

Harmonisatie en het Teddybeer-effect

Jorn Torenbosch*

Inleiding

Uit decennia IE-harmonisatie blijkt dat er een groot verschil is tussen harmonisatie op papier en harmonisatie in de praktijk. De ervaring leert dat lidstaten harmonisatie leuk en aardig vinden, zolang zij hun nationale rechtstradities maar niet hoeven te veranderen. Het is deze geworteldheid in nationale rechtstraditie die – hoewel begrijpelijk – leidt tot situaties die het harmonisatieproces verstoren.

Zo zijn er talrijke voorbeelden van hoogste rechtscolleges die geen prejudiciële over controversiële kwesties, ook al verplicht het EU-recht hen hiertoe wel. De reden? Het hoogste rechtscollege in kwestie is er zo stellig van overtuigd dat zijn 'vroegere' nationale recht volledig overeenstemt met het geharmoniseerde EU-recht, dat de gedachte niet eens bij hem opkomt dat in andere lidstaten (of bij het HvJ EU) wellicht heel anders over de kwestie wordt gedacht.

Of wat te denken van het fenomeen dat wanneer het HvJ EU een uitspraak doet over de uitleg van het geharmoniseerde IE-recht, de eerste reactie in de meeste lidstaten is om te kijken hoe deze rechtspraak is in te passen in het vertrouwde nationale recht? In de literatuur en (lagere) rechtspraak springt men dan hoog en laag om de rechtspraak van het HvJ EU te verzoenen met de oude vertrouwde nationale rechtspraak. Vaak wordt deze analyse dan afgesloten met de conclusie dat het prima facie gevoel dat de nationale rechtspraak verenigbaar is met de EU-rechtspraak inderdaad klopt en er gelukkig niets hoeft te veranderen. Maar in andere landen in de EU is wel werk aan de winkel! Zij hebben het, in tegenstelling tot ons, niet goed gezien. De reden? Harmoniseren is goed, maar niet als het ten koste gaat van het nationale IE-recht zoals dat in vroegere tijden tot bloei is gekomen. Zoals een kind vastklampt aan zijn teddybeer houden lidstaten vast aan hun vroegere nationale IE-recht, ook in tijden van harmonisatie.

Het werkbegrip

Het auteursrecht biedt een schoolvoorbeeld van dit teddybeer-effect.¹ De harmonisatie van het werkbegrip kan dit illustreren. Lang was het werkbegrip louter een kwestie van nationaal recht, dat in Nederland sinds 1979 is uitgewerkt door de HR: een voortbrengsel komt voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking als het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt (EOK&PS). EOK&PS is een lage drempel; alleen in het geval dat een werk zo banaal en triviaal is dat *geen enkele creatieve arbeid van welke aard ook* valt aan te wijzen, is geen sprake van EOK&PS.²

De verbazing was voor velen groot toen het HvJ EU in 2009 in het *Infopaq*-arrest³ oordeelde dat het werkbegrip in de volle breedte was geharmoniseerd door de Auteursrecht-richtlijn. Alleen materiaal dat oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een 'eigen intellectuele schepping' (EIS) van de auteur, komt voor auteursrechtelijk bescherming in aanmerking. Over de betekenis en/of inhoud EIS wijdt het HvJ EU niet uit, en men kan dan ook veel of weinig lezen in deze eerste formulering van het Europese werkbegrip. In het *Painer*-arrest uit 2011 'verduidelijkt' het HvJ EU dat EIS inhoudt dat het werk 'de persoonlijkheid van de auteur weerspiegelt en tot uiting komt door vrije en creatieve keuzes'.⁴ Ook hier is wederom net zoveel als weinig in te lezen; concreet verhelderend voor wanneer iets auteursrechtelijk beschermd is, is het niet.

Ondanks de vage, weinig duidelijke EIS-formule is de literatuur in Nederland er snel bij om vast te stellen dat het Nederlandse, laagdrempelige EOK&PS overeenstemt met het EIS-criterium van het HvJ EU.⁵ Geen paniek was het devies: voor ons gaat weinig veranderen. Nee, andere landen in de EU moeten flink aan de bak, maar wij niet. Ook de Hoge Raad wordt niet geremd door het gebrek aan duidelijke

* Mr. J.R. Torenbosch is docent en promovendus Recht, Innovatie en Technologie aan de Universiteit Utrecht, en vanaf aflevering 2024-4 redacteur van dit blad. De auteur is dank verschuldigd aan prof. mr. P.G.F.A. Geerts en prof. mr. D.J.G. Visser voor commentaar op een eerdere versie van deze editorial.

1 Zie de interessante opinie van E. Derclaye, 'Is copyright harmonisation in the EU achieved in practice and if not, what can we do about it?', *GRUR International* 2024/73, p. 605-606, waarin de auteur op basis van uitgebreid onderzoek van de nationale rechtspraak van de lidstaten van de EU concludeert dat alle lidstaten – en Nederland in het bijzonder – zich in min of meerdere mate lijken te verzetten tegen de harmonisering

van het auteursrecht, en in plaats daarvan in een significant aantal gevallen vast (blijven) houden aan hun nationale recht c.q. nationaalrechtelijke tradities.

2 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra*), r.o. 4.5.1.

3 HvJ EU 16 juli 2009, ECLI:EU:C:2009:465 (*Infopaq*).

4 HvJ EU 1 december 2011, ECLI:EU:C:2011:798 (*Painer*).

5 Zie o.a. P.B. Hugenholtz, *NJ* 2011/289, die stelt dat met enige goede wil EOK&PS op hetzelfde neerkomt als EIS. Vgl. ook A-G Verkade in punt 4.36 e.v. van zijn conclusie bij HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532 (*Stokke/Fikszó*), waar hij nog stellig is dan Hugenholtz: volgens Verkade kan er geen redelijke twijfel zijn dat EOK&PS conform EIS is.

lijkheid en oordeelt in 2013 in het *Stokke/Fikszó*-arrest zonder slag of stoot dat het EOK&PS overeenstemt met EIS.⁶

Ook oordeelt de Hoge Raad in de zaak *Stokke/Fikszó* dat het werkbegrip volledig is geharmoniseerd. Ook dit was ten tijde van het wijzen van het arrest hoogst controversieel, omdat in de Europese modellenwetgeving is opgenomen dat lidstaten de vrijheid hebben om de omvang en voorwaarden te bepalen voor de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen, met inbegrip van het vereiste gehalte aan oorspronkelijkheid.⁷ Maar voor de HR was het niet controversieel; er was voor het Nederlandse auteursrecht immers in 1987 al geoordeeld dat het EOK&PS-criterium precies op dezelfde manier moest worden toegepast ten aanzien van gebruiksvoorwerpen als alle andere objecten.⁸ En EOK&PS stemt overeen met EIS, dus dan is er ook geen noodzaak om het HvJ EU om duidelijkheid te vragen.

De gehechtheid van de Hoge Raad aan zijn nationale werkbegrip-teddybeer wordt ongeveer een maand later, ironisch genoeg, gedeeld door het Bundesgerichtshof (BGH).⁹ Ironisch, omdat i) het Duitse auteursrecht, anders dan het Nederlandse, uitzonderlijk streng is ten aanzien van de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen en een artistiek gehalte vereist voor bescherming, en ii) het BGH, anders dan de HR, concludeert dat het EU-recht wél toestaat dat een strengere maatstaf wordt aangelegd voor gebruiksvoorwerpen. Het enige wat de opvattingen van de HR en het BGH gemeen hebben is de stelligheid waarmee ze oordelen over een twijfelachtige stand van zaken.

De stellige overtuiging van de HR wordt vereeuwigd in het IE-jargon in Nederland en grossiert in Nederlandse handboeken, vonnissen, arresten, conclusies van A-G's, college-slides en tentamenvragen in de vorm van de leus: EOK&PS = EIS. Ondertussen gaat men in de rest van de EU waar een hogere lat wordt gehanteerd voor auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen – landen als Portugal, Duitsland, Italië en Zweden, om maar een paar te noemen – ook vrolijk door met wat ze altijd deden. Ook daar aan de hand van de vaststelling van hun eigen varianten van EOK&PS = EIS, die ook daar worden vereeuwigd als *fact of life* in handboeken, vonnissen en arresten. Net als in Nederland wordt ook elders in de EU krampachtig vastgehouden aan wat men gewend is te doen.

Niet dat er geen kritiek is op dit Teddybeer-effect, en iedereen voor waarheid aanneemt dat EOK&PS = EIS. Zo legt Visser in 2013 de vinger op de zere plek als hij erop wijst dat de Hoge Raad ten prooi is gevallen aan het Teddybeer-effect in het *Stokke/Fikszó*-arrest:

'Aanleiding voor de veronderstelling dat zulks naar Europees recht anders zou zijn, is er niet.' (...) Met dit apodictische zinnetje doet onze hoogste rechter weer eens wat nationale rechters én academici en eigenlijk alle juristen graag doen: denken dat een Europese harmonisatie geen verandering brengt. Het is immers altijd geruststellend en overzichtelijk om te veronderstellen dat dingen ongeveer blijven zoals ze zijn. En het is vaak mogelijk om nieuwe Europese criteria zo te interpreteren dat ze overeen komen met oude en vertrouwde nationale begrippen. Het probleem is dat ze dat in andere Europese landen ook doen en dat het daarom onvermijdelijk met enige regelmaat onjuist blijkt te zijn. Er is daarom vaak aanleiding voor de veronderstelling dat iets naar Europees recht anders zou kunnen zijn.¹⁰

Maar het Teddybeer-effect is hardnekkig. Zo verdedigt A-G Hammerstein de opvatting van de Hoge Raad in 2014 in zijn conclusie bij het *Rubik's Cube*-arrest. Hammerstein stelt dat vanuit 'de ordeningsgedachte' onverkort moet worden uitgegaan van EOK&PS = EIS, omdat op die manier de Nederlandse rechtspraak over het werkbegrip betekenis houdt: 'een andere uitkomst zou onaanvaardbaar zijn vanuit de rechtszekerheid', aldus de A-G. Volgens de A-G moet daarom vooral niet aan het HvJ EU worden gevraagd of EOK&PS inderdaad hetzelfde is als EIS.¹¹ Het is mijns inziens een merkwaardig standpunt, en wederom een duidelijke manifestatie van het Teddybeer-effect: hoewel ik ergens wel begrijp waarom de A-G wil vasthouden aan de oude vertrouwde nationale rechtspraak – zoals Visser terecht signaleert, is dat immers maar al te geruststellend en overzichtelijk – is moeilijk in te zien waarom het 'onaanvaardbaar zou zijn vanuit de rechtszekerheid' als EOK&PS niet hetzelfde is als EIS. Sterker, ik denk dat de rechtsonzekerheid die A-G Hammerstein wil voorkomen, vanuit het EU-recht bekeken juist ontstaat door de onwelwillendheid te accepteren dat het oude vertrouwde nationale recht is ingehaald door het geharmoniseerde recht. Het leidt er namelijk toe dat achter de papieren tijger van harmonisatie van het werkbegrip de werkelijkheid van praktische disharmonisatie in stand blijft. De ondernemer die in meerdere landen in de EU zijn producten wil verhandelen en denkt dat de auteursrechtelijke bescherming overal hetzelfde is, komt er in die situatie bedrogen vanaf: rechtsonzekerheid *pur sang*.

In 2019 wijst het HvJ EU het *Cofemel*-arrest,¹² waarin de vraag centraal staat die de HR en/of het BGH zes jaar eerder al had moeten stellen. Kort maar krachtig oordeelt het HvJ EU dat het werkbegrip volledig is geharmoniseerd, en dat voor gebruiksvoorwerpen geen andere maatstaf dan EIS mag worden aangelegd. De duidelijkheid wordt echter vertroebeld door ietwat obscure – voor liefhebbers van het 'Neder-

6 HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532 (*Stokke/Fikszó*), r.o. 4.2, onder a.

7 Art. 17 richtlijn 98/71/EG; art. 96 lid 2 Verordening 6/2002.

8 BenGH 22 mei 1987, ECLI:NL:XX:1987:AK1803 (*Screenprints*).

9 BGH 13 november 2013, I ZR 143/12 (*Geburtstagszug*).

10 D.J.G. Visser, 'Kroniek van de intellectuele eigendom', NJB 2013/788.

11 A-G Hammerstein in punt 2.5 van zijn conclusie bij HR 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2737 (*Rubik's Cube*).

12 HvJ EU 12 september 2019, ECLI:EU:C:2019:721 (*Cofemel*).

landse' werkbegrip zelfs alarmerende – vingerwijzingen dat gebruiksvoorwerpen het wel moeten 'verdienen' om als werk te worden gekwalificeerd (r.o. 50), en dat cumulatie met het modellenrecht slechts is weggelegd voor 'bepaalde gevallen' (r.o. 52).

Gelukkig voor de liefhebbers van teddyberen blijft het HvJ EU in *Cofemel* vaag genoeg over de inhoud c.q. hoogte van de drempel van het werkbegrip,¹³ en is er dus ook genoeg speelruimte voor het Teddybeer-effect om zich te manifesteren. Zo oordeelt de rechtbank Gelderland twee maanden na het verschijnen van *Cofemel* dat het arrest voor het Nederlandse recht geen wijziging in de aan te leggen werktoets met zich meebrengt, een oordeel dat een half jaar later op steun kan rekenen van het hof Arnhem-Leeuwarden.¹⁴ Het zal ondertussen niet verbazen dat men in Duitsland op dezelfde manier reageerde. Onder andere het BGH heeft inmiddels meerdere malen geoordeeld dat het Duitse uitgangspunt dat alleen gebruiksvoorwerpen die naar de opvatting van kunstkringen artistiek zijn kunnen worden beschermd, in overeenstemming is met het EIS-criterium.¹⁵ Ook in andere landen in de EU dringt het Teddybeer-effect zich op als reactie op *Cofemel*.¹⁶

Tot slot

Wanneer je het Teddybeer-effect eenmaal ziet, zie je het overal. Dit is omdat het ook overal aanwezig is, als universeel ingebakken reflex en oerinstinct.

Mijn punt is niet dat we elke teddybeer automatisch uit het raam moeten gooien. Het kan namelijk prima zo zijn dat het geharmoniseerde IE-recht inderdaad overeenkomt met hoe we het vroeger altijd hebben gedaan. Maar waar we vanaf moeten is de reflex en de hersengymnastiek dat dit altijd het geval is. Dat het altijd andere lidstaten zijn die zich moeten aanpassen, maar wij niet. We moeten de consequenties van harmonisatie meer internaliseren, en meer denken vanuit het EU-recht dan vanuit dat grotendeels obsoleete 'vroegere' nationale recht. En vooral: in het geval van redelijke twijfel vanuit het EU-recht bezien, prejudiciële vragen stellen aan het HvJ EU.¹⁷

Een eerste, kleine stap om het Teddybeer-effect tot bedaren te brengen zou zijn om te stoppen met het gebruiken van de EOK&PS-leus. Deze stap zou niet alleen semantisch zijn. De laatste tien jaren laten zien dat het gebruik van de EOK&PS-leus – in het bijzonder EOK&PS = EIS – een *gateway drug* is naar het Teddybeer-effect, en zodoende een niet te onderschatten bijdrage heeft geleverd aan het dogma dat het Nederlandse werkbegrip exact is wat het HvJ EU bedoelt.

13 Zie in dit opzicht naast de ambiguïteit van r.o. 50 en 52 van het arrest ook zeer verwarrend het verschil in de verschillende taalversies van *Cofemel*. Zo staat in bijv. de Nederlandse taalversie in r.o. 31 van het arrest dat oorspronkelijkheid vereist dat de auteur creatieve vrijheid heeft en die vrijheid heeft benut, terwijl in de Duitse taalversie staat dat oorspronkelijkheid behelst dat sprake is van *artistieke(!)* vrijheid ('künstlerischer Freiheit') die wordt benut door de auteur.

14 Rb. Gelderland 14 november 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5227 (*Krakatau/The Sting*), r.o. 4.5; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juni 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:4773 (*The Sting/Krakatau*), r.o. 3.13.

15 BGH 29 april 2021, I ZR 193/20 (*Architektenrecht*), randnr. 57; BGH 7 april 2022, I ZR 222/20 (*Porsche*); BGH 14 december

2022, I ZR 173/21 (*Vitrineleuchte*), in het bijzonder randnrs. 13b en 14-15; BGH 9 november 2023, I ZR 203/22 (E2), randnr. 24-25.

16 Zie uitgebreid E. Derclaye, 'The Status of Three-Dimensional Functional Works Post-Cofemel: An Empirical Analysis of the Member States' Case Law', in: F. Thouvenin e.a. (red.), *Kreation Innovation Märkte*, Berlijn: Springer Nature 2024.

17 Recent ging dit n.m.m. mis in HR 7 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1070 (*Philips/Lidl*) – een arrest dat overigens volledig is geschreven in 'EOK&PS-stijl' – waar het mijns inziens gepast was geweest prejudiciële stellen aan het HvJ EU te stellen over de vraag wanneer een bewerking van een werk een zelfstandig auteursrecht toekomt. Dergelijke vragen liggen nu overigens wel voor bij het HvJ EU in de zaak *Călinescu* (C-649/23).