

Noot bij HR 30 mei 2008, LJN BC2153, Endstra / Nieuw Amsterdam; De Endstra Tapes

D.J.G. Visser

Zijn de zogenaamde ‘achterbankgesprekken’ die de heer Endstra voerde met de politie auteursrechtelijk beschermd? Het Amsterdamse Hof beantwoordde deze vraag ontkennend en leek een nieuw ‘bewustheidsvereiste’ aan de auteursrechtelijke beschermingsvereisten toe te voegen (zie AMI 2007, p. 118 e.v. m.nt. Alberdingk Thijm).

Verschillende hooggeleerden spraken zich binnen en buiten het kader van de onderhavige procedure ook over deze vraag uit. Zie AMI 2007, p. 122 t/m 128 (Quaadvlieg, Spoor, Hugenholtz en Grosheide), NJB 2007, p. 390-391 (Hugenholtz), *Dommering-Bundel*, p. 125-126 (Grosheide) en de daargenoemde verdere literatuur.

AG Verkade was van mening dat naast (of als onderdeel van) het ‘EOK & PS’ (eigen oorspronkelijk karakter & persoonlijk stempel) *geen* ‘CCC & BV’ (conceptie als coherente creatie & bewuste vormgeving) als eis dient te worden gesteld voor auteursrechtelijke bescherming (conclusie AG ov. 4.22-4.23). De Hoge Raad volgt het advies van Verkade in grote lijnen.

De academische discussie over wat *precies* gelezen moet worden in elk woord dat de Hoge Raad in dit arrest heeft gebruikt zal ongetwijfeld uitvoerig zijn. In deze noot ligt de nadruk op een korte analyse van de belangrijkste punten en de (eventuele) consequenties voor de praktijk.

Splitsing EOK & PS

De belangrijke overwegingen van de Hoge Raad zijn ov. 4.5.1 en ov. 4.5.2:

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.

Van belang is ten eerste dat de Hoge Raad hier een duidelijke scheiding aanbrengt tussen het vereiste van ‘eigen, oorspronkelijk karakter’ (‘EOK’) dat niet meer blijkt te betekenen dan ‘niet ontleend’ en het vereiste van ‘persoonlijk stempel (‘PS’) dat betekent: vorm(geving) ‘die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes’. Met deze scheiding maakt de Hoge Raad in ieder geval een duidelijke - zij het een arbitraire en aanvechtbare (waaróm betekent “EOK” niet meer dan ‘niet ontleend’?) - keuze, waardoor voor de rechtspraktijk (nog) minder redenen lijkt te bestaan om te filosoferen over het precieze (enkele of dubbele) karakter van de toets.

Over de vraag wānneer de vorm ‘het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes’ wordt slechts opgemerkt dat daarvan ‘in elk geval’ géén sprake is als de vorm ‘banaal’ of ‘triviaal’ is. Hoe banaal of triviaal? Zo banaal of triviaal dat er geen sprake is van enige creativiteit. Nog verder vereenvoudigd: ‘persoonlijk stempel’ (‘PS’) is het vereiste van *creativiteit*. Wat voor creativiteit? In ieder geval geen banaliteit of trivialiteit die geen blijk geeft van enige creativiteit. Uiteindelijk blijft het het beschrijven van vage termen met andere vage termen, waarbij toegegeven moet worden dat het niet eenvoudig is aan te geven hoe je meer duidelijkheid zou kunnen creëren.

Vgl. A-G Verkade in ov. 4.84 van zijn conclusie in HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 505 (NOS/Telegraaf): ‘Bij dit alles is - terzijde - mijn indruk dat het probleem niet zo zeer in verschillen in terminologie zit, als wel in de omstandigheid dat het rechterlijk oordeel omtrent de voldoening aan de hier bedoelde criteria onvermijdelijk in hoge mate van feitelijke aard is. Daarvan uitgaande, is het ‘inruilen’ van het Van Dale/Romme-criterium voor het criterium van [de databankrichtlijn, DV] veeleer een intellectuele, dan een praktisch zinvolle exercitie”.

Geen ‘Bewuste Vormgeving’

In ov. 4.5.2. rekent de Hoge Raad af met de ‘BV’ (bewuste vormgeving):

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.

De eerste zin is meteen de belangrijkste: het gaat (bij ‘EOK & PS’) om een kenmerk dat *uit het voortbrengsel zelf* is te kennen. Dat betekent dat de *bedoeling* (intentie of bewustheid) van de maker geen rol kan en mag spelen. Omdat het EOK & PS uit het voortbrengsel zelf moet blijken, ‘mag niet de eis worden gesteld dat de maker bewust een werk heeft willen scheppen en bewust creatieve keuzes heeft gemaakt’. De achterliggende gedachte is dat het al dan niet bewust hebben willen scheppen niet uit het voortbrengsel zelf kenbaar is.

De enige verdere motivering die de Hoge Raad geeft voor zijn beslissing dat het EOK & PS uit het voortbrengsel zelf moet blijken en dat het bewust hebben willen creëren geen (extra) vereiste is, is dat het wél stellen van een dergelijke eis ‘betrokkenen bovendien voor onoverkomelijke bewijsproblemen kan stellen’.

Waaruit die ‘onoverkomelijke bewijsproblemen’ zouden bestaan expliciteert de Hoge Raad niet, maar is niet moeilijk te bedenken: het zal voor de maker in de praktijk regelmatig moeilijk zijn om te *bewijzen* dat hij ‘bewust een werk heeft willen scheppen en bewust creatieve keuzes heeft gemaakt’. De geestelijke gesteldheid op het moment van scheppen leent zich naar zijn aard moeilijk voor bewijslevering. Bovendien zou het vereiste van ‘bewust hebben willen scheppen’ zich kunnen ontwikkelen tot een populair chicaneus verweer van gedaagden. “Uw foto / logo / vormgeving ziet er misschien wel creatief uit, maar bewijst u maar eens dat dat ook uw bedoeling was. Misschien was het wel toeval”.

CCC?

De ‘conceptie als coherente creatie’(CCC) die door AG Verkade als apart vereiste voor auteursrechtelijke bescherming wel werd onderscheiden maar vervolgens werd afgewezen, vinden we in het arrest van de Hoge Raad niet terug. Voor zover het woord ‘conceptie’ verwijst naar een vooropgezet plan, dat mogelijk niet uit het werk zelf kenbaar is, lijkt aannemelijk dat ook de Hoge Raad dat als apart vereiste heeft verworpen. Wat betreft de ‘coherente creatie’ lijkt aannemelijk dat ‘het resultaat van scheppende menselijke arbeid’ in de regel wel als een creatie met enige coherentie zal kunnen worden gekwalificeerd, maar het komt in die formulering in het arrest niet terug, noch in negatieve, noch in positieve zin.

Van Gelder/ Van Rijn

Aan het slot van ov. 4.5.2 geeft de Hoge Raad aan dat, anders dan Spoor, Hugenholtz en Nieuw Amsterdam c.s. meenden, in het arrest Van Gelder / Van Rijn van tweeënzestig jaar geleden zijns inziens geen steun te vinden is voor een bewustheidseis.

‘Hetgeen is beslist in HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712 kan, anders dan het hof oordeelde, niet dienen ter ondersteuning van de bewustheidseis, 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’.

Ten aanzien van de vraag wat nu wél het (enige) vereiste is voor auteursrechtelijke bescherming brengt de Hoge Raad ons echter weinig verder. We weten nu dat het ‘EOK & PS’ eenvoudig te splitsen valt en dat ‘EOK’ niet meer betekent dan ‘niet ontleend’. ‘Persoonlijk stempel’ is het vereiste van creativiteit, niet zijnde een zo grote mate van banaliteit of trivialiteit dat van creativiteit geen sprake meer is.

Hoe nu verder?

Het woord is nu weer aan de feitenrechter die de feitelijke knoop naar eigen inzicht mag doorhakken: “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” [ov. 4.6, laatste volzin].

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.

Uiteraard had het Amsterdamse Hof het ook al zo kunnen doen. Het is voor de rechtsontwikkeling en het auteursrechtelijk debat gunstig dat het Amsterdamse Hof dat niet heeft gedaan, maar zijn nek heeft uitgestoken door een nieuw criterium te hanteren. Dat criterium is nu duidelijk afgeschoten: er geldt geen bewustheidsvereiste. Verder heeft het voor de rechtspraak niet veel extra duidelijkheid opgeleverd. In de praktijk is het nog steeds zo

dat iedere feitenrechter zelf mag weten wat hij wel en niet auteursrechtelijk beschermd acht (vgl. Visser, *Het ABC van iedere IE-inbreuk*, p. 12).

Proceskostenveroordeling

Tenslotte is van belang dat de Hoge Raad niet voldoende aanleiding ziet om aan het Hof van Justitie van de EG prejudiciële vragen te stellen over de volledige proceskostenveroordeling, omdat de vordering daartoe in casu niet tijdig en niet voldoende gespecificeerd was gevorderd (ov. 5.4.1, laatste volzin):

“Vergoeding van volledige proceskosten op de voet van art. 14 Handhavingsrichtlijn dient daarom te worden gevorderd, en de gevorderde kosten dienen zo tijdig opgegeven en gespecificeerd te worden dat de wederpartij zich daartegen naar behoren kan verweren. Dat verweer kan zich toespitsen niet slechts op het aantal in rekening te brengen uren van de behandelend advocaat en het daarop toe te passen uurtarief, maar ook op de vraag of die kosten 'redelijk en evenredig' zijn en of de billijkheid zich wellicht tegen die vergoeding verzet, alsmede, indien in het geding ook andere vorderingen dan ter handhaving van intellectuele-eigendomsrechten zijn ingesteld - zoals ook in het onderhavige geval - op de vraag welk gedeelte van de in rekening gebrachte kosten op die handhaving betrekking heeft”.

Voor de praktijk betekent dit dat vordering van volledige proceskostenveroordeling dus tijdig en voldoende gespecificeerd moet worden ingesteld, waarbij ook moet worden gespecificeerd welke uren betrekking hadden op handhaving van IE-rechten en welke op eventuele andere vorderingen. Vervolgens kan de proceskostenveroordeling op grond van de redelijkheid, evenredigheid of billijkheid door de feitenrechter op grond van tal van omstandigheden worden verlaagd, bijvoorbeeld naar arbitraire beweerdelijk 'gebruikelijke bedragen' van 6.000 of 15.000 euro. Dat is op dit moment al de praktijk.

Conclusie

Het belang van dit arrest, en de enige rechtsregel die we er op termijn van moeten onthouden, is dat er geen 'bewustheidsvereiste' bestaat in het auteursrecht.