto's (Painer).

Zulke *categorische* uitsluitingen zijn door het HvJEU van de hand gewezen (net zoals de Hoge Raad die op basis van nationaal auteursrecht van de hand gewezen zou hebben).

4.36.2. Daarmee heeft het HvJEU (uiteraard) niet gezegd dat *ieder* dagbladbericht, of de 11-woorden-citaten daaruit (Infopaq), of iedere grafische gebruikersinterface (BSA), of iedere portretfoto (Painer) aan de werktoets voldoet (net zomin als de Hoge Raad dat op basis van nationaal auteursrecht zou hebben gedaan).

4.37. Ik citeer hiertoe (ten overvloede) nog enige overwegingen uit de drie arresten, met mijnerzijds aangebrachte cursiveringen.

4.37.1. Uit *Infopaq*:

39 [...] worden de verschillende delen van een werk dus beschermd op grond van artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29 *op voorwaarde dat* zij bepaalde van de bestanddelen bevatten die de uitdrukking vormen van de eigen intellectuele schepping van de auteur van dit werk.'

4.37.2. Uit *BSA*:

'46 Bijgevolg *kan* de grafische gebruikersinterface als werk auteursrechtelijke bescherming genieten, *indien* hij een eigen intellectuele schepping van zijn auteur is.'

Het HvJEU geeft hierbij aan de nationale rechter *caveat*'s mee:

'48 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, *ten-einde vast te stellen welke daarvan het oorspronkelijkheids criterium vervullen*. In dit verband voldoen onderdelen van de grafische gebruikersinterface die louter worden gekenmerkt door hun *technische functie, niet aan dit criterium.*'

4.37. 3. Uit *Painer*:

'90 Met betrekking tot een portretfoto moet worden opgemerkt dat de auteur bij het maken daarvan op verschillende manieren en op verschillende momenten zijn vrije en creatieve keuzes *zal kunnen* maken.

91 In de voorbereidende fase kan de auteur de inscenering, de pose van de te fotograferen persoon of de belichting kiezen. Bij het nemen van de portretfoto kan hij de camera-instelling, de in-

valshoek of de gecreëerde sfeer kiezen. Bij het ontwikkelen van het cliché tot slot kan de auteur kiezen tussen diverse technieken, of in voorkomend geval software gebruiken.

92 Met die diverse keuzes is de auteur van een foto dus *in staat*, zijn werk een „persoonlijke noot” te geven.

93 In het geval van een portretfoto is de vrijheid waarover de auteur beschikt om zijn creatieve bekwaamheden uit te oefenen dan ook niet *noodzakelijkerwijs* beperkt of zelfs nihil.

94 Gelet op het voorgaande moet dus worden geconstateerd dat een portretfoto krachtens artikel 6 van richtlijn 93/98 auteursrechtelijke bescherming *kan* genieten *mits* – hetgeen de nationale rechter *in ieder afzonderlijk geval dient na te gaan* – een dergelijke foto een intellectuele schepping van de auteur is die de persoonlijkheid van deze laatste weerspiegelt en tot uiting komt door de vrije creatieve keuzen van die auteur bij de totstandkoming van die foto.’

4.38. Vervolgens geef ik nog enkele nadere observaties bij de drie arresten Infopaq, BSA en Painer op het punt van de *beschermingsomvang*. Ik onderken dat het Hof in Infopaq en Painer met zo veel woorden spreekt over een ‘*ruime*’ (beschermings-)omvang (op basis van art. 2 van Richtlijn 2001/29). Maar valt over de vraag h^oe ruim dat is, uit de arresten nog iets te leren? Ook hiertoe sta ik nader stil bij de arresten, met mijnerzijds aangebrachte cursiveringen.

4.38.1. Uit *Infopaq*:

‘44 Met betrekking tot persartikelen schuilt de eigen intellectuele schepping van de auteur ervan, waarvan sprake in punt 37 van het onderhavige arrest, in de regel in de vorm, de presentatie van het onderwerp en het taalgebruik. [...]

45 Met betrekking tot de beschermdde bestanddelen van dergelijke werken zij opgemerkt dat deze bestaan uit woorden die, afzonderlijk beschouwd, als dusdanig geen intellectuele schepping van de auteur die ze gebruikt, vormen. Enkel via *de keuze, de schikking en de combinatie van deze woorden op een oorspronkelijke wijze* kan de auteur uitdrukking aan zijn creatieve geest geven en tot een resultaat komen dat een intellectuele schepping vormt.

46 De woorden als dusdanig vormen dus geen bestanddelen die worden beschermd.

47 Gelet op de eis van een *ruime* uitlegging van de omvang van de door artikel 2 van richtlijn 2001/29 verleende bescherming *kan niet worden uitgesloten* dat bepaalde afzonderlijke zinnen, of zelfs zinsneden van de betrokken tekst, de oorspronkelijkheid van een publicatie zoals een persartikel aan de lezer kunnen overdragen via het overbrengen van een bestanddeel dat in se de uitdrukking vormt van de eigen intellectuele schepping van de auteur van dit artikel. Dergelijke zinnen of zinsneden *kunnen* dus in aanmerking komen voor de op grond van artikel 2, sub a, van deze richtlijn geboden bescherming.

48 Gelet op deze overwegingen *kan* de weergave van een fragment uit een beschermd werk dat – zoals in het hoofdgeding – bestaat uit elf opeenvolgende woorden ervan, een gedeeltelijke reproductie in de zin van artikel 2 van richtlijn 2001/29 vormen *indien – hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan* – een dergelijk fragment een bestanddeel van het werk omvat dat *als dusdanig uitdrukking geeft* aan de eigen intellectuele schepping van de auteur.’

Hoewel ik onderken dat het HvJEU woordelijk spreekt over een ruime (beschermings-) omvang (op basis van art. 2 van richtlijn 2001/29), blijkt uit de hierboven geciteerde rov. dat die 'ruimheid' zo ver gaat dat het Hof *niet kan uitsluiten* (rov. 47) dat 11 overgenomen woorden uit een persartikel 'de oorspronkelijkheid [...] kunnen overdragen', *indien* een dergelijk fragment een bestanddeel van het werk omvat dat als dusdanig uitdrukking geeft aan de eigen intellectuele schepping van de auteur, *hetgeen de feitenrechter dient na te gaan* (rov. 47-48).

Niet ruimer dan dat. *Au fond* niét zo ruim dus.

En ik voeg hieraan toe dat – niettegenstaande andere terminologie – ik hierin wezenlijk niets anders kan lezen dan een bescherming die zich uitstrekt tot, maar ook niet verder gaat dan, overneming van wat in Hoge Raad-terminologie heet 'auteursrechtelijk beschermde trekken'. Ik zie dus niet in dat de criteria zoals die in Nederland door de Hoge Raad zijn ontwikkeld, van het Europese Infopaq-arrest zouden afwijken.

4.38.2. Wat *BSA* betreft: in dat arrest spreekt het HvJEU niet over ruime beschermingsomvang. Ik wijs intussen nogmaals op de in nr. 4.37.2 aangehaalde rov. 48. Hetgeen het HvJEU daar in verband met de werktoets overwogen heeft, kan m.i. niet anders dan 'doorwerken' in gevallen waarin (aspecten van) een gebruikersinterface enerzijds 'net' de toets doorstaa(t)(n), maar anderzijds beoordeeld moet worden of een beweerdelijk inbreukmakende gebruikersinterface inderdaad onder de beschermingsomvang valt.

4.38.3. Dan de beschermingsomvang in *Painer* (cursiveringen toegevoegd door mij, A-G):

'95 Wat in de tweede plaats de vraag betreft of die bescherming geringer is dan de bescherming die andere werken, met name andere fotografische werken, genieten, moet meteen al worden opgemerkt dat de auteur van een beschermd werk aan artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29 vooral het uitsluitende recht ontleent om de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.

96 *Dienaangaande heeft het Hof geoordeeld dat aan de op grond van artikel 2 van richtlijn 2001/29 verleende bescherming een ruime omvang moet toekomen (zie arrest Infopaq Internationaal, reeds aangehaald, punt 43).*

97 Bovendien moet worden vastgesteld dat niets in richtlijn 2001/29 of in een andere op het betrokken gebied toepasselijke richtlijn de conclusie wettigt dat de omvang van een dergelijke bescherming zou worden bepaald door eventuele verschillen in de mogelijkheden van artistieke schepping bij de totstandbrenging van diverse *categorieën* werken.

98 In het geval van een portretfoto kan de door artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29 verleende bescherming dan ook *niet geringer* zijn dan de bescherming die *andere* werken, andere fotografische werken daaronder begrepen, genieten.

99 Gelet op het voorgaande moet op de vierde vraag worden geantwoord dat artikel 6 van richtlijn 93/98 aldus moet worden uitgelegd dat een portretfoto krachtens die bepaling in aanmerking

komt voor auteursrechtelijke bescherming mits – hetgeen de nationale rechter in ieder afzonderlijk geval dient na te gaan – een dergelijke foto een intellectuele schepping van de auteur is die de persoonlijkheid van deze laatste weerspiegelt *en tot uiting komt door de vrije creatieve keuzen van die auteur bij de totstandkoming van die foto. Wanneer is vastgesteld dat de betrokken portretfoto de hoedanigheid heeft van een werk, geniet dit een bescherming die niet geringer is dan die waarvoor ieder ander werk, een fotografisch werk daaronder begrepen, in aanmerking komt.*'

Ik teken aan dat het Hof onder verwijzing naar *Infopaq* wederom spreekt over een 'ruime beschermingsomvang' (rov. 96), maar dat de *mate van* dat 'ruime', wederom uit de verdere overwegingen van het arrest moet worden afgeleid. In rov. 97 wijst het hof een *categorische, geringere* bescherming voor bepaalde soorten van werken af, in rov. 98 herhaald en toegespitst op portretfoto's. In rov. 99 herhaalt het hof voorwaarden van de door de feitenrechter uit te voeren werktoets. Slaagt het object (de portretfoto) daarvoor, dán geniet het 'een bescherming die niet geringer is dan die waarvoor ieder ander werk, een fotografisch werk daaronder begrepen, in aanmerking komt.' Ik lees (ook hier) niets over een 'ruime' bescherming. Ik noteer nog dat het hof geen nadere uitspraak doet over de omvang van de 'bescherming [...] waarvoor ieder ander werk [...] in aanmerking komt'.

Kortom: ik zie niet in dat de criteria zoals die in door de Hoge Raad op basis van nationaal auteursrecht zijn ontwikkeld, zouden afwijken van de criteria van het Painer-arrest.

4.38.4. Dat de Hoge Raad voor 'toegepaste kunst' ofwel 'tekeningen en modellen' geen zwaardere auteursrechtelijke toets (geen 'extra kunst-eis' of eis van 'duidelijke kunstzinnigheid') hanteert, werd al beslist in de Screenoprints-jurisprudentie⁷⁵.

4.39.1. Beschermingzoekenden kunnen (in grensgevallen) al gauw in euforie geraken door het gegeven dat het HvJ niet heeft uitgesloten dat reeds een passage van 11 woorden in een dagbladartikel aan het werkarakter *kan* voldoen. Maar het Hof heeft niet beslist dát zo'n passage daaraan voldoet: dat is te beoordeling van de nationale (feiten-)rechter. Gelijke opmerkingen zijn te maken over de 's hofs – naar de feitenrechter verwijzende – overwegingen over grafische gebruikersinterface (BSA-arrest, met een niet te miskennen 'waarschuwing' in rov. 48) en over een portretfoto van een kind in zijn of haar lagere-schoolomgeving (Painer-arrest, met zo'n 'waarschuwing' in rov. 93).

4.39.2. In de genoemde *Infopaq*- en *Painer*-zaken was een mechanische c.q. elektronische reproductie van het voortbrengsel (tekst, foto) van de eiser *in confesso*. Onder die omstandigheden kan het niet verbazen dat het Hof van Justitie, *aangenomen* dat het voortbrengsel aan de werktoets voldoet, een (in beginsel) verboden verveelvoudiging aanneemt.

⁷⁵ Zie hierboven nrs. 4.7.2 en 4.8.1.

Over beschermingsomvang in gevallen van beweerde ‘namaak’ of ‘plagiaat’ die los staan van mechanische overneming, is jurisprudentie van het HvJEU nog niet voorhanden, met name ook niet over het gewicht in dat verband van de verhouding tussen objectieve en subjectieve trekken (zie hiervoor nrs. 4.9.1 - 4.11.2). Dát het Hof van Justitie voor dit (in de Richtlijnen over auteursrecht (juist) nog niet geadresseerde, maar in de EU alom bekende probleem) oog zal hebben, laat zich overigens afleiden uit de meergenoemde rov. 48 van het BSA-arrest.

4.40. Per saldo zie ik noch in het door Stokke c.s. aangeraakte *Infopaq*-arrest, noch in de daarop gevolgde arresten *BSA* en *Painer*, aanleiding om te concluderen tot door de Hoge Raad aan het HvJEU te stellen prejudiciële vragen.

5. Bespreking van het cassatiemiddel

Algemeen

5.1. Het middel is gericht tegen de rov. 3.4.2, 3.4.3, 3.5.1 t/m 3.5.4 en 3.6 van ’s hofs arrest. Het is opgebouwd uit de onderdelen I tot en met III.

5.2. Aan de nogal obligate openingszin van 4.1 voeg ik het volgende toe. De bestreden zeven (deel-)rov. beslaan in het arrest 4 bladzijden in een relatief groot lettertype. De hiertegen gerichte (deel-)klachten zijn er minstens 42 (met tal van subsidiaire varianten en tal van kruisverwijzingen), en beslaan in de cassatiedagvaarding circa 21 bladzijden in een relatief klein lettertype.⁷⁶

5.3. Zo’n verhouding gaat wel eens ten koste van de van (goede) cassatieklachten te verlangen precisie, en m.i. zo ook hier. Het heeft er niet alleen de schijn van, maar het blijkt ook bij bestudering van het cassatiedossier, dat Stokke c.s. (in een zaak waarin de waardering van de mate van eigen persoonlijk karakter van het werk aan eisende zijde en van de mate van nieuwheid en oorspronkelijkheid van het beweerdelijk inbreukmakende werk ‘veelal van feitelijke aard [zal] zijn en zich aan een beoordeling in cassatie onttrekken’⁷⁷) in wezen – in de vorm van rechts- en motiveringsklachten – een hernieuwde beoordeling van hun stellingen vragen. Zulk een beoordeling gaat evenwel de taak van de cassatierechter te buiten.⁷⁸ Rechtsvragen die in het belang van de

⁷⁶ Kwantitatief opvallende gegevens zijn voorts: (na een cassatiepleitnota van 21 blz.) een s.t. zijdens Stokke c.s. van 106 blz., excl. 85 blz. bijlagen; een repliek zijdens Stokke c.s. van 10 blz.

⁷⁷ Arrest Heertje/Hollebrand (1979).

⁷⁸ Vgl. bijv. rov. 3.4 van HR 25 november 2005, LJN AT8782, NJ 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting).

rechtseenheid of de rechtsontwikkeling beantwoording behoeven (in de zin van art. 81 RO) heb ik niet aangetroffen (vgl. ook mijn inleidende opmerking onder 1.2).

5.4. In het licht van het onder 5.3 gezegde, zal ik op de klachten merendeels een (althans voor mijn doen) ‘verkorte behandeling’ toepassen. Ik zal daarbij natuurlijk vaak terugvallen op de bovenstaande – niet zo korte – inleidende beschouwingen.

Middelonderdeel I

5.5. Onderdeel I is in het bijzonder gericht tegen de rov. 3.4.2 en 3.4.3. De eerste en naar het voorkomt meest verstrekkende rechtsklacht, onder I.1.a en I.1.b, is dat het hof voor werken in de zin van art. 10 lid 1 onder 11° Aw een beperkter beschermingsregime, althans een hogere beschermingsdrempel (en/of een beperktere beschermingsduur⁷⁹) zou hanteren dan geldt voor de andere categorieën van werken. Onderdeel I.1.a wil dit afleiden uit de passage in rov. 3.4.3 ‘dat het hier in de eerste plaats gaat om een gebruiksvoorwerp en dat het auteursrecht geen grondslag biedt om derden (tot in lengte van jaren) af te houden van de toepassing van de (combinatie van) elementen, waaraan de stoel zijn bruikbaarheid en nut ontleent’.

5.6. De klacht faalt wegens verkeerde lezing en mist dus feitelijke grondslag. Het hof verwijst naar ‘een gebruiksvoorwerp’. Dat impliceert de aanwezigheid van objectieve trekken (in Hoge Raad-termen ook wel: elementen die onvoldoende zijn terug te voeren op creatieve keuzes van de maker). Dat zulke objectieve trekken afdoen aan beschermbaarheid althans beschermingsomvang is vaste rechtspraak, zoals uiteengezet in nrs. 4.9.1 e.v.

Wat het hof t.a.p. overweegt, heeft, anders dan de klacht veronderstelt, niet te maken met een speciaal regime voor de werkcategorie van art. 10 lid 1 Aw *vanwege* het formele 11° vakje aldaar, maar met de inhoudelijke kant van de betrokken werksoort of subsoort: de *aard* van het werk naar de regel van het arrest Heertje/Hollebrand. Bij sommige werksoorten (muziekwerken, gedichten) doen ‘objectieve trekken’ zich in (veel) geringer mate voor dan bij andere, zoals bij bepaalde soorten boeken (bijv. leerboeken, reisgidsen, kookboeken). Bij art. 10 lid 1 sub 11° doet zich het gegeven voor dat *toegepaste* kunst de aanwezigheid van (meer of minder) objectieve trekken *impliceert*⁸⁰ (evenals trouwens het geval is bij bouwwerken (art. 10 lid 1 sub 6°) en bij aardrijkskundige kaarten (art. 10 lid 1 sub 7°)).

Voor zover onderdeel I.1.b klaagt dat volgens het hof de (combinatie van) elementen met een gebruiksfunctie buiten de auteursrechtelijke bescherming(somvang) moeten worden gelaten, be-

⁷⁹ Daar gaat onderdeel I.1.d nader op in; zie hierna nr. 5.8.

⁸⁰ Vgl. de juiste observatie in het cassatiemiddel zelf, onder I.1.b: ‘Een gebruiksvoorwerp bevat immers per definitie (een combinatie van) elementen, waaraan het zijn bruikbaarheid en nut ontleent’. (Maar het vervolg van die volzin: ‘die volgens het Hof dus (per definitie) buiten de beoordeling moeten worden gelaten’ klopt dus niet.)

rust het eveneens op een verkeerde lezing, omdat het hof zulks niet heeft overwogen. Het hof doelt klaarblijkelijk op (een combinatie van) elementen, waaraan het object (de stoel) in zodanige mate zijn bruikbaarheid en nut ontleent, dat 'van elementen die (in relevante mate) een uitdrukking zijn van de eigen intellectuele schepping van de maker' geen sprake is (vgl. 's hofs rov. 3.5.4; naar blijken zal eveneens vergeefs aangevochten). Met andere woorden: (ook in combinatie) te zeer 'objectieve trekken' (vgl. nrs. 4.9.1 - 4.11.2).

Voor zover onderdeel I.1.b betoogt dat het hof het 'noodzakelijkheid'-criterium (van HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585, Kecofa/Lancôme en Benelux-Gerechtshof 22 mei 1987, NJ 1987, 881, Screenoprints) zou hebben miskend, faalt het op de gronden als aangegeven onder 4.23.1 - 4.23.6.

5.7. Aan het vorenstaande kan onderdeel I.1.c niet afdoen. De hierboven aangegeven, (wél) voor juist te houden lezing van de rov. 4.3.2 en 4.3.3 laat zich niet ontcrachten door de beweerde omstandigheid dat het hof zich zou hebben beperkt tot het in het algemeen benoemen van de functie van bepaalde elementen van het gebruiksvoorwerp en zou hebben nagelaten zich een oordeel te vormen over het oorspronkelijke karakter van de specifieke vormgeving van deze elementen en het effect daarvan op het totaalbeeld van het Tripp Trapp ontwerp. Die beweringen miskennen de inhoudelijke beoordeling van het oorspronkelijke karakter daarvan verderop in het arrest (met name rov. 3.5.2) en berusten dus op hun beurt op een onjuiste, want te beperkte lezing van het arrest.

In onderdeel I.1.c nog aangeduide bezwaren tegen overwegingen in het arrest in verband met de 'Scandinavische stijl' resp. 'de octrooiaanvraag' lenen zich voor bespreking bij meer uitgewerkte klachten daarover (I.4.d resp. I.9).

5.8. Voor zover onderdeel I.1.d de aan het hof verweten onjuiste rechtsopvatting wil baseren op een volgens het hof te lange beschermingsduur van auteursrecht voor objecten in de zin van art. 10 lid 1 sub 11° ('tot in lengte van jaren', waarmee het hof kennelijk het oog heeft op de termijn van 70 jaar na de dood van de maker), berust het ook op een verkeerde lezing. Hier is klaarblijkelijk sprake van een kort verwoorde, maar overigens juiste reflectie van de algemeen aanvaarde opvatting dat de Aw (zonder formaliteiten, zonder kosten, en bovendien voor zoveel langere duur) niet een 'eenvoudige' vervanger voor octrooibeschermtng behoort te zijn, zodat rechtsvorming in het auteursrecht (ook daarom), minst genomen bij wege van gezichtspunt, acht moet slaan op aspecten die bij sollicitatie naar octrooieerbaarheid (vanwege praktisch/ technisch voordeel) nooit voor meer dan 20-jarige bescherming in aanmerking zouden kunnen komen.

5.9. Onderdeel I.2.a klaagt dat 's hofs ontkennde beantwoording in rov. 3.4.3 van de vraag of de Tripp Trapp een ruime auteursrechtelijke bescherming toekomt evenzeer blijkt van een on-

juiste rechtsopvatting. Het hof zou niet geoordeeld hebben aan de hand van het EOK & PS-criterium.

Voor zover het onderdeel met het woord 'evenzeer' doelt op een herhaling van de eerdere klachten, deelt het het lot daarvan.

Het onderdeel geeft overigens niet aan wat het bedoelt met een 'ruime auteursrechtelijke bescherming'. Zie voor bezwaren tegen dit – m.i. niet bestaande auteursrechtelijke – criterium nrs. 4.15.1 - 4.15.4.

Het hof geeft wél aan wat het daarmee bedoelt, namelijk: 'een (zeer) ruime auteursrechtelijke bescherming van de Tripp Trapp [...], die ook stijlelementen en keuzes omvat die in belangrijke mate door techniek en bruikbaarheid zijn ingegeven'. Met de verwijzing daarnaar heeft het hof klaarblijkelijk het oog op criteria overeenkomstig het EOK & PS-criterium, zodat de klacht (ook de deelklacht in fine dat het hof zich geen (kenbaar) oordeel zou hebben gevormd over de vraag waaruit het EOK & PS bij het te beoordelen werk bestaat) feitelijke grondslag mist.

5.10. Volgens onderdeel I.2.b zou 's hofs oordeel te zeer een beperking van de auteursrechtelijke bescherming van de Tripp Trapp inhouden en daarbij getuigen van innerlijke tegenstrijdigheid, nu het hof zelf in rov. 3.3 (onbetwist in cassatie) heeft vastgesteld dat de Tripp Trapp een baanbrekend ontwerp is en in rov. 3.4.2 dat het succes van de Tripp Trapp (mede) is gelegen in de onderscheidende vormgeving. Volgens de klacht past daarbij een ruime beschermingsomvang.

Wat de klacht over (niet) 'ruime beschermingsomvang' betreft, verwijs ik naar nr. 5.9.

Voor zover onderdeel I.2.b verder nog bespreking behoeft, merk ik op dat de daarin bedoelde tegenstrijdigheid niet valt in te zien. Iets wat kan gelden als een baanbrekend ontwerp, al dan niet met onderscheidende vormgeving, maakt daarmee nog niet per se aanspraak op auteursrechtelijke bescherming, laat staan – in het licht van technische voordelen – op een zgn. ruime beschermingsomvang. Vgl. nrs. 4.23.1-4.23.6.

5.11. De klacht van onderdeel I.2.c over beweerde afwijking van een 'vaste lijn' in andere jurisprudentie van feitenrechters omtrent 'een revolutionair ontwerp' e.d., leent zich voor verkorte behandeling:

- geen rechtsregel dwingt een feitenrechter ertoe het oordeel van andere feitenrechters te volgen, of uit te leggen waarom hij dat niet volgt;
- zoals zojuist aangegeven, heeft (ook) het Amsterdamse hof gesproken van een 'baanbrekend ontwerp', maar dat leidt nog niet tot een 'ruime beschermingsomvang' (nu daargelaten wat daaronder zou moeten worden verstaan);
- het onderdeel geeft niet aan – met citaten of voldoende gespecificeerde verwijzingen – dát en wáár de vermelde instanties *inderdaad* gerept hebben van een 'ruime beschermingsomvang' (laat staan: in welke min of meer ruime zin).

5.12. Ook onderdeel I.3 leent zich voor verkorte behandeling:

- het gaat uit van een (opzichtig) onjuiste lezing/citering, door in de aanhef het hof in de mond te leggen de woorden 'met name' terwijl in rov. 3.4.2 staat: 'met name ook';
- daarmee valt de bodem onder de klacht weg;
- de s.t. namens H3 Products c.s. (nr. 4.22) laat voorbeelden zien van wat Stokke c.s. ten deze gesteld hebben en waarop het hof zijn oordeel ten deze kon baseren.

5.13. Onderdeel I.4 leent zich eveneens voor verkorte behandeling.

Subonderdeel I.4.a:

- de klacht over miskenning door het hof van het 'noodzakelijk'-criterium (van HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585, Kecofa/Lancôme en Benelux-Gerechtshof 22 mei 1987, NJ 1987, 881, Screenoprints), faalt op de gronden als aangegeven onder 4.23.1 - 4.23.6;
- de stelling dat de vorm van de Tripp Trapp niet *te zeer* het resultaat zou zijn van een door technische uitgangspunten beperkte keuze (onder verwijzing naar HR 27 januari 1995, NJ 1997, 273, Dreentegel), miskent dat 's hofs oordeel in andere zin bij uitstek een feitelijk oordeel is;
- daaraan doet niet af dat een andere feitenrechter daarover anders heeft geoordeeld;
- het hof behoefde niet te motiveren waarom hij daarover anders dacht.

Subonderdeel I.4.b:

- dat het hof uit het oog verloren zou hebben dat de omstandigheid dat zuiver functionele en technische kenmerken of stijl op zichzelf onbeschermbaar zijn, nog niet wil zeggen dat die elementen niet kunnen *bijdragen* aan het EOK van een werk en dus ook relevant kunnen zijn voor het beoordelen van de beschermingsomvang, blijkt niet. De *mate waarin* zulks het geval is, betreft bij uitstek een feitelijk oordeel.

Subonderdeel I.4.c:

- de klacht over hetgeen het hof in rov. 3.4.3 heeft overwogen over kleuren, en over sterkte, flexibiliteit, gebruiksgemak en stevigheid bij de keuze van het materiaal, berust op verkeerde lezing. Het hof heeft de keuze daarvan niet gerelateerd aan 'in overwegende mate technisch en functioneel bepaalde kenmerken', maar aan elementen die in het algemeen (of: overigens) 'onvoldoende zijn terug te voeren op creatieve keuzes van de maker' (anders gezegd: *anderszins* objectieve trekken).

Subonderdeel I.4.d:

- ook de klacht over hetgeen het hof in rov. 3.4.3 heeft overwogen in verband met de Scandinavische stijl berust op verkeerde lezing. Het hof heeft niet miskend dat binnen een stijl, bijv. de Scandinavische stijl, nadere (auteursrechtelijk beschermbare) vormgeving mogelijk is, maar het hof heeft klaarblijkelijk geoordeeld dat de hier bedoelde elementen te zeer zijn terug te voeren

op de Scandinavische stijl (d.w.z. vormgevingserfgoed) om te voldoen aan de EOK & PS-toets. Dit betreft bij uitstek een feitelijk oordeel⁸¹.

Subonderdeel I.4.e:

- voor zover dit onderdeel klaagt over (niet) 'ruime beschermingsomvang' betreft, verwijs ik wederom naar nr. 5.9. Voor het overige bouwt de klacht voorts op de eerdere klachten. Ik merk nog op dat in het door Stokke c.s. aangehaalde arrest HR 29 juni 2001, LJN AB2391, NJ 2001, 602, rov. 3.5.3 (Impag/Milton Bradley; 'Vijf spellen') een (algemeen) oordeel over 'ruime beschermingsomvang' niet te lezen valt;

Subonderdeel I.4.f:

- deze klacht leent zich voor gezamenlijke behandeling met de onderdelen I.6 en I.7: zie aldaar.

5.14. Ook onderdeel I.5 leent zich voor verkorte behandeling:

- het onderdeel komt neer op een herhaling van de eerdere klachten;
- het onderdeel miskent dat aanwezigheid van '(een oneindige hoeveelheid) beschikbare alternatieve vormgevingsmogelijkheden' niet meebrengt dat alle, of diverse combinaties van de in casu (hier: door Opsvik) daaruit gekozen mogelijkheden reeds daarom aan het EOK & PS-criterium voldoen⁸²;
- het onderdeel miskent ook dat de omstandigheid dat verstelbare stoelen een wezenlijk andere vormgeving kunnen hebben, geenszins uitsluit dat de vormgeving van een bepaald type verstelbare stoel niettemin (in tal van opzichten) onvoldoende is terug te voeren op creatieve keuzes van de maker.

5.15. De onderdelen I.6 en I.7 lenen zich, met onderdeel I.4.f, voor gezamenlijke (verkorte) bespreking.

De klachten komen erop neer dat het hof in (rov. 3.4.2 en rov. 3.4.3 van) het arrest zou hebben volstaan met een beoordeling van slechts enkele (losse) elementen en kenmerken van het werk (I.4.f), respectievelijk slechts de stijlelementen en de technische en (in de ogen van het Hof) functioneel bepaalde kenmerken (I.6), en niet het totaalontwerp dat deze opleveren (I.4.f en I.7) in zijn beoordeling zou hebben betrokken.

De klachten missen feitelijke grondslag. Zij miskennen (reeds) dat het hof in rov. 3.5.1 t/m 3.5.4 nadrukkelijk het totaalbeeld van de Tripp Trapp (naast het totaalbeeld van de Carlo) in ogenschouw neemt, waarbij in rov. 3.5.2 nog in het bijzonder ingaat op andere vormgevingsas-

⁸¹ 's Hof's oordeel is klaarblijkelijk de resultante van de beoordeling van het debat over de verhouding van de Tripp Trapp stoel tot de Scandinavische stijl, waaromtrent in onderdeel I.4.d vindplaatsen van de stellingnamen zijdens Stokke c.s. worden vermeld. Het debat werd (mede) gevoerd aan de hand van een zijdens H3 Products c.s. overgelegd rapport van prof. J. Jacobs (prod. 4 bij CvA/CvE in rec.).

⁸² Statistische zeldzaamheid of eenmaligheid is geen maatstaf om tot EOK & PS te concluderen. Vgl. SVV (2005), § 3.12.

pecten van de Tripp Trapp (en de Carlo) dan stijlelementen en technische en functioneel bepaalde kenmerken.⁸³

5.16. Onderdeel I.8 lijkt geheel voort te bouwen op de eerdere onderdelen en moet het lot daarvan delen. Voor zover het nog andere klachten zou willen omvatten, zijn die onvoldoende gespecificeerd (art. 407 lid 2 Rv.).

5.17. Het eveneens voor verkorte bespreking aan aanmerking onderdeel I.9 (met subonderdelen a t/m e) faalt op de gronden, vermeld in nrs. 4.23.1 - 4.23.6.

5.18. Mijn korte bespreking van onderdeel I.10 houdt in:

- dat het onderdeel, voor zover het voortbouwt op de onderdelen I.1 t/m I.8, het lot daarvan deelt,

- de omstandigheid dat de NEN-norm met veiligheidsvoorschriften dateert uit 1997, en het TRIPP TRAPP ontwerp uit 1972, doet er niet aan af dat een met die voorschriften overeenkomend ontwerp op dienovereenkomstige veiligheid is gericht en in zoverre deel uitmaakt van functionele/objectieve trekken. Dat ligt besloten in de verwijzing door het hof in rov. 3.4.2 naar de NEN-EN-norm. Tegen die achtergrond behoeft het hof niet (nader) in te gaan op de door Stokke c.s. in onderdeel I.10 bedoelde stellingname.

Middelonderdeel II

5.19. Middelonderdeel II is in het bijzonder gericht tegen de rov. 3.5.1 t/m 3.5.4.

De meest principiële onderdelen II.1.a en II.1.c klagen over miskenning van het 'totaalindrukken'-criterium zoals, volgens het middelonderdeel, 'geformuleerd' in HR 29 december 1995, NJ 1996, 548 (Decaux/Mediamax). Dat arrest is door mij hierboven al gereleveerd in nr. 4.13.1 e.v.

Volgens onderdeel II.1.a blijkt die miskenning uit de omstandigheid dat het hof uitsluitend, althans in hoofdzaak, acht geslagen heeft op de strakke cursieve *L*-vorm van het frame van de Tripp Trapp stoel.

Volgens onderdeel II.1.c heeft het hof slechts lippendienst aan het 'totaalindrukken'-criterium bewezen, door het weliswaar in rov. 3.5.4 te noemen, maar het niet (althans niet juist) toe te passen. Dit zou blijken uit onder meer de tweede volzin van rov. 3.5.4, waar het hof alleen, althans te zeer, de overname van (losse) elementen van de Tripp Trapp beoordeelt, zonder daarbij een oordeel over de totaalindruk te geven, althans inzicht te geven wat nu die totaalindruk is, hetgeen tevens geldt voor de beoordeling van de Carlo-stoel.

5.20. Bij de beoordeling van deze klachten (en de verdere klachten van middelonderdeel II) is

⁸³ Hiermee faalt, naar blijken zal, ook onderdeel II.2.c.

het dienstig om te bezien wat de Hoge Raad nu *precies* overwoog over het (of: een) ‘totaalindrukken’-criterium. Ik kan daartoe verwijzen naar nr. 4.13.1 e.v. Daar bleek (nu kort samengevat) dat de vergelijking van de *totaalindrukken* bepalend moet zijn, en dat *dus niet* beslissend moet zijn (bijv.): de loutere aanwezigheid van één of meer overeenkomsten naast verschillen, of de loutere aanwezigheid van één of meer verschillen naast overeenkomsten; dat het aankomt op het door de rechter te bepalen *totaalgewicht* van de meer of minder vergaande overeenkomsten en de meer of minder vergaande verschillen; dat de aanwezigheid van één overeenkomst zwaarder gewogen worden dan tien verschillen of de aanwezigheid van één verschil kan zwaarder gewogen worden dan tien overeenkomsten. En dat het daarmee om een hoogst feitelijke beoordeling gaat. Daar kwam nog bij dat (blijkens rov. 3.4 van het arrest Decaux/Mediamax) mode, trend of stijl (ook als die is ingezet door de aanlegger in de procedure) behoort tot de *niet* auteursrechtelijk beschermde (objectieve) trekken.

Na de uiteenzetting in nrs. 4.13.1 - 4.13.8 komen de subonderdelen van onderdeel II m.i. goeddeels voor een verkorte wijze van afdoening in aanmerking.

5.21.1. Ik kan dus kort aangeven waarom de in nr. 5.19 weergegeven subonderdelen II.1.a en II.1.c (reeds) falen: het ‘totaalindrukken’-criterium brengt (anders dan optel- en aftrekwerk) nu juist mee dat verschil ten aanzien van één vormelement of kenmerk kan en mag leiden tot het oordeel dat er sprake is van andere totaalindrukken.

5.21.2. Overigens berusten de onderdelen m.i. ook op verkeerde lezing van rov. 3.5.1 - 3.5.4, nu het hof daar diverse aspecten van de vormgeving van de Tripp Trapp resp. de Carlo bespreekt. Dat het hof de afwijking in de Carlo stoel van de strakke cursieve *L*-vorm van het frame van de Tripp Trapp stoel voor de totaalindrukken bepalend vindt, doet daaraan niet af.

5.22. In het verlengde hiervan behoeft ook onderdeel II.1.d slechts een korte bespreking. Anders dan het onderdeel veronderstelt, verdraagt zich met het ‘totaalindrukken’-criterium zeer wel dat de feitenrechter (objectieve, althans objectievere) kenmerken met een gebruiksbestemming op de achtergrond plaatst en aan een uitgesproken subjectieve trek (hier: de *L*-vorm van het frame) een overheersend ‘totaalindruk’-bepalend karakter toekent. Anders dan het onderdeel suggereert, is dat (juist) niet een *beperking* van de beoordeling *tot* dat element, en is van innerlijke tegenstrijdigheid geen sprake. Dat de feitenrechter de in onderdeel II.1.d bedoelde op zichzelf niet oorspronkelijke, technisch(e) (noodzakelijke) elementen (met een gebruiksbestemming) en/of stijlelementen bij de beoordeling van de totaalindrukken op de achtergrond plaatst is geheel in overeenstemming met rov. 3.4 van het Decaux/Mediamax-arrest, aangehaald in nr. 4.13.4.

5.23. Het nog niet besproken subonderdeel *b* van onderdeel I.2 (over het niet ingaan door het hof op een door Stokke c.s. voorgehouden andersluidend oordeel van een andere feitenrechter) faalt

omdat, als eerder gezegd, geen rechtsregel een feitenrechter ertoe noopt het oordeel van andere feitenrechters te volgen, of uit te leggen waarom hij dat niet volgt.

5.24. Bij onderdeel II.2 kan ook met een verkorte bespreking worden volstaan.

Subonderdelen II.2.a en II.2.d:

- deze falen overeenkomstig hetgeen ik hierboven (met name in nrs. 5.21.1-5.22) heb opgemerkt.

*Subonderdeel II.2.c*⁸⁴:

- dit subonderdeel faalt (reeds) op de gronden als vermeld in nr. 5.15.

5.25. Ook de subonderdelen II.3.a en II.3.b behoeven slechts een verkorte bespreking.

Subonderdeel II.3.a:

- voor zover dit subonderdeel zich beroept op een andersluidend oordeel van een andere feitenrechter, faalt het op de grond als aangegeven in nr. 5.23;

- voor het overige behelst dit subonderdeel slechts een inleiding.

Subonderdeel II.3.b:

- dit subonderdeel berust (in zijn eerste en laatste volzin) op een onjuiste lezing waar het poeneert dat het hof de uiterlijke vormgeving(selementen) waarmee het (open, zwevende) effect wordt bereikt 'buiten de inbreukvraag' zou laten. Het hof heeft in rov. 3.5.4 klaarblijkelijk de desbetreffende vormgeving(selementen) wél meegewogen, maar niet zwaar genoeg bevonden om ze te laten bijdragen aan overeenstemmende totaalindrukken van de Tripp Trapp respectievelijk de Carlo stoel;

- overigens bevat dit subonderdeel – zoals het zelf aangeeft – een herhaling van de klachten in subonderdelen I.4.b, I.4.d en I.4.e, en deelt het in zoverre het lot daarvan.

5.26. Ik sta iets langer stil bij de subonderdelen II.3.c-II.3.e.

Het lijkt mij dienstig om goed voor ogen te hebben wat het hof (kennelijk) bedoelt met een 'open, zwevend karakter' van een stoel als de onderhavige Tripp Trapp of Carlo. Ik heb daarvoor veel meer woorden dan deze kernachtige drie woorden nodig. Maar in het licht van het partijdebat en de daarbij overgelegde illustraties kan hiermee niets anders bedoeld zijn dan: een stoel die niet (achterover) omvalt, niettegenstaande het ontbreken van achterpoten of een andere met het zitvlak verbonden ondersteuning aan de achterkant of in het midden van de stoel. Wat de (noodzakelijke) verbinding tussen de staanders en wat de rugsteun betreft kan daaraan nog worden toegevoegd: niet gesloten, maar daarentegen (zo) weinig (mogelijk) resp. smalle horizontale elementen.

⁸⁴ Een subonderdeel II.2.b ontbreekt.

5.27. Ik bespreek nu de subonderdelen II.3.c-II.3.e in omgekeerde volgorde.

5.28. *Subonderdeel II.3.e* faalt omdat het uitgaat van een onjuiste lezing. Klaarblijkelijk heeft het hof niet het oog gehad op (slechts) een ‘effect’, maar daarentegen op uiterlijke vormgeving waarmee het (‘open, zwevend’) effect bereikt wordt.

5.29.1. *Subonderdeel II.3.d*, dat uitgaat van diezelfde onjuiste lezing, leest daarom – en ook overigens – ten onrechte in rov. 3.5.4 dat het hof bij zijn beoordeling van de totaalindrukken de specifieke vormgevingselementen waarmee het open, zwevend karakter wordt bereikt, buiten beoordeling zou hebben gelaten. Ook hier moet gelden dat het hof aldaar de desbetreffende vormgeving(selementen) wél heeft meegewogen, maar niet zwaar genoeg bevonden om ze te laten bijdragen aan overeenstemmende totaalindrukken van de Tripp Trapp respectievelijk de Carlo.

5.29.2. Daartoe noemt het hof in de tweede volzin van de tweede alinea en in de derde alinea van rov. 3.5.4 een aantal redenen. Hier is klaarblijkelijk dragend voor ’s hofs – bij uitstek feitelijk – oordeel: dat de wijze waarop het open, zwevend karakter/effect bij de twee stoelen wordt bereikt daartoe te veel verschilt (gebruik van één gebogen deel als staander tevens ligger versus gebruik van twee rechte stukken hout die in een scherpe hoek aan elkaar zijn bevestigd).

Dat oordeel is niet onbegrijpelijk, te minder in het licht van de – ook begrijpelijke, niet zelfstandig dragende – *steunargumenten* in rov. 3.5.4, nl. [i] dat de daarmee bereikte eenvoud/ minimalistische uitstraling past in de Scandinavische stijl (dus het Scandinavische vormgevingserfgoed⁸⁵, *A-G*), alsmede [ii] dat het open, zwevend karakter/effect, bereikt door het stabiliseren van het deel van de stoel waaraan het zitvlak (en de voetensteun) is aangebracht door middel van (horizontale) liggers in plaats van door een schoor aan de achterzijde van de stoel, in 1972 niet oorspronkelijk was (waartoe het hof drie voorbeelden noemt).

5.29.3. Voor zover het onder [ii] bedoelde steunargument toch dragend zouden worden geoordeeld, merk ik nog op dat de daarop in het slot van het subonderdeel gerichte pijlen geen doel treffen. Juist nu Stokke c.s. zich kennelijk op het standpunt stellen dat het open, zwevend karakter bij uitstek tot de auteursrechtelijk beschermde trekken van de Tripp Trapp behoort, respectievelijk bij de beoordeling van de totaalindrukken zwaar zou moeten meewegen, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is alleszins begrijpelijk te achten ’s hofs relativering, onder verwijzing naar de voorbeelden uit 1947, 1932 en 1927. Bij hetgeen het hof hieromtrent overweegt heeft hij klaarblijkelijk niet (alleen) het oog op een ‘effect sec’, maar (mede) op de uiterlijke vormgeving waarmee dit effect bereikt wordt (getuige de zinsnede: ‘laatstbedoeld effect,

⁸⁵ Vgl. in dit verband nr. 5.13.

bereikt door het stabiliseren van het deel van de stoel waaraan het zitvlak (en de voetensteun) is aangebracht door middel van (horizontale) liggers in plaats van door een schoor aan de achterzijde van de stoel’).

5.29.4. Dat – zoals het subonderdeel aanvoert – bedoelde stoelen uit 1947, 1932 en 1927 een volstrekt ander totaalbeeld zouden bieden dan de Tripp Trapp stoel, en dat de combinatie van vormgevingselementen waarmee het open, zwevende karakter bij deze stoelen wordt bereikt, ook niet zou zijn terug te vinden in (het totaalbeeld van) de Tripp Trapp (MvA Stokke c.s. nr. 96), doet er niet aan af dat het nog steeds gaat om vormgevingselementen die zorgen voor ‘het stabiliseren van het deel van de stoel waaraan het zitvlak (en de voetensteun) is aangebracht door middel van (horizontale) liggers in plaats van door een schoor aan de achterzijde van de stoel’. En daarmee: dat het gaat om – bekende – vormgevingselementen die het hof zonder schending van een rechtsregel, en niet onbegrijpelijk, mocht laten meewegen bij zijn oordeel over de vraag of, zoals door Stokke c.s. gepretendeerd, het ‘open, zwevend karakter’ van de Tripp Trapp in auteursrechtelijke context al dan niet als in Stokke’s voordeel (mee-)beslissend voor de ‘totaalindrukken’ moest worden beschouwd.

5.30.1. Indien mijn opinie over subonderdeel II.3.d hout snijdt, valt daarmee m.i. ook het doek voor *subonderdeel II.3.c*. Daarin wordt (inderdaad) zwaar getamboereerd op de vormgeving met het open, zwevend karakter van de Tripp Trapp, als medebepalend voor de totaalindruk. In het verlengde daarvan wordt onbegrijpelijk geacht dat het hof daaraan geen betekenis wil toekennen vanwege een (volgens Stokke c.s.) ondergeschikt verschil in de vorm van een deel van de staanders, (ook) omdat dit oordeel niet te rijmen zou zijn met ’s hofs overweging dat de vormgeving van de Carlo net als die van de Tripp Trapp een open, zwevend karakter heeft.

5.30.2. Het in het subonderdeel hiertoe (tussen aanhalingstekens) opgenomen citaat uit rov. 3.5.4: ‘door gebruik van *één* gebogen deel als staander versus gebruik van twee rechte stukken hout die in een scherpe hoek aan elkaar zijn bevestigd’, is niet correct. Het *correcte* citaat had moeten luiden: [door] ‘gebruik van *één* gebogen deel als staander *tevens ligger* versus gebruik van twee rechte stukken hout die in een scherpe hoek aan elkaar zijn bevestigd’ (curs. toegevoegd).

5.30.3. Het subonderdeel klaagt: ‘Deze andere uitvoering van de staanders heeft immers (evident) geen invloed op het totaalbeeld van een open, zwevend karakter’.

Omdat het klaagt op basis van een onjuist citaat uit ’s hofs rov. 3.5.4, mist het feitelijke grondslag. Ik teken aan dat ik het verschil tussen een ‘staander’ en een ‘staander tevens ligger’ niet zo maar als onbetekenend kan afdoen.

5.30.4. Ook als ik hier overheen stap, gaat de klacht niet op. Bij mijn (naar voren gehaalde) bespreking van subonderdeel II.3.d is gebleken dat het hof kon oordelen dat het 'open, zwevend karakter' van de Tripp Trapp als door Stokke c.s. vormgegeven, (nu kort gezegd:) niet de volgens Stokke c.s. aangevoerde eigenschap als (beslist) medebepalend voor de 'totaalindrukken' kon claimen. Dat kan de feitenrechter alleszins aanleiding geven om aan een andere uitvoering van de staanders (*en liggers*) wel degelijk invloed toe te kennen ten aanzien van het totaalbeeld van een 'open, zwevend karakter'. Ook daarop strandt de klacht dus.

Anders dan in dit subonderdeel II.3.c geklaagd wordt, gaf het hof in rov. 3.5.4 ook met feiten en omstandigheden aan *waarom* hij tot dat oordeel kwam, zoals bleek bij de bespreking van subonderdeel II.3.d. De klacht dat het hof 'in zijn arrest geen andere feiten of omstandigheden heeft geleverd' mist dus feitelijke grondslag.

Op een ander (hoger/eenvoudiger) niveau kan (nog eens) gezegd worden dat het subonderdeel faalt omdat het met klachten, die in wezen vragen om een feitelijke herbeoordeling waarvoor in cassatie geen plaats is, opkomt tegen een in hoge mate feitelijk – en niet onbegrijpelijk – oordeel.

5.31. Bij onderdeel II.4 kan ik met een verkorte bespreking volstaan.

Subonderdeel II.4.a:

- de klachten (die in de kern erop neerkomen dat het hof aan de hand van de stellingen van Stokke c.s. het louter licht buigen van een deel van de staanders, evenals de afgeronde vorm van de voorzijde van de plankjes en de afgeronde uiteinden van de staanders/liggers, als ondergeschikt had moeten aanmerken), falen omdat zij zich richten op een bij uitstek feitelijk oordeel, dat – mede in het licht van hetgeen ik over eerder besproken klachten (waarvan het subonderdeel deels een herhaling inhoudt) heb opgemerkt – niet onbegrijpelijk is.

Subonderdeel II.4.b:

- een regel dat de feitenrechter bij de beoordeling van een inbreukvraag meer nadruk zou dienen te leggen op de punten van overeenstemming en niet op de punten van verschil is niet te vinden in HR 29 december 1995, NJ 1996, 546 (Decaux/Mediamax), om niet te zeggen: integendeel (in de zin dat het juist niét aankomt op 'optellen en aftrekken')⁸⁶. Zij ligt evenmin besloten in andere rechtspraak van de Hoge Raad over Nederlands auteursrecht. Voor zover zo'n regel besloten ligt in het door Stokke c.s. aangehaalde arrest HR 16 april 1999 (Bigott/ Doucal)⁸⁷, zij opmerkt dat het daar niet ging om auteursrecht maar om *Arubaans merkenrecht*: zie rov. 3.6-3.7 van dat arrest (een dienovereenkomstige regel in het Europees geharmoniseerde merkenrecht is mij niet bekend);

⁸⁶ Vgl. over dat arrest hierboven de nrs. 4.13.1 - 4.13.5, 4.21.3 en 4.22.

⁸⁷ NJ 1999, 697 m.nt. Hugenholtz, IER 1999, nr. 29, p. 164 m.nt. Grosheide.

- voor het overige komt de inhoud van het subonderdeel neer op een herhaling van eerdere klachten.

Subonderdeel II.4.c:

- ook de inhoud van dit subonderdeel komt goeddeels neer op een herhaling van eerdere klachten. Ik stip bij enkele stellingen in dit subonderdeel nog het volgende aan:

- de stelling dat de vraag of sprake is van inbreuk niet van zuiver feitelijke aard is, en dat er zodanig moet worden gemotiveerd dat na te gaan is of de feitenrechter de auteursrechtelijke regels heeft nageleefd, kan Stokke c.s. niet baten, nu uit mijn voorafgaande beschouwingen blijkt dat dit laatste het geval is;

- van ongerijmdheid van 's hofs oordeel omtrent de andere totaalindruk bleek geen sprake, en zo'n beweerde ongerijmdheid kan zeker niet worden afgeleid uit een beschouwing aan de hand van vier (nieuwe) illustraties in de cassatieschriftuur;

- de klacht dat over een 'doen denken van de Carlo-stoel aan een schommelstoel' niets gesteld is, miskent dat de rechter bij de beoordeling van de inbreukvraag niet gebonden is aan de stellingen van partijen;

- voor het beroep op een uitspraak van een andere feitenrechter (c.q. een administratieve instantie) geldt hetgeen in opgemerkt in nr. 5.23.

Onderdeel III

5.32. *Onderdeel III* keert zich tegen de afwijzing door het hof (in rov. 3.6) van de gestelde inbreuk op morele rechten van Opsvik.

5.33. Voor zover *onderdeel III.1.a* met de klacht dat het hof een verveelvoudiging had moeten aannemen voortbouwt op de daaraan voorafgaande onderdelen I en II, deelt het het lot daarvan.

Het onderdeel klaagt verder dat het hof miskent dat het enkele feit dat geen sprake is van verveelvoudiging in de zin van artikel 13 Aw niet betekent dat geen sprake is van schending van morele rechten. Het voert aan dat uit de tekst van art. 6bis Berner Conventie (BC) blijkt dat het (persoonlijkheids)recht van de auteur om zich te verzetten tegen elke misvorming, verminking of andere wijziging los staat van het vermogensrechtelijke verveelvoudigingsrecht. Volgens het onderdeel hanteert het hof dus een onjuiste maatstaf.

Voor zover het onderdeel hiermee wil betogen dat het hof op basis van een ander criterium dan dat van art. 13 Aw (en de daarop gebaseerde jurisprudentie van de Hoge Raad) tot een 'verveelvoudiging' had moeten concluderen, faalt het, aangezien zo'n ander criterium niet bestaat. Het onderdeel geeft ook niet aan waarin dit zou moeten bestaan.

Voor het overige bestaat bij onderdeel III.1.a, naast onderdeel III.1.b, geen belang.

5.34. *Onderdeel III.1.b* bevat – ten slotte – de motiveringsklacht dat uit het arrest niet blijkt dat het hof heeft onderzocht of sprake is van verminking (c.q. aantasting of misvorming) van het Tripp Trapp ontwerp, waarbij het hof geen acht geslagen heeft op stellingen van Stokke c.s. dat in de Carlo stoel het Tripp Trapp ontwerp te herkennen is, terwijl Opsvik zich verzet tegen de aanpassingen die in de Carlo-stoel zijn doorgevoerd, welke hem nadeel toebrengen.

Het onderdeel faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Niet alleen in 's hof de overweging in rov. 3.6 dat de vormgeving van de Carlo niet als verveelvoudiging van de vormgeving van de Tripp Trapp valt aan te merken, maar ook in het oordeel in de rov. 3.5.2 - 3.5.4, (per saldo) medebrenkend dat 'het totaalbeeld van de Carlo zo zeer af[wijkt] van dat van het (door auteursrechtelijk beschermde trekken bepaalde) totaalbeeld van de Tripp Trapp dat van een relevante overeenstemming geen sprake is' en dat geen sprake is 'van overname van elementen die (in relevante mate) een uitdrukking zijn van de eigen intellectuele schepping van de maker', ligt besloten dat naar het oordeel van het hof in de Carlo niét het Tripp Trapp ontwerp te herkennen is. Daarmee is dus ook gemotiveerd de conclusie van het hof in rov. 3.6 dat de vormgeving van de Carlo niet als wijziging of misvorming (waarin besloten ligt: verminking of andere aantasting) van de Tripp Trapp in de in artikel 25 Aw bedoelde zin valt aan te merken.

Ik teken nog aan dat de door Stokke c.s. ingenomen stellingen waarnaar zij in dit verband verwijzen⁸⁸ niét inhouden dat ook indien een verveelvoudiging (kopie, namaak) in auteursrechtelijke zin niet aanwezig geoordeeld zou worden, toch een inbreuk in de zin van art. 25 Aw zou voorliggen.

M.i. hebben Stokke c.s. een zodanige stelling ook terecht niet betrokken. Het moet niet zo zijn dat iemand die zou navolgen (navolingsvrijheid is een uitgangspunt van het recht) en daarbij naar het oordeel van de rechter voldoende afstand houdt (hier: in auteursrechtelijke zin), juist *bij* of *door* dat houden van afstand 'gestraft' zou worden wegens het beweerdelijk 'wijzigend of verminkend (e.d.) zijn' van die afwijking⁸⁹. Dat zou leiden tot een onwerkbaar situatie, die door de verdragsluitende partijen van de BC en door de wetgever van de Aw niet bedoeld kan zijn.

Ook andere omstandigheden waarmee, ondanks het ontbreken van een verveelvoudiging in auteursrechtelijke zin tóch sprake van aantasting van het ontwerp van de Tripp Trapp sprake zou (kunnen) zijn (waarbij gedacht zou kunnen worden aan bijv. beledigend commentaar van H3 Products c.s. op dat ontwerp) zijn niet gesteld.

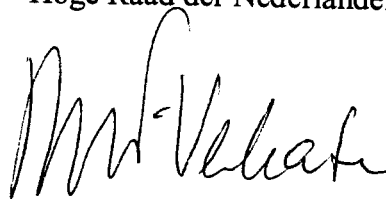
⁸⁸ Inleidende dagvaarding nrs. 28-31, CvR nrs. 87-90, MvA nrs. 193-197.

⁸⁹ Hier valt mij een gezegde in, dat gaat over gebeten worden door katten dan wel honden.

6. Conclusie

Mijn conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De procureur-generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,



A-G i.b.d.