

Een einde aan de Endstra-saga?

Citeersuggestie: F.W. Grosheide, *Een einde aan de Endstra-saga?*, IE-Forum.nl IEF 13188.

1. In zijn recente arrest van 16 juli 2013 heeft het Haagse Hof in - wat ik noem - de Endstra-saga, het eerdere vonnis van 11 mei 2006 van de Amsterdamse Rechtbank bekrachtigd [[IEF 12875](#)]. Dusdoende wordt de vordering van de erven Endstra tot auteursrechtelijke bescherming van Endstra's bijdrage aan de fameuze achterbankgesprekken opnieuw afgewezen. In overweging 5.15 overweegt het Hof daartoe dat de bijdrage van Endstra aan deze achterbankgesprekken geen voortbrengsel is dat zijn persoonlijk stempel draagt, zodat daarop bijgevolg geen auteursrecht rust. Deze uitkomst spoort met het eerdere vonnis van de Amsterdamse Voorzieningenrechter zowel als met het daarop gevolgde arrest van het Amsterdamse Hof. Drie keer nul op het rekest van de erven Endstra dus. Maar - zoals, gelet op de aanwijzingen van de Hoge Raad in zijn casserende arrest, viel te verwachten - wel met een andere motivering dan die welke was gegeven in de voorafgaande uitspraken. Om die Haagse motivering, neergelegd in de overwegingen 5.12-5.13, is het mij in wat volgt te doen.

2. Daartoe citeer ik uitgebreid uit de dragende overweging 5.13:

'Het voortbrengsel waarvoor de erven Endstra auteursrecht inroepen, aldus het Hof, is echter niet gelegen in de transcripties van de achterbankgesprekken, maar in de achterbankgesprekken zelf. Hoewel na opschriftstelling aan de door Endstra uitgesproken teksten niet of nauwelijks een touw is vast te knopen - zie de zojuist weergegeven citaten - waren die teksten voor de CIE-ambtenaren met wie Endstra de gesprekken voerde, kennelijk begrijpelijk genoeg. C...) In zoverre is er dus een verschil tussen de transcripties van de achterbankgesprekken en de achterbankgesprekken zelf. Er is evenwel ook een overeenkomst tussen beide. Omdat de transcripties letterlijke weergaven zijn van de achterbankgesprekken, is de formele opbouw/structuur van die gesprekken volledig uit de transcripties te kennen. Blijkens die transcripties bestaan de door Endstra uitgesproken teksten uit een schier eindeloze reeks onafgemaakte, slecht lopende en ronduit

kromme zinnen (waardoor de transcripties ook zo moeilijk leesbaar zijn). De vormgeving van het voortbrengsel in kwestie wijst er dus geenszins op dat, wat betreft die vormgeving, sprake is van scheppende, creatieve arbeid (zie rov. 5.7)/een intellectuele schepping (zie rov. 5.5 in fine) van Endstra. Integendeel, gezien de banaliteit van die vormgeving kan niet worden aangenomen dat het door Endstra uit gesprokene op creatieve arbeid van enige betekenis berustte. De argumenten ii) en iii) van de erven Endstra kunnen bijgevolg niet als juist worden aanvaard, althans voorzover daarmee wordt gedoeld op de persoonlijk stempel-eis; dat de uitlatingen van Endstra een eigen karakter hebben, staat niet (meer) ter discussie (zie rov. 5.9). Ten aanzien van argument iii) wordt nader overwogen dat het zo nu en dan bezigen van een onalledaagse uitdrukking - zoals de uitdrukking 'ze heeft de zwarte band winkelen hoor, dus eh...' als beschrijving van het koopgedrag van Endstra's vrouw (MnV onder 2.13) - geen auteursrechtelijk beschermd werk kan maken van een verder banaal of triviaal vormgegeven gesprek.'

Het lijkt wel alsof het Hof met deze motivering Dirk Vissers's advies, noot Boek9.nl, 17 juni 2008, [B9 6289](#), heeft willen opvolgen daar waar Visser naar aanleiding van 's Hogen Raads arrest schrijft:

'Het Haagse Hof mag dus beslissen of 'De Endstra Tapes' creatief en dus beschermd, dan wel te banaal of triviaal en dus niet beschermd zijn. Als het Hof zijn feitelijke (lees: eigen normatieve) oordeel vervolgens netjes opschrijft dan is zijn oordeel vervolgens onaantastbaar.'

3. Maar heeft het Hof bij goede lezing van overweging 5.13 zijn feitelijke oordeel wel correct opgeschreven en daarmee cassatie-bestendig gemaakt? Om dit goed te kunnen beoordelen, keer ik eerst terug naar 's Hogen Raads arrest. Daarin wordt in overweging 4.4. voorop gesteld dat naar geldend recht het antwoord op de vraag naar auteursrechtelijke bescherming moet worden getoetst aan het EOK&PS-criterium respectievelijk dit antwoord moet worden afgemeten aan de werktoets. De twee elementen van de werktoets - zo leert de Hoge Raad in overweging 4.5 -

moeten echter van elkaar worden onderscheiden: het EOK-element ziet op ontlening; het PS-element op menselijke creativiteit. Wil auteursrechtelijke bescherming worden toegekend dan dienen beide elementen aanwezig te zijn. Door vast te stellen dat dit bij de achterbankgesprekken niet het geval is, omdat daaraan een persoonlijk stempel ontbreekt, heeft het Amsterdamse Hof het op dat punt in zijn ter cassatie voorgedragen uitspraak volgens de Hoge Raad dan ook goed gedaan. Maar het gaat vervolgens mis bij de invulling die het Hof (in navolging van de Voorzieningenrechter) aan het persoonlijk stempel-element geeft. Dit betreft, aldus de Hoge Raad in overweging 4.5.2, '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.' Met deze grondregel verdraagt zich niet de - zoals de Hoge Raad dit noemt - 'gedachtegang' van het Hof welke door de Hoge Raad in de voorafgaande overweging 4.4 als volgt wordt weergegeven:

'De gedachtegang van het hof, neergelegd in rov. 4.7, 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.'

4. In zijn arrest volgt de Hoge Raad nauwkeurig de instructies van Advocaat Generaal Verkade in diens Conclusie voor het arrest. In de onderdelen 4.22 en 4.23 komt Verkade met betrekking tot de bijkomende eisen van coherente creatie en bewuste vormgeving

tot de bevinding dat in de door hem bestudeerde jurisprudentie geen aanknopingspunten zijn gevonden 'dat CCC & BV'-eisen gesteld zouden moeten worden, naast de bekende eis van 'het eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel (EOK&PS)' of dat 'CCC & BV'-eisen in het 'EOK&PS'-criterium besloten zouden liggen.' Zie over de bewustheidsis voorts nog Conclusie Verkade sub 5.8-5.15.

In mijn noot bij het vonnis van de Amsterdamse Voorzieningenrechter in IER 2006/4, p. 220-201, ben ik van eenzelfde gedachtegang (om die term aan te houden) uitgegaan als gevolgd door AG en HR. Om dit aan te geven, veroorloof ik mij hier enig autoplagiaat. Ik schreef niet gelukkig te zijn met de door de VZR gebezigde terminologie daar waar werd gesproken van het maken van 'creatieve keuzes', vereist voor het aannemen van oorspronkelijkheid (klassiek jargon voor de werktoets). Dat leek m.i. te wijzen op het aanleggen van een te hoge standaard voor auteursrechtelijke bescherming. Evenmin achtte ik voor auteursrechtelijke beschermbaarheid van belang het doel waarmee een bepaalde uiting wordt gedaan en de aard van de inhoud en de bewustheid waarmee deze wordt gecommuniceerd. In dat verband heb ik nog wel geopperd dat terzake van de oorspronkelijkheid van gesprekken en interviews een interessant punt is dat daarbij ook de inhoud van gesprek of interview van belang kan zijn.

Wat betreft mijn centrale punt van kritiek ben ik inmiddels tot andere gedachten gekomen, daartoe mede geïnspireerd door de hierna onder 5 te bespreken uitspraak van het Haagse Hof. In mijn eigen gedachtegang en die van AG en HR blijft namelijk nog steeds de vraag te beantwoorden of en wanneer een concreet werk, in casu dus Endstra's bijdrage, een persoonlijk stempel draagt. Kennelijk is het met de voorspellende werking van dit element van de werktoets nog niet zo eenvoudig gesteld. Want wanneer is sprake van EOK, wanneer van PS? Het verbaast bij nader overwegen niet dat de feitenrechter ter uitvoering van de op hem rustende taak om over het antwoord op die vraag uitsluitsel te geven, zoekt naar steunargumenten. In retrospectief is duidelijk dat in het kader van die beantwoording het Amsterdamse Hof, en eerder de Amsterdamse Voorzieningenrechter - mogelijk ook ter voorkoming van een cirkelredenering - coherentie en bewustheid hebben geïntroduceerd ter (nadere) bepaling van het al dan niet aanwezig zijn van een persoonlijk stempel.

5. Daarmee kom ik te spreken over het arrest van het Haagse Hof. Ik beperk mij daarbij tot wat ik zie als de kern van de motivering: de vereenzelving van inhoud en vorm van (Endstra's bijdrage aan) de achterbankgesprekken.

Daartoe signaleer ik om te beginnen de klaarblijkelijke onverenigbaarheid van een in overweging 5.12 opgenomen citaat van K. van het Reve waarin deze schrijft dat tussen een op de band opgenomen gesprek en de uitgetypte versie ervan dit verschil bestaat dat aan het laatste geen touw is vast te knopen, met 's Hofs vaststelling in overweging 5.13 dat ook aan de achterbankgesprekken geen touw is vast te knopen, maar aangezien de transcripties daarvan letterlijke weergaven zijn van die gesprekken, de formele opbouw/structuur daarvan volledig uit de transcripties is te kennen. De bedoelde onverenigbaarheid zit hierin dat bij Van het Reve het afluisteren van de bandopname van een gesprek voor de luisteraar helemaal niet onbegrijpelijk behoeft te zijn, terwijl dit juist wel het geval is voor de lezer van de uitgetypte tekst van dezelfde bandopname, terwijl door het Hof tussen de opname en de schriftelijke vastlegging van de achterbankgesprekken geen onderscheid wordt gemaakt: beide leveren één-op-één onzin op. Het Van het Reve-citaat kan dan ook geen steun bieden aan de motivering van het Hof die immers berust op de één-op-één-benadering.

De vereenzelving van inhoud en vorm heeft het Hof echter nodig om uit te komen waar het wezen wil. Dit blijkt uit de door mij hierboven gecursiveerde woorden de formele opbouw/structuur daarvan, gebezigd ter karakterisering van de vorm van de achterbankgesprekken. Met die woorden slaat het Hof een brug tussen de inhoudelijke wartaal en de niet-creatief geoordeelde vorm. Omdat inhoudelijk sprake is van wartaal is (ook) sprake van een banale c.q. triviale vorm. Dusdoende lost het Haagse Hof de moeilijkheid waarvoor ook de Amsterdamse Voorzieningenrechter en het Amsterdamse Hof zich zagen geplaatst: hoe vaststellen dat de achterbankgesprekken wel/niet een persoonlijk stempel dragen? op door te oordelen dat de vorm ervan banaal/triviaal is, omdat de inhoud banaal/triviaal is.

6. Op het eerste gezicht lijkt het oordeel van het Haagse Hof recht-in-de-leer van de Hoge Raad. Maar bij nadere beschouwing is het de vraag of vereenzelving van inhoud en vorm naar geldend auteursrecht wel juist is.

In de eerste plaats wordt ook naar Nederlands auteursrecht nog steeds uitgegaan van de zogeheten idea/expression dichotomy. Weliswaar kan niet ontkend worden dat onverkorte toepassing ervan een probleem oplevert wanneer onder omstandigheden, zoals het Endstra-geval aantoont, inhoud en vorm zodanig verkleefd zijn dat het één niet of nauwelijks van het ander is te scheiden. Maar dat scheiding niet langer de regel zou zijn, is door de Hoge Raad nog nooit uitgesproken, en kan m.i. evenmin in zijn Endstra-arrest worden gelezen. Ook de doctrine staat in het algemeen nog steeds op het standpunt dat inhoud en vorm strikt moeten worden onderscheiden, zij het dat vanwege het gesignaleerde probleem de onverkorte toepassing van scheiding van inhoud en vorm door sommigen, zoals ikzelf, onder omstandigheden (b.v. bij gesprekken of interviews) voor ondoenlijk en daarmee onwenselijk wordt gehouden. Vgl. Bernt Hugenholtz, *Works of Literature, Science and Art, in A Century of Dutch Copyright Law* ([deLex 2012](#)), p. 44-45.

In de tweede plaats is in doctrine en rechtspraak leidend de opvatting dat de rechter zich van een inhoudelijke beoordeling moet onthouden wanneer de vraag voorligt of een intellectuele prestatie origineel is, d.i. het persoonlijk stempel van de maker draagt. Concreet: of een vorm mooi of lelijk, vernieuwend of traditioneel etc. etc. is, doet niet ter zake. Het geven van zo een inhoudelijke beoordeling is echter precies wat het Haagse Hof doet.

Tenslotte breng ik in herinnering dat naar het oordeel van de Hoge Raad het persoonlijk stempel uit een voortbrengsel zelf te kennen moet zijn. Hoewel niet geheel duidelijk is wat de Hoge Raad met de term 'voortbrengsel' bedoelt - niet gesproken wordt van 'werk' en evenmin van 'vormgeving' - mag uit de context waarin de term wordt gebruikt, worden afgeleid dat daarmee inderdaad wordt bedoeld op de vorm(geving) van een werk. In deze laatste lezing is het Haagse Hof dus niet recht-in-de-leer, omdat naar zijn oordeel de banaliteit/trivialiteit van de vorm van de achterbankgesprekken wordt afgeleid uit de transcripties van haar inhoud.

7. Wanneer het onder 6 betoogde hout snijdt, betekent dit dat ook met de uitspraak van het Haagse Hof nog geen einde aan de Endstra-saga behoeft te zijn gekomen, omdat ook dit arrest dan cassabel zou zijn. Of de erven Endstra zin hebben in nog een ronde is echter niet waarschijnlijk, zeker nu voorspelbaar

lijkt dat zij opnieuw links om dan wel rechts om het onderspit zullen delven.

De rechtsontwikkeling zou echter met een nieuw bezoek van partijen aan de Hoge Raad zijn gediend. Immers, zoals de zaken nu staan, valt per saldo moeilijk uit te leggen waarom afwijzing van een persoonlijk stempel bij gebrek aan coherente creatie en bewuste vormgeving (Amsterdam), niet door de cassatie-beugel kan, maar afwijzing omdat vorm inhoud volgt (Den Haag), wel.

F.W. Grosheide

VersteegWigmanSprey Advocaten