

11/00447

Mr. D.W.F. Verkade

Zitting 5 oktober 2012

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,
principaal eisers, incidenteel verweerders
(hierna tezamen: Stokke c.s., en afzonderlijk: 'Stokke AS',
'Stokke Nederland', 'Opsvik' en 'Opsvik AS'),

tegen:

1. Fikszo BV, en
2. H3 Products BV,
principaal verweersters, incidenteel eiseressen
(hierna tezamen: Fikszo c.s., en afzonderlijk:
'Fikszo' en 'H3 Products').

Inhoudsopgave

1. Inleiding (<i>nrs. 1.1 - 1.6</i>)	2
2. Feiten (<i>nrs. 2.1 - 2.11</i>)	3
3. Procesverloop (incl. weergave van overwegingen van het hof) (<i>nrs. 3.1 - 3.10</i>)	5
4. Auteursrechtelijk kader	12
4.A. Nationaal auteursrechtelijk kader (<i>nrs. 4.1.1 - 4.24</i>)	12
4.A.a. De 'werktoets': algemeen	12
4.A.b. De 'werktoets' toegespitst op objecten in de zin van art. 10 lid 1 onder 11° Aw	17
4.A.c. Het inbreukcriterium: algemeen	22
4.A.d. Het inbreukcriterium toegespitst op objecten van art. 10 lid 1 onder 11° Aw	24
4.A.e. Wisselwerking tussen voldoening aan werktoets en inbreukcriterium	28
4.A.f. Taakverdeling cassatierechter / feitenrechter	30
4.A.g. Synthese van het voorafgaande	31
4.B. Unierecht (<i>nrs. 4.25 - 4.40</i>)	35
4.B.a. Uitgangspunten bezien vanuit Unie-regelgeving	35
4.B.b. Enige rechtspraak van het HvJEU	38
5. Bespreking van de cassatiemiddelen	47
5.A. Principaal cassatieberoep van Stokke c.s. (<i>nrs. 5.2.1 - 5.17</i>)	47
5.B. Incidenteel cassatieberoep van Fikszo c.s. (<i>nrs. 5.18 - 5.35.7</i>)	56
6. Conclusie	69

1. Inleiding

1.1. De Bambino-kinderstoel van Fikszo c.s. vertoont volgens het hof 's-Gravenhage te veel gelijkenissen met de eerdere Tripp Trapp-kinderstoel van Stokke c.s. Maar dat geldt volgens het hof niet voor de Thomas- en Yasmine-kinderstoelen van Fikszo c.s.

Deze – aan de hand van totaalindrukken gegeven – oordelen van het hof worden over en weer met tal van klachten bestreden. Het incidentele middel klaagt nog dat het hof de Amber-stoel van Fikszo c.s. niet in de beoordeling heeft betrokken.

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 een van die andere zaken heeft een ander gerechtshof (Amsterdam) 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 het hierop betrekking hebbende oordeel (hoewel het dus anders uitpakt) 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.

1.5. 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 van heden in de twee andere 'Tripp

¹ Ter voorkoming van eventueel nodeloos tijdverlies geef ik de volgende leeswijzer mee: in de drie conclusies in de zaken met rolms. 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.

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.

1.6. Ik verwijs in deze inleiding nog naar nrs. 5.1.1 - 5.1.2, waarin ik aangeef dat deze zaak met rolnr. 11/00447 en de zaak met (Hoge Raad-)rolnr. 11/04114 (Hauck/Stokke c.s.) op het stuk van het materieel auteursrecht nogal verstrengeld zijn, omdat in de zaak met (HR-)rolnr. 11/04114 het hof 's-Gravenhage overwegingen uit de onderhavige zaak (HR-)11/00447 heeft overgenomen en tot de zijne gemaakt. Maar de daartegen gerichte cassatieklachten in deze twee zaken blijken niet één op één op elkaar aan te sluiten.

2. Feiten²

2.1. Stokke AS brengt sinds 1972 de zogenoemde Tripp Trapp kinderstoel op de markt. De verkoop van Stokke producten vindt in Nederland plaats door Stokke Nederland BV. De Tripp Trapp is ontworpen door Peter Opsvik. In het vonnis van de rechtbank zijn afbeeldingen opgenomen van twee uitvoeringen van de Tripp Trapp.

2.2. Van deze afbeeldingen is de Tripp Trapp links het model met een lage rugleuning getoond zonder optionele beveiligingsbeugel. De oorspronkelijke Tripp Trapp was uitgevoerd met de lage rugleuning. De reden van de hogere rugleuning is gelegen in veiligheidseisen die een hoogte van de bovenrand van de rugleuning van tenminste 35 cm boven het zitvlak voorschrijven. In Nederland zijn deze veiligheidseisen nog niet verplicht en wordt het model met de lage leuning nog geleverd.

2.3. De Tripp Trapp (zoals aan de rechtbank getoond) bestaat uit twee evenwijdige stijlen van hout waartussen aan de bovenzijde de rugleuning van hout is geklemd en waartussen voorts een zitplankje en een voetenplankje zijn geklemd. De stijlen zijn voorzien van horizontaal verlopende groeven die dienen voor een verstelbare vastklemming van zitplankje en voetenplankje, waardoor de hoogte van die plankjes kan variëren en kan worden aangepast aan de grootte van het kind. De stoel wordt daarom wel omschreven als een meegroeistoel. Door de verstelbaarheid wordt ook voorzien in de mogelijkheid de kinderstoel aan te schuiven aan de gewone eettafel

² Ontleend aan het vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 7 februari 2007 onder 2.1 t/m 2.11. Ook het hof is – blijkens rov. 1 van het op dit punt niet bestreden arrest van 30 juni 2009 – hiervan uitgegaan.

van de volwassenen. De vastklemming wordt gewaarborgd door twee verbindingstangen gemonteerd met inbusbouten door de stijlen. De twee elementen van de rugleuning worden gefixeerd met door de stijlen gaande inbusbouten. Aan de onderzijde zijn de stijlen voorzien van een horizontaal deel waarmee de stoel op de bodem rust. Tussen deze horizontale delen is, wederom met doorgaande inbusbouten, een houten regel gemonteerd. De getoonde stoelen zijn voor wat betreft de houten delen gemaakt van blank gelakt beukenhout, massief of als (gevormd) multiplex. De metalen delen (stangen en inbusbouten) zijn zwart gelakt.

2.4. Voor de Tripp Trapp is in verschillende landen octrooi aangevraagd. Bij de Engelse aanvraag behoren de figuren zoals weergegeven in het vonnis van de rechtbank onder 2.4.

2.5. De eerste conclusie van de Engelse octrooiaanvraag luidt:

'1. An adjustable chair including side members which at their lower ends are provided with support means and which carry a back rest extending between their upper end portions, a seat plate and a foot-rest plate said side members being provided with substantially horizontally extending guides for the edges of said plates, whereby both the seat plate and the foot-rest plate can be inserted in any one of a plurality of positions so that a plurality of different seat heights and different foot-rest heights are available.'

2.6. In elk geval in Noorwegen is voor de Tripp Trapp een octrooi verleend en heeft Stokke het octrooi voor de maximale duur in stand gehouden.

2.7. In 2004 heeft Gamma een meegroeikinderstoel, aangeduid als 'Bambino' in Nederland op de markt gebracht. Deze stoel is afgebeeld in het vonnis van de rechtbank onder 4.1.

2.8. De Bambino is wat betreft de houten delen gemaakt van blank gelakt beukenhout, massief of als (gevormd) multiplex. De verbindingstangen zijn zwart gelakt, de inbusbouten zijn van blank metaal (verzinkt). Ook wat betreft de verstelbaarheid komt de Bambino volledig overeen met de Tripp Trapp. Afwijkend is dat de stijlen niet op de grond steunen met een horizontaal deel aan de onderzijde maar met een schoor die opgaat van de grond tot vrijwel het bovenste deel van de stijl. Schoor en stijl zijn met elkaar verbonden door een horizontaal deel op enige afstand van de grond. Aan de achterzijde zijn de stijlen niet verbonden door een houten regel maar door een metalen stang.

2.9. Over de Bambino is in kort geding geprocedeerd. De voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage heeft bij vonnis van 24 september 2004 bevolen de verkoop van de Bambino te staken. Hiertoe is overwogen dat de Bambino inbreuk maakt op het auteursrecht op de Tripp Trapp.

2.10. De Bambino's die Gamma in 2004 op de markt bracht, zijn aan Gamma geleverd door Fikszo. Zij zijn geïmporteerd door H3 Products.

2.11. Fikszo overweegt meegroeistoelen op de Nederlandse markt te brengen onder de aanduidingen Amber, Tamara, Thomas en Yasmine. Afbeeldingen van deze stoelen zijn opgenomen in het vonnis van de rechtbank onder 2.11.

3. Procesverloop

3.1. Stokke AS, Stokke Nederland en Opsvik hebben bij exploit van 30 september 2004 Fikszo c.s. gedagvaard voor de rechtbank 's-Gravenhage. Zij vorderen, samengevat, een verklaring voor recht dat met de Bambino inbreuk wordt gemaakt op de auteursrechten op de Tripp Trapp alsmede een bevel aan Fikszo c.s. om deze inbreuk te staken, welk bevel na vermindering van eis alleen dient te gelden voor Nederland, met nevenvoorzieningen, alsmede schadevergoeding.

3.2. Fikszo c.s. hebben verweer gevoerd en tevens een vordering in reconventie ingesteld. Zij vorderen, samengevat, een verklaring voor recht dat de stoelen Amber, Tamara, Thomas en Yasmine (zoals afgebeeld in het vonnis van de rechtbank onder 2.11) geen inbreuk maken op de auteursrechten op de Tripp Trapp, en voorts – in voorwaardelijke reconventie, onder de voorwaarde dat in conventie wordt geoordeeld dat geen inbreuk wordt gemaakt op auteursrecht – betaling van schadevergoeding aan Fikszo ad € 344.401,87 en aan H3 Products ad € 194.536,72, subsidiair nader bij staat op te maken schadevergoeding. Ook vorderen zij een rectificatie. Aan de vorderingen in voorwaardelijke reconventie is ten grondslag gelegd de schade geleden door het geëxecuteerde kort-geding-vonniss.

Stokke AS, Stokke Nederland en Opsvik hebben in reconventie verweer gevoerd.

3.3. De rechtbank heeft bij vonnis van 7 februari 2007³ de vordering in conventie afgewezen. In reconventie heeft de rechtbank Stokke AS, Stokke Nederland en Opsvik veroordeeld tot nader bij staat op te maken schadevergoeding aan Fikszo c.s. en voor recht verklaard dat de stoelen Amber, Thomas en Yasmine geen inbreuk maken op de auteursrechten op de Tripp Trapp.

3.4. Stokke AS, Stokke Nederland en Opsvik hebben hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. Opsvik AS heeft een incidentele memorie tot voeging ingesteld. Fikszo c.s. hebben in het incident tot voeging geconcludeerd tot referte.

³ LJN BB1881, AMI 2007, nr. 13, p. 99 m.nt. D.J.G. Visser, IER 2007, nr. 74, p. 265 m.nt. FWG.

Bij arrest van 1 november 2007 heeft het hof Opsvik AS in het geding in hoger beroep toegelaten als gevoegde partij aan de zijde van Stokke AS, Stokke Nederland en Opsvik. Fikszo c.s. hebben in de hoofdzaak verweer gevoerd.

3.5. In de hoofdzaak heeft het hof bij tussenarrest van 30 juni 2009⁴ overwogen:

‘4. Het hof stelt voorop dat van een verveelvoudiging in de zin van art. 13 Aw. sprake is indien een voldoende mate van overeenstemming bestaat tussen het auteursrechtelijk beschermde werk en het beweerdelijk inbreukmakende werk; daartoe moet worden beoordeeld of het beweerdelijk inbreukmakende werk de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk vertoont, zodanig dat de totaalindrukken overeenkomen. Een (door de maker van het beweerdelijk inbreukmakende werk te ontzenuwen) vermoeden van ontlening moet worden aangenomen indien het beweerdelijk inbreukmakende werk in zodanige mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk vertoont, dat de totaalindrukken die beide werken maken te weinig verschillen voor het oordeel dat het eerstbedoelde werk als een zelfstandig (bedoeld is: nieuw en oorspronkelijk) werk kan worden aangemerkt (HR 29 december 1995, NJ 1996, 546 en HR 29 november 2002, NJ 2003, 17). Ook wanneer de vorm van het product het resultaat is van een binnen zekere (technische) uitgangspunten beperkte keuze, kan sprake zijn van een werk dat een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt (HR 27 januari 1995, NJ 1997, 273). Anderzijds geldt dat het werkbegrip van de Auteurswet zijn begrenzing vindt waar het eigen, oorspronkelijk karakter enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect (HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585).

[...]

6. [...] Naar aangenomen moet worden dateert het ontwerp van de Tripp Trapp uit 1972. Na het aanbrengen van wijzigingen door of namens Peter Opsvik is een nieuwe vorm ontstaan, waarin de ‘oude’, auteursrechtelijk beschermde, vorm is geïncorporeerd. Nu de beschermingsduur van het auteursrecht op het werk uit 1972 nog niet is verstreken en gesteld noch gebleken is dat dit auteursrecht op andere wijze is tenietgegaan dan wel niet meer bij Peter Opsvik AS berust, is er geen grond om in dit geding niet de huidige vorm van de Tripp Trapp – dus: de ‘oude’ stoel met de daarop aangebrachte wijzigingen – als uitgangspunt voor de auteursrechtelijke beschermingsomvang te nemen. Peter Opsvik heeft die huidige vorm, met inbegrip van de ‘oude’ vorm, ontworpen; hij, althans Peter Opsvik AS, heeft het auteursrecht op de ‘oude’ vorm en, voorzover de wijzigingen aan de werktoets voldoen, ook daarop. Overigens zou, wanneer de vorm uit 1972 bepalend zou zijn, dit niet tot een andere uitkomst van het geschil leiden omdat, zoals zal blijken uit hetgeen hierna wordt overwogen, de auteursrechtelijk beschermde trekken van de Tripp Trapp al aanwezig waren in de versie uit 1972. Het hier bedoelde verweer van Fikszo c.s. mist daarom relevantie.

7. Het hof zal thans onderzoeken welke de auteursrechtelijk beschermde trekken van de Tripp Trapp zijn, waaraan voorafgaand het de kinderstoel zal beschrijven. Aan het hof zijn twee exemplaren van de Tripp Trapp – één met een lage en één met een hoge rugleuning – ter beschikking gesteld.

[...]

⁴ LJN BK8037, IER 2009, nr. 77, p. 312 m.nt. FWG.

9. Het hof beschouwt (overeenkomstig hetgeen Stokke c.s. stellen bij conclusie van repliek onder 20, voorlaatste zin) in het bijzonder als oorspronkelijk aan de Tripp Trapp de schuine standers waarin alle elementen van de kinderstoel – de rugleuning, de zitting en de voetenplank – zijn verwerkt. De rugleuning, de zitting en de voetenplank, die aan weerszijden aan de standers vast (rugleuning), dan wel verstelbaar (zitting en voetenplank), zijn verbonden, worden aldus ‘gedragen’ door de twee schuine standers. Het effect daarvan is dat het zij aanzicht wordt bepaald door de achterover hellende standers met de aan weerszijden van de standers in horizontale richting uitstekende vlakken van de zitting en de voetenplank; de rugleuning is van opzij gezien nauwelijks zichtbaar. Hierdoor krijgt de Tripp Trapp een strak, ‘geometrisch’ uiterlijk. Van de voorkant gezien valt eveneens het strakke lijnenspel, gevormd door de (louter) verticale en horizontale elementen, op.

10. Daarnaast, en daarvan te onderscheiden, acht het hof karakteristiek voor de Tripp Trapp de L-vorm, die ontstaat door de combinatie van de schuine standers met de horizontale liggers. Hierdoor ontstaat het ‘zwevende’ effect. Fikszo c.s. bestrijden niet dat de L-vorm, door hen ook wel aangeduid als open Z-vorm, een ‘enigszins auteursrechtelijk beschermd element’ is. Wel wijzen zij erop dat een diagonaal frame reeds gebruikt is in 1932 in de Zig-zagstoel van Gerrit Rietveld (conclusie van dupliek in conventie onder 22 en verder). In hoger beroep leggen zij afbeeldingen over van andere toepassingen van de L-vorm in stoelen (memorie van antwoord onder 37). Dit leidt er opnieuw toe dat het ontwerp van Peter Opsvik niet baanbrekend was in esthetisch[e] zin, aldus Fikszo c.s. Het hof overweegt dat de Zig-zagstoel (die overigens ook als kinderstoel bestaat) is voorzien van een onderstel, bestaande uit een (nagenoeg) vierkante horizontale houten grondplaat waaraan een in een hoek van ongeveer 45° naar voren hellende rechthoekige houten plaat is verbonden. Daarop rust een (nagenoeg) vierkante, horizontaal geplaatste houten zitting. De rugleuning bestaat uit een (nagenoeg) vierkante houten plaat die een hoek van (nagenoeg) 90° maakt met de zitting. De Zig-zagstoel [ziet] er als volgt uit (bron: website Vitra designmuseum): [afbeelding van de Zig-zagstoel, A-G].

De zitting van de Zig-zagstoel rust dus niet op twee afzonderlijke standers en liggers van een bepaalde breedte en dikte, maar op twee houten platen. De overeenkomst met de Tripp Trapp is slechts dat die platen van opzij bezien een L-vorm hebben, zij het in spiegelbeeld ten opzichte van de Tripp Trapp, terwijl de platen een aanmerkelijk kleinere hoek met elkaar maken dan de liggers met de standers van de Tripp Trapp. De constructie is dan ook een geheel andere. Hieruit volgt dat de Zig-zagstoel geen, althans niet noemenswaardig, afbreuk doet aan de oorspronkelijkheid van de L-vorm die de standers en liggers van de Tripp Trapp tezamen hebben.

11. Anders dan de rechtbank, is het hof van oordeel dat de schuine stand van de standers niet louter technisch is bepaald, waarmee bedoeld wordt dat die schuine stand inherent is aan de toepassing van het sleuvenstelsel bij een in hoogte verstelbare kinderstoel. Het hof stelt voorop dat ook voortbrengselen die een technisch effect dienen, voorwerp van auteursrechtelijke bescherming kunnen zijn, mits zij oorspronkelijk zijn. Van bescherming is slechts uitgesloten datgene wat *noodzakelijk* is voor het verkrijgen van een technisch effect. Stokke c.s. stellen gemotiveerd dat het sleuvenstelsel ook kan worden toegepast bij een meegroeikinderstoel met verticale standers. Zij hebben ter onderbouwing van hun stelling bij memorie van grieven een rapport van januari 2008 van prof. A.H. Marinissen overgelegd. In dit rapport wijst prof. Marinissen erop dat een verticale stand van de dragers ‘logisch’ zou zijn. Hij geeft voorbeelden van mogelijke toepassingen van het stelsel waarbij verticale standers (‘draggers’) zijn voorzien van horizontale sleuven (‘geleidingen’) waarin elementen geschoven kunnen worden (afbeeldingen 20 tot en met 24

bij zijn rapport). Dat zijn betoog niet slechts theoretisch is, blijkt uit de door Fikszo c.s. bij pleidooi als productie 13 overgelegde afbeelding van de 'Bopita'-kinderstoel. Deze verstelbare kinderstoel voorziet in twee verticale, althans een aanmerkelijk grotere hoek dan 70° met de liggers makende staanders waarin sleuven zijn aangebracht, waarin de zitting op verschillende hoogtes kan worden tussengeschoven. De rugleuning is dieper naar achteren gebogen en duidelijk zichtbaar in het silhouet: de (in hoogte verstelbare) voetenplank is aangebracht op een vaste verbinding tussen de staanders en steekt alleen naar voren – dus niet naar achteren – uit. Fikszo c.s. stellen dat Stokke de Bopita-kinderstoel niet 'aanpakt' omdat deze zich in hetzelfde prijssegment bevindt als de Tripp Trapp. Zij ziet evenwel over het hoofd dat de Bopita-kinderstoel geen auteursrechtinbreuk maakt op de Tripp Trapp, immers voorziet in een systeem van staanders met sleuven die (nagenoeg) loodrecht op de liggers staan. Doordat de staanders niet schuin, maar (nagenoeg) loodrecht staan en de (cursieve) L-vorm ontbreekt, maakt deze kinderstoel ook een geheel andere totaalindruk. Op de tevens door Fikszo c.s. overgelegde advertentie komt ook een andere, in hoogte verstelbare kinderstoel voor ('Childwood'). Deze stoel, uit een veel lager prijssegment, laat eveneens een andere, niet inbreukmakende toepassing van het systeem van de Tripp Trapp zien.

Naar het oordeel van het hof waren dus andere uitvoeringsvormen met toepassing van dezelfde techniek mogelijk. De maker van de Tripp Trapp heeft gekozen voor een uitvoeringsvorm waarbij alle elementen van de kinderstoel in de staanders zijn verwerkt en wel zodanig dat deze elementen, van opzij bezien, zoveel mogelijk 'wegvallen' tegen de staanders. Aan dit oordeel doet niet af dat de hoek tussen de staanders en de liggers van de Tripp Trapp mede wordt bepaald door de anatomie van de mens (het kind) en voorts door praktische en technische voorwaarden, zoals de lengte van de liggers en de staanders en de stabiliteit van de stoel.

[...]

13. Naar het oordeel van het hof heeft de Tripp Trapp dus twee afzonderlijke auteursrechtelijk beschermde trekken: de schuine staanders waarin alle elementen van de stoel zijn verwerkt en de L-vorm van de staanders en de liggers. Het door Fikszo c.s. ingenomen standpunt dat de auteursrechtelijke beschermingsomvang uitsluitend wordt bepaald door de L-vorm, wordt dus als te beperkt verworpen.

[...]

15. Het hof is in het licht van het voorgaande van oordeel dat de Bambino in ieder geval één van de auteursrechtelijk beschermde trekken van de Tripp Trapp vertoont: de schuine staanders waarin rugleuning, zitting en voetenplank zijn verwerkt, zodanig dat van opzij gezien deze elementen wegvallen tegen de achterwaarts hellende staanders. De L-vorm van de staanders en de liggers van de Tripp Trapp, is in de Bambino als zodanig niet aanwezig. Van opzij gezien vormen de staander tezamen met de dwarsbalk de contouren van een A. Het 'zwevende' effect ontbreekt dan ook bij de Bambino. Dit neemt niet weg dat in het zijaanzicht van de Bambino, als onderdeel van de A-vorm, tevens de L-vorm ligt besloten, hetgeen wordt benadrukt door de keuze de dwarsbalk vrij laag (op ongeveer 9 cm afstand van de vloer) te plaatsen. De vraag rijst welke gevolgen dit heeft voor de totaalindrucken van beide kinderstoelen. In dit verband acht het hof het volgende van belang.

16. Het door de Hoge Raad aanvaarde 'totaalindrucken'-criterium geldt, naar wordt aangenomen, alleen voor voorwerpen van toegepaste kunst. Bij werken van literatuur en (zuivere) kunst levert overname van één auteursrechtelijk beschermd element reeds inbreuk op, ook als de totaalin-

drukken geheel verschillend zijn. Het 'totaalindrukken'-criterium dient om vast te stellen in hoeverre de auteursrechtelijk beschermde trekken van het werk van toegepaste kunst in het beweerdelijk inbreukmakende voorwerp zijn overgenomen en tevens of sprake is van ontlening. Bedacht moet daarbij worden dat de overeenkomst van totaalindrukken iets anders is dan verwarringsgevaar; bij auteursrechtinbreuk is verwarringsgevaar immers geen vereiste. Verder geldt ook bij toegepaste kunst dat de beantwoording van de vraag of sprake is van auteursrechtinbreuk in hoge mate afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder de aard van het werk. Het gaat in dit geval om een ontwerp dat bekroond is met verschillende prijzen en is opgenomen in de collectie van het Vitra Design Museum. Naar het oordeel van het hof, en anders dan de rechtbank, is dan ook sprake van revolutionair ontwerp met een hoge mate van oorspronkelijkheid en een nieuwe visie op het tot dan toe bestaande concept van een kinderstoel. Daarbij past een ruime beschermingsomvang. In een geval als het onderhavige, waarin in een werk twee auteursrechtelijk beschermde trekken kunnen worden onderscheiden, terwijl voorts moet worden uitgegaan van een ruime beschermingsomvang, kan niet worden aanvaard dat het overnemen van slechts één van die trekken zou meebrengen dat van auteursrechtinbreuk geen sprake kan zijn.

17. Het voorgaande in aanmerking genomen is het hof van oordeel dat Bambino met zijn schuine staanders, waarin de rugleuning, zitting en voetenplank zijn verwerkt, in combinatie met de A-vorm van het onderstel, waarin de L-vorm van de staanders en liggers van de Tripp Trapp ligt besloten, van opzij gezien in voldoende mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van de Tripp Trapp vertoont, terwijl het vooraanzicht van beide stoelen alleen hierin verschilt dat bij de Bambino de dwarsbalk tussen de liggers ontbreekt. Een en ander leidt ertoe dat, ook al verschillen de totaalindrukken doordat de L-vorm van staander en ligger in de Bambino niet aanwezig is, de totaalindrukken die de Tripp Trapp en de Bambino maken *te weinig* verschillen voor het oordeel dat de Bambino als een nieuw en oorspronkelijk werk kan worden aangemerkt. Hieruit volgt tevens dat een vermoeden van ontlening moet worden aangenomen. Fikszo c.s. hebben niets gesteld ter ontzenuwing van dit vermoeden. Het hof is dan ook van oordeel dat de Bambino inbreuk maakt op het auteursrecht op de Tripp Trapp. De grieven I tot en met VI zijn in zoverre gegrond.

[...]

19. Het hof overweegt dat Fikszo c.s. in reconventie een verklaring voor recht vorderen dat zij geen inbreuk maken op de auteursrechten van Stokke c.s. De eiser van een verklaring voor recht moet voldoende belang bij zijn vordering hebben (artikel 3:303 BW). Dit geldt in het bijzonder als het, zoals in dit geval, een negatieve verklaring voor recht betreft. Stokke c.s. zijn tijdens deze procedure voor het eerst met de Amber, de Yasmine en de Thomas geconfronteerd. Zij hebben dus niet voorafgaand aan deze procedure Fikszo c.s. aansprakelijk gesteld of bedreigd met een verbodsactie. Wel hebben zij in deze procedure inhoudelijk verweer gevoerd tegen de reconventionele vordering en zich op het standpunt gesteld dat de Amber, de Yasmine en de Thomas inbreuk maken op het auteursrecht op de Tripp Trapp. Fikszo c.s. betwisten dat de Amber, de Yasmine en de Thomas nog niet worden verhandeld. Het hof is van oordeel dat onder deze omstandigheden Fikszo c.s. alleen dan een rechtens te respecteren belang hebben bij hun vordering indien genoemde modellen kinderstoelen thans reeds op de markt zijn, althans indien aannemelijk is dat deze modellen binnenkort op de markt zullen worden gebracht. Het hof zal Fikszo c.s. in de gelegenheid stellen hun standpunt dat de Amber, de Yasmine en de Thomas thans reeds (in Nederland) op de markt zijn of binnenkort zullen zijn, te onderbouwen. Het zal de zaak daartoe naar de rol verwijzen.'

3.6. Het hof wees nog geen (deel-)eindarrest maar hield dat aan, evenals de beoordeling van de grief van Stokke c.s. die gericht was tegen het in reconventie gewezen vonnis.

3.7. Hierna hebben Fikszo c.s. een memorie genomen, waarop Stokke c.s. bij antwoordakte hebben gereageerd.

3.8. Bij eindarrest van 5 oktober 2010 heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd. Het hof heeft, opnieuw rechtdoende (kort samengevat), in conventie voor recht verklaard dat Fikszo c.s. met de kinderstoel Bambino inbreuk maken op het auteursrecht van Stokke c.s., ook op de morele rechten van Opsvik, en hen bevelen met onmiddellijke ingang elke inbreuk in Nederland te staken, met nevenveroordelingen.

3.9. In reconventie heeft het hof bij eindarrest voor recht verklaard dat de stoelen Thomas en Yasmine geen inbreuk maken op de auteursrechten van Stokke c.s. Daarover heeft het hof – voor zover in cassatie van belang – overwogen:

‘9. Het hof heeft in zijn tussenarrest van 30 juni 2009 overwogen dat de Tripp Trapp twee afzonderlijke auteursrechtelijk beschermde trekken heeft: de schuine staanders waarin alle elementen van de stoel zijn verwerkt en de *L*-vorm van de staanders en de liggers (rov. 13 jo rov. 9 en 10). De eerstgenoemde trek geeft de Tripp Trapp een strak, geometrisch uiterlijk [(rov. 9), terwijl door de laatstgenoemde trek het ‘zwevende’ effect ontstaat (rov. 10). De Tripp Trapp ziet er als volgt uit:

[afbeeldingen van de Tripp Trapp, zijaanzicht en vooraanzicht, *A-G*].

Het hof heeft voorts overwogen dat in een geval als het onderhavige, waarin in een werk twee auteursrechtelijk beschermde trekken kunnen worden onderscheiden, terwijl voorts moeten worden uitgegaan van een ruime beschermingsomvang, niet kan worden aanvaard dat het overnemen van slechts één van die trekken zou meebrengen dat van auteursrechtinbreuk geen sprake kan zijn (rov. 16). In het licht hiervan zal het hof onderzoeken of de Yasmine en de Thomas inbreuk maken op het auteursrecht op de Tripp Trapp.

10. De Yasmine i[s] uitgevoerd in blank hout en is voorzien van twee licht gebogen, naar achteren hellende staanders van een bepaalde breedte en dikte waarin rugleuning, zitting en voetenplank zijn verwerkt op (vrijwel) dezelfde wijze als bij de Tripp Trapp. In de staanders kan voorts een opklapbaar blad (aangeduid als ‘eettafel’) worden aangebracht. De staanders zijn voorzien van tien horizontale sleuven waarin de zitting en de voetenplank kunnen worden geschoven op (vrijwel) dezelfde wijze als bij de Tripp Trapp. De naar achteren hellende staanders worden gesteund door aanmerkelijk kortere, eveneens licht gebogen, naar voren hellende staanders, die iets boven het midden van de naar achter hellende staanders daaraan zijn bevestigd. Het zijaanzicht van de Yasmine benadert de contouren van een omgekeerde cursieve letter ‘y’ (*y*). De Yasmine ziet er als volgt uit:

[afbeeldingen van de Yasmine, zijaanzicht en vooraanzicht, *A-G*].

11. Het hof is van oordeel dat de auteursrechtelijk beschermde trekken van de Tripp Trapp niet in de Yasmine zijn terug te vinden, althans niet in zodanige mate dat de totaalindrukken van beide

kinderstoelen overeenkomen. Hoewel ook bij de Yasmine alle elementen van de stoel zijn verwerkt in de schuin naar achter hellende staanders, zijn – anders dan bij de Tripp Trapp – deze staanders niet recht maar licht gebogen, hetgeen het uiterlijk van de Yasmine minder strak maakt. De tweede auteursrechtelijk beschermde trek is geheel niet terug te vinden. De naar achter hellende staanders van de Yasmine rusten immers niet op horizontale liggers, maar op schuin naar voren hellende staanders, zodat bij de Yasmine de *L*-vorm van de staanders en de liggers geheel ontbreekt. Daardoor verschillen de totaalindrukken die de Tripp Trapp en de Yasmine maken zodanig dat de Yasmine als een nieuw en oorspronkelijk werk kan worden aangemerkt.

13. Naar het oordeel van het hof zijn ook in de Thomas de auteursrechtelijk beschermde trekken van de Tripp Trapp niet zodanig aanwezig dat de totaalindrukken van beide stoelen overeenkomen. Daarbij is van belang dat, anders dan bij de Bambino, geen van de twee auteursrechtelijk beschermde trekken van de Tripp Trapp volledig is overgenomen in de Thomas. Ook als aangenomen moet worden dat alle elementen van de kinderstoel in de schuine staanders zijn verwerkt – strikt genomen geldt dat alleen voor de zitting en de voetenplank; de rugleuning is alleen tussen de achterste latten aangebracht en de veiligheidsbeugel alleen tussen de voorste latten – bestaan de staanders van de Thomas uit twee, in lengte verschillende, latten die tezamen, inclusief tussenruimte, breder zijn dan de staanders van de Tripp Trapp. Door de tussenruimte tussen de latten zijn bovendien de rugleuning, de zitting en de voetenplank tussen de latten door zichtbaar en kan niet worden gezegd dat deze elementen zodanig in de schuine staanders zijn verwerkt dat zij van opzij bezien wegvallen tegen de achterwaarts hellende staanders. Een en ander heeft tot gevolg dat de Thomas, van opzij bezien, aanmerkelijk minder strak oogt dan de Tripp Trapp en dat zijn uiterlijk niet als ‘geometrisch’ kan worden aangemerkt. Ook de tweede auteursrechtelijk beschermde trek van de Tripp Trapp is slechts gedeeltelijk terug te vinden in de Thomas. De *L*-vorm van de staanders en de liggers van de Tripp Trapp is als zodanig niet aanwezig, al kan in het zijaanzicht van de Thomas wel een *L* worden gezien als de twee latten van de schuine staanders als geheel worden beschouwd en het gedeelte van de liggers dat zich bevindt vóór de verbinding met de staanders wordt weggedacht. Daar komt echter bij dat de hoek die de staanders en de liggers van de Thomas met elkaar maken groter is dan de hoek die de staanders en de liggers van de Tripp Trapp met elkaar maken. Daardoor wordt wel enig ‘zwevend’ effect verkregen, maar veel minder dan bij de Tripp Trapp. Een en ander leidt ertoe dat de totaalindrukken die beide kinderstoelen maken zodanig van elkaar verschillen dat de Thomas als een nieuw en oorspronkelijk werk kan worden aangemerkt.

14. De rechtbank heeft dus terecht de door Fikszo c.s. in reconventie gevorderde verklaring voor recht toegewezen voor zover deze de Yasmine en de Thomas betreft. Voor zover hun vordering de Amber betreft, moet de vordering worden afgewezen (HR 9 juli 2010, LJN BM2337) wegens gebrek aan belang; de grieven I tot en met VI zijn in zoverre eveneens (immers, tevens voor zover de vordering de Bambino betreft) gegrond.’

3.10. Stokke c.s. hebben tijdig⁵ cassatieberoep ingesteld. Fikszo c.s. hebben verweer gevoerd en tevens incidenteel cassatieberoep ingesteld. Stokke c.s. hebben in het incidenteel cassatieberoep verweer gevoerd. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten. Stokke c.s.

⁵ De cassatiedagvaarding is betekend op 3 januari 2011.

hebben gerepliceerd⁶ en Fikszo c.s. hebben in het principale beroep gedupliceerd en in het incidentele beroep gerepliceerd.

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).

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'⁷ 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, we-

⁶ In het document wordt gerepliceerd in het principale beroep en tevens gedupliceerd in het incidentele beroep.

⁷ Vgl. Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht (2005), § 1.15, p. 19. Hierna geciteerd als: SVV (2005).

tenschap of kunst' juist niét 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 uitgelegd⁸.

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 casu evenmin omstreden uitgangspunt. Er blijft een kwalitatieve drempelis.

4.5. De kwalitatieve drempelis (of: drempelisen) voor een auteursrechtelijk beschermbaar 'werk' is (zijn) niet of nauwelijks in de Auteurswet te vinden.⁹ Wat als 'werktoets' zou moeten gelden, is in de doctrine ontwikkeld.¹⁰ Wat geldt, is in rechtspraak van de Hoge Raad neergelegd.

4.6. In de rechtspraak van de Hoge Raad heeft zich – via de tussenstap van 'eigen of persoonlijk karakter'¹¹ – 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)¹² betref 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'.

⁸ Vgl. bijv. Van Lingen, *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).

⁹ Vgl. evenwel het uit 1985 stammende art. 45a in het hoofdstuk over filmwerken, waar gesproken wordt over een 'bijdrage van scheppend karakter'.

¹⁰ 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.

¹¹ HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355 m.nt. HB (Explicator).

¹² LJN 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.

Er volgde vernietiging en verwijzing.¹³

4.6.2. Uit HR 24 februari 2006 (Technip / Goossens)¹⁴ 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 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] kennelijk niets anders voor ogen gestaan dan het hiervoor bedoelde vereiste dat het werk, hier het 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 blijk 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 per-

¹³ 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.

¹⁴ NJ 2007, 37, AMI 2006, p. 153 m.nt. Quaedvlieg, IER 2006, nr. 39, p. 140.

soonlijke, 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)¹⁵ 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 parfum 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’)¹⁶. 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 onderzoekers 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.

¹⁵ LJN AU8940, NJ 2006, 585 m.nt. JHS, AMI 2006, p. 161 m.nt. Quaadvlieg, IER 2006, 54, p. 201, AA 2006, p. 821 m.nt. Hugenholtz.

¹⁶ LJN BC2153, NJ 2008, 556 m.nt. EJD, AMI 2008/5, nr. 12, p. 136 m.nt. Senftleben, IER 2008, nr. 58, p. 227 m.nt. Seignette, AA 2008, p. 819 m.nt. Hugenholtz.

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 geconcipeerd en door hem bewust in een bepaalde vorm(geving) is gegoten.

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 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.

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)¹⁷ – 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 auteursrechtelijke bescherming het criterium van een ‘duidelijk kunstzinnig karakter’ formuleerde.¹⁸

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 Autojaloezieën-zaak*. Er gelden geen zwaardere drempelisen dan voor werken in het algemeen.

4.8.1. In zijn verwijzingsarrest van 29 november 1985¹⁹ 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 autojaloezie, 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 autojaloezie 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

¹⁷ In 2006 overgebracht naar (titel III) van het Benelux-Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom (Merken en tekeningen of modellen), afgekort BVIE.

¹⁸ Vgl. nader SVV (2005), § 3.38 (waaraan dit nr. ontleend is), met verwijzingen.

¹⁹ NJ 1987, 880, AMI 1986, p. 13, BIE 1986, nr. 15, p. 55.

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 gelijklopende bewoordingen – als (genoegzaam) vereiste vermeld dat er sprake is van een werk met een eigen oorspronkelijk karakter, dat het persoonlijk 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 werken in het algemeen – steeds teruggekeerd.

Bij arrest van 22 mei 1987²⁰ deed het Benelux-Gerechtshof uitspraak op de door de Hoge Raad gestelde vragen. In HR 15 januari 1988²¹ 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 stempel²² 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.²³

²⁰ 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.

²¹ NJ 1988, 376, BIE 1988, nr. 49, p. 170. Zie ook de volgende voetnoot.

²² 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.

²³ Art. 21 BTMW is overigens per 1 december 2003 vervallen.

Daarmee is overigens niet gezegd dat het criterium van het EOK & PS niet toch een serieuze drempelis 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)²⁴ 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 Engeland 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 Zoontjes 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, behoefde 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.'

²⁴ NJ 1997, 293 m.nt. Gielen (Zoontjes/Kijlstra).

4.8.3. In HR 29 juni 2001²⁵ 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^{26,27}.

4.8.4. In HR 8 september 2006 (Slotermeervilla's)²⁸ ging het om vakantiehuizen²⁹, waaraan het hof auteursrechtelijke bescherming had ontzegd. De Hoge Raad casseerde, na te hebben overwogen:

'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/Benetton³⁰ 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:

²⁵ LJN 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.

²⁶ In vergelijking tot de motiveringseisen volgens het Van Dale/Romme-arrest (maar dat was een bodemgeschil).

²⁷ 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.

²⁸ LJN AX3171, NJ 2006, 493, AMI 2006, p. 220 m.nt. Koelman, IER 2006, nr. 84, p. 300 (Timans/Haarsma c.s.).

²⁹ 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.

³⁰ HR 8 september 2006. LJN AV3384, NJ 2006, 492, BIE 2007, nr. 7, p. 41, IER 2006, nr. 93, p. 294.

‘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.³¹ 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 Raad³² en het vervolgens na verwijzing door Hof ’s-Gravenhage gewezen arrest in die zaak.³³

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

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 – rehtens 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)³⁴ 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

³¹ [Voetnoot hier niet overgenomen.]

³² [Voetnoot hier niet overgenomen.]

³³ [Voetnoot hier niet overgenomen.]

³⁴ LJN BK1599, RvdW 2010, 223.

belooft), 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 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.’³⁵ ‘Het overnemen van die elementen is dus vrij.’³⁶

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.

³⁵ Citaat uit SVV (2005), § 3.10 (voetnoten hier niet overgenomen).

³⁶ Citaat uit SVV (2005), § 4.8.

4.9.2. Anderzijds is onderkend dat, nu een voldoende originele *combinatie* van (zelfs alle) elk voor zich onbeschermd elementen toch aan de EOK &PS-toets kan voldoen³⁷, 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 ‘*totaalindruk*’, 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 1979³⁸. Het ging over de vraag of het economieerboek 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*³⁹, had betrekking op beweerdelijke auteursrechtinbreuk door overname van een zgn. *format* voor een tv-programma. De Hoge Raad overwoog⁴⁰, 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.’

³⁷ Vgl. bijv. het oordeel in de spijkerbroekenzaak G-Star/Benetton, vermeld in nr. 3.9.5.

³⁸ NJ 1979, 339 m.nt. LWH.

³⁹ HR 29 november 2002, LJN 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.

⁴⁰ In het verlengde van het chronologisch eerdere arrest Decaux/Mediamax: zie hierna 4.13.1.

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 ontleningsvermoeden⁴¹. 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-)bewijslastkwestie, maar is het een gewoon materieelrechtelijk criterium bij de uitleg van art. 13 Aw⁴².

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.

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 zijn⁴³. 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 trekken⁴⁴ 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-percentage 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 gebruiks-

⁴¹ Als bedoeld in HR 21 februari 1992, NJ 1993, 164 m.nt. JHS (Barbie).

⁴² 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.

⁴³ 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).

⁴⁴ Vgl. de inzet van de zaak Heertje/Hollebrand.

functie 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 aanwijsbaar 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 onbeschermden 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 auteursrechtinbreuk 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/Mediamax⁴⁵ 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

⁴⁵ LJN ZC1942, NJ 1996, 546 m.nt. DWFV; zie ook Quaedvlieg, AMI 1996, p. 195.

‘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 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 zijn⁴⁶.

4.13.7. Het zojuist gezegde brengt mee dat het inderdaad moet gaan om de totaalindrukken van de auteursrechtelijk beschermde trekken, en dus níét 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 frivole, 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.

⁴⁶ Vgl. SVV (2005), § 4.9; Gielen, De totaalindruk in het auteursrecht, IER 2004, nr. 55, p. 255.

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'⁴⁷.

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'.⁴⁸

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.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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).

4.15.2. Ik stip dit punt (nog eens⁴⁹) 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 kunst⁵⁰ (zoals kinderstoelen, de inzet van de onderhavige zaak), zonder inbreuk op auteursrecht méér kan worden ontleend dan aan werken van vrije kunst.⁵¹ Zulke functionele werken genieten in zoverre dus een *beperkte* beschermingsomvang. Dit criterium (*beperkte* beschermingsomvang) mag wél algemeen aanvaard heten.

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

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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.

⁵¹ Vgl. in deze zin bijv. SVV (2005) § 4.8, p. 158 e.v.

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 persoonlijk karakter dat zulk een werk in verband daarmee kan hebben en van de mate van nieuwigheid 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 modellen⁵² 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 gelaten⁵³. 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 gaat⁵⁴, zou moeten worden verruimd door aan te nemen dat de feitenrechter rechtens gehouden is tot de hier voorgestelde wijze van oordeelsvorming, die dan

⁵² NB: de A-G spreekt hier over modellen in de *auteursrechtelijke* context.

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

⁵⁴ De A-G verwijst hier andermaal naar het arrest Heertje/Hollebrand.

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*⁵⁵ suggereert D.J.G. Visser dat de Hoge Raad voor het niet 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 niet 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’.

4.21.1. De auteursrechtelijke drempel 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 ontlening 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 overeenstem-

⁵⁵ DeLex, Amsterdam (2011), p. 15.

ming 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 trekken⁵⁶. 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 meegewogen⁵⁷.

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

4.23.2. In de Screenprints-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

⁵⁶ Zie bijv. SVV (2005), § 4.9.

⁵⁷ 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.

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) gebezigd 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.

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 Gavita/Helle anderzijds, een (wezenlijk) verschil moet worden gezien.⁵⁸

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 aan toont ‘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 oplos-

⁵⁸ Dat is gezien de jaartallen van de arresten al onwaarschijnlijk.

sing 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 auteursrechtelijk juridisch kader zal ik onder 5.2.1 - 5.17 het principale cassatiemiddel, en in nrs. 5.18 - 5.29.5 de auteursrechtelijke klachten van het incidentele cassatiemiddel bespreken. Ik zal tot verwerping van de klachten concluderen.

4.B. Unierecht

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 opsomming⁵⁹:

- (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;

⁵⁹ Doorgaans met alleen de 'roepnaam'.

(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) 'Auteursrechtrichtlijn' (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 272/32.⁶⁰

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 toepassing⁶¹. Ik zie 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 'Auteursrechtrichtlijn' 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. 17⁶²:

'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

⁶⁰ 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.

⁶¹ 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.

⁶² 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').

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* model⁶³.

Dit blijkt uit HvJEU 27 januari 2011 (Flos/Semeraro)⁶⁴. 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:

‘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 wetelijke 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.’

⁶³ Ingeschreven overeenkomstig de GModVo of een (geharmoniseerde) nationale modellenwet resp. (voor de Benelux) het BVIE.

⁶⁴ C-168/09, LJN BP3418, RvdW 2011, 355.

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 Auteursrechtlijn 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 vallen⁶⁵.

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 ‘Auteursrechtlijn’ 2001/29 breed wordt geïnterpreteerd.

4.30. Echo’s hiervan zijn in de onderhavige zaak *Stokke c.s./Fikszo c.s.* te vinden in de principaal onderdelen I.2(a) en II.2(a) (en in onderdeel III.1 is wellicht een echte klacht te ontwaren), waar *Stokke c.s.* refereren aan het *Infopaq*-arrest van HvJEG 16 juli 2009 (C-5/08)⁶⁶. *Stokke c.s.*

⁶⁵ In het genoemde arrest *Flos/Semeraro* kwamen deze niet aan de orde, omdat dáároveň geen vragen waren gesteld. Aan rov. 21 van het arrest valt te ontlezen 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’).

⁶⁶ 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.

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.⁶⁷

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 Auteursrecht richtlijn 2001/29 reden 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. 51⁶⁸:

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

⁶⁷ Vgl. ook de uitwerking in rov. 45-48, hieronder aangehaald in nr. 4.38.1.

⁶⁸ In nr. 4.38.1 zal ik nog ingaan op tussenliggende overwegingen.

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*)⁶⁹. 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 oorspronkelijkheidscriterium vervullen. In dit verband voldoen onderdelen van de grafische gebruikersinterface die louter worden gekenmerkt door hun technische functie, niet aan dit criterium.’

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*)⁷⁰.

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 werktoets. 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-)fotografie *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 voorza-

⁶⁹ 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.

⁷⁰ 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. Rorsch.

gen 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 werktoets 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-arresten⁷¹ 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 wettent te onttrekken, is dat in de besproken arresten een illusie gebleken (zulks tot 'verbijstering en verontwaardiging' in buitenlandse door Hugenholtz genoemde literatuur⁷²).

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:

⁷¹ NJ 2011, 289.

⁷² Waaraan uiteraard ontelbare commentaren (vermeerderd na het Painer-arrest), al dan niet op internet, zouden kunnen worden toegevoegd.

‘Voor Nederland lijken de gevolgen minder ingrijpend te zijn. Weliswaar overheerst ook hier de verbazing⁷³, 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’⁷⁴.

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.⁷⁵ – 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 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).

⁷³ 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.

⁷⁴ Hugenholtz verwijst naar: D.J.G. Visser, ‘Endstra ingehaald door Infopaq’, B9 8122.

⁷⁵ Zie hierboven nr. 4.6.4. In deze zin ook Speyart, a.w. (voetnoot 73).

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 oorspronkelijkheidscriterium 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 enscenering, de pose van de te fotograferen persoon of de belichting kiezen. Bij het nemen van de portretfoto kan hij de camera-instelling, de invalshoek 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 keuzes 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 hóe 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 beschermde 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 International, 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, dan 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-jurisprudentie⁷⁶.

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 werkkarakter *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 werктоets voldoet, een (in beginsel) verboden verveelvoudiging aanneemt.

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. aangevoerde *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.

⁷⁶ Zie hierboven nrs. 4.7.2 en 4.8.1.

5. Bespreking van de cassatiemiddelen

5.1.1. Alvorens over te gaan tot bespreking van de cassatiemiddelen, wijs ik erop dat deze zaak met rolnr. 11/00447 en de zaak met (Hoge Raad-)rolnr. 11/04114 (Hauck/Stokke c.s.) op het stuk van het materieel auteursrecht nogal verstrengeld zijn. In die zaak concludeer ik heden eveneens. De verstrengeling komt doordat in de Hauck/Stokke c.s.-zaak met (HR-)rolnr. 11/04114, het hof 's-Gravenhage overwegingen (de rov. 11-13 en 16 van het tussenarrest d.d. 30 juni 2009) uit de onderhavige zaak Stokke c.s./Fikszo c.s. heeft overgenomen en tot de zijne gemaakt.

5.1.2. Ik teken aan dat de (incidentele) cassatieklachten van Fikszo BV en H3 Products BV in de onderhavige zaak met (HR-)rolnr. 11/00447 en de cassatieklachten van Hauck in de zaak met (HR-)rolnr. 11/04114 tegen (inhoudelijk) dezelfde overwegingen van het hof, niet (althans niet steeds) inhoudelijk corresponderen.

5.A. Principaal cassatieberoep van Stokke c.s.

5.2.1. Het uit de onderdelen I tot en met III opgebouwde middel is gericht tegen rov. 4, 7, 9, 10, 13, 15, 16 en 17 van het tussenarrest van 30 juni 2009 (hierna: het tussenarrest) en rov. 11, 13 en 14 van het eindarrest.

5.2.2. Nu het hof ten aanzien van de Bambino heeft geoordeeld dat deze stoel inbreuk maakt op de auteursrechten op de Tripp Trapp, missen klachten van Stokke c.s. over 's hofs wijze van oordeelsvorming in zoverre belang en kunnen zij in zoverre niet tot cassatie leiden. Stokke c.s. hebben bij deze klachten vanzelfsprekend wél belang voor zover het gaat om toewijzing van de reconventionele vorderingen van Fikszo c.s. met betrekking tot de Yasmine en de Thomas.

5.3.1. *Onderdeel I* is gericht tegen rov. 4 van het tussenarrest. Het klaagt onder *I.1(a)*, samengevat, dat het hof een onjuiste maatstaf voor de inbreuktoets heeft aangelegd door (i) uit te gaan het criterium van het *Una Voce Particolare*-arrest, terwijl dat criterium alleen gegeven zou zijn als een regel m.b.t. omkering van de (ontlenings-)bewijslast; en door (ii) niet uit te gaan van het criterium van het arrest *Decaux/Mediamax*, dat – in tegenstelling tot het *Una Voce Particolare*-arrest – voor de inbreuktoets zou meebrengen dat bij de totaalindrukken niet alleen de ‘auteursrechtelijk beschermde trekken’ maar *alle* elementen in de beoordeling zouden moeten worden betrokken.

5.3.2. De klacht faalt omdat zij uitgaat van onjuiste lezing van beide arresten van de Hoge Raad en dus van een onjuiste rechtsopvatting. Zoals in nrs. 4.13.1 - 4.13.8 uiteengezet, gaat het ook

volgens het arrest *Decaux/Mediamax* om vergelijking van (alleen) de ‘auteursrechtelijk beschermde trekken’, hetgeen in het (latere) *Una Voce Particolare*-arrest zijn bevestiging vindt. En zoals uiteengezet in nr. 4.10.2, kan de daar besproken *Una Voce Particolare*-regel weliswaar (mede) van belang zijn voor de vraag of er reden is voor bewijslevering ten aanzien van (niet-) ontlening, maar gaat het om een regel van algemene strekking ter zake van de toepassing van het ‘totaalindrukken’-criterium.

Waar het hof tot uitgangspunt heeft genomen dat het er om gaat of het beweerdelijk inbreukmakende werk de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk vertoont, zodanig dat de totaalindrukken overeenkomen, is het van een juist uitgangspunt uitgegaan.

5.3.3. Na het vorenstaande behoeft *onderdeel I.1(b)* geen bespreking.

5.4. *Onderdeel I.2* richt zich tegen de rov. 7, 9, 10, 13, 15, 16 en 17 van het tussenarrest en de rov. 11, 13 en 14 van het eindarrest.

5.5.1. *Onderdeel I.2(a)* verwijt het hof niet de totaalindruk van de stoelen te beoordelen, maar slechts een tweetal elementen van het Tripp Trapp ontwerp te hebben geïsoleerd, te weten de schuine staanders waarin alle elementen van de stoel zijn verwerkt en de *L*-vorm die de staanders en liggers samen vertonen. Het hof past aldus het ‘totaalindrukken’-criterium van het *Decaux/Mediamax*-arrest niet toe, althans onjuist toe, en verliest uit het oog dat de omstandigheid dat bepaalde elementen, zoals zuiver functionele elementen of stijl, op zichzelf niet te beschermen zijn, nog niet meebrengt dat die elementen niet kunnen bijdragen aan het karakter van het werk en dus ook relevant kunnen zijn voor de vraag of sprake is van inbreuk. Overname van zulke niet te beschermen elementen moet – aldus nog steeds de klacht – worden meegenomen bij de beoordeling en beantwoording van de inbreukvraag.

5.5.2. Het onderdeel haalt enige criteria door elkaar. In het arrest *Una Voce Particolare* (zie hierboven 4.10.1) heeft de Hoge Raad het concept van ‘auteursrechtelijk beschermde trekken’ (klaarblijkelijk: tegenover niét auteursrechtelijk beschermde trekken) aanvaard. Dat brengt mee dat de rechter alle reden heeft om bij beoordeling van het ‘eerdere’ werk (dat van de eiser) in het kader van de ‘EOK & PS’-werktoets zulke ‘auteursrechtelijk beschermde trekken’ van ‘niét auteursrechtelijk beschermde trekken’ te onderscheiden. Dat is precies wat het hof in rov. 9 en 10 (en 13) van het tussenarrest en in rov. 9 van het eindarrest – rechtens juist dus – gedaan heeft.

Uit het resultaat van de werktoets (‘EOK & PS’, die kunnen worden bepaald door verschillende elementen) volgt *of* en zo ja *in hoeverre* (‘auteursrechtelijk beschermde trekken’) sprake is van een beschermd werk. Het recht van de auteur is, voor zover hier van belang, in ieder geval begrensd in die zin dat inbreuk overneming van ‘auteursrechtelijk beschermde trekken’ veron-

derstelt. Ik verwijs naar hetgeen ik in nr. 5.3.2 bij de bespreking van het (falende) onderdeel I.1(a) heb gezegd.

Bij de ‘nabootsings’-inbreuktoets komt dan (zo nodig) aan de orde of en in hoeverre – naar het criterium van het *Una Voce Particolare*-arrest, nu met enkele cursiveringen – ‘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’⁷⁷.

5.5.3. Reeds hierop stuit de klacht van het onderdeel af, mede in het licht van het falende onderdeel I.1(a).

5.5.4. Ten overvloede merk ik op dat – voor zover het hof, anders dan ik meen, in de bestreden overwegingen zou hebben moeten toekomen aan het ‘totaalindrukken’-criterium van de arresten *Una Voce Particolare* en *Decaux/Mediamax* – het onderdeel nog steeds niet slaagt. Ik kan daartoe verwijzen naar nrs. 4.13.1 - 4.13.8. Onderdeel I.2(a) miskent namelijk ook dat het ‘totaalindrukken’-criterium (anders dan optel- en aftrekwerk) *nu juist meebrengt* dat verschil ten aanzien van één vormelement of kenmerk (en dus ook verschil ten aanzien van twee vormelementen of kenmerken) kan en mag leiden tot het oordeel dat er sprake is van andere totaalindrukken.

5.5.5. Overigens berust het onderdeel m.i. ook op verkeerde lezing van de bestreden arresten. Anders dan het onderdeel stelt, heeft het hof wel degelijk (zelfs betrekkelijk uitvoerige, van illustraties voorziene) beschouwingen gewijd aan *tal* van aspecten van de vormgeving van de stoelen: voor de Tripp Trapp met name in de (in het onderdeel niet aangehaalde) rov. 8 van het tussenarrest, en voor de Yasmine en de Thomas met name in de (in het onderdeel niet aangehaalde) rov. 10 en 12 van het eindarrest, terwijl het ook in de rov. 11 en 13 nader op diverse (andere) aspecten van de vormgeving van de stoelen ingaat. Dat het hof in rov. 9 en 10 (en 13) van het tussenarrest en in rov. 9 van het eindarrest – *in het kader van de ‘EOK & PS’-werktoets* – de schuine staanders waarin alle elementen van de stoel zijn verwerkt resp. de L-vorm aanmerkt als de twee auteursrechtelijk beschermde trekken (en dat dat doorwerkt bij de inbreuktoets) doet daaraan niet af.

5.5.6. Voor zover het onderdeel nog klaagt over miskennis van rov. 38 en 39 van het Infopaq-arrest van het HvJEU, verwijs ik naar nrs. 4.30 e.v., i.h.b. nrs. 4.39.1 - 4.40.

⁷⁷ De rechter die onmiddellijk van oordeel is dat bij de objecten van eiser en gedaagde – sowieso – van overeenstemmende totaalindrukken geen sprake is, behoeft zich niet nader in een onderzoek naar de ‘auteursrechtelijk beschermde trekken’ van het object van de eiser te begeven. Vandaar de woorden ‘(zo nodig)’ in het begin van bovenstaande alinea.

5.5.7. Bij de klachten tegen rov. 15-17 van het tussenarrest, die uitsluitend betrekking hebben op de Bambino, hebben Stokke c.s. geen belang. Ook bij de (niet nader gespecificeerde) klacht tegen rov. 7 van het tussenarrest hebben Stokke c.s. geen belang, terwijl de klacht tegen rov. 14 van het eindarrest het lot van het gehele onderdeel deelt.

5.6. De motiveringsklacht onder *I.2(b)* faalt in het verlengde van hetgeen ik in nr. 5.5.5 heb aangegeven. Ook overigens faalt de klacht. De stellingen waarnaar wordt verwezen komen er – naar de kern genomen – op neer dat de Tripp Trapp een ruime auteursrechtelijke bescherming toekomt vanwege het oorspronkelijk en eigen karakter. Dat heeft het hof echter niet miskend, integendeel: ook het hof heeft tot uitgangspunt genomen dat de Tripp Trapp – vanwege de hoge mate van oorspronkelijkheid van het revolutionaire ontwerp van de Tripp Trapp – een ruime beschermingsomvang toekomt. Dat die bescherming per saldo minder ruim uitvalt dan Stokke c.s. zouden wensen, doet daaraan niet af.

5.7.1. Volgens *onderdeel I.2(c)* is 's hofs oordeel rechtens onjuist waar het hof miskent dat bij de beoordeling van een auteursrechtelijke inbreukvraag de nadruk dient te liggen op de punten van overeenstemming en niet op de punten van verschil. Door zich bij de beoordeling te beperken tot twee door het hof geïdentificeerde vormgevingselementen, hebben alle anderszins overeenstemmende elementen ten onrechte geen rol gespeeld bij de beantwoording van de inbreukvraag door het hof.

5.7.2. Een regel dat de feitenrechter bij de beoordeling van een inbreukvraag meer nadruk zou dienen te leggen op de punten van overeenstemming dan op de punten van verschil is – anders dan het onderdeel beweert – niet te vinden in het Decaux/ Mediamax-arrest, om niet te zeggen: integendeel (in de zin dat het juist niét aankomt op 'optellen en aftrekken')⁷⁸. Zij ligt evenmin besloten in andere rechtspraak van de Hoge Raad over Nederlands auteursrecht. Voor zover zij besloten ligt in het door Stokke c.s. aangehaalde arrest HR 16 april 1999 (Bigott/Doucal)⁷⁹, 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).

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

5.8. Na het vorenstaande behoeft *onderdeel I.2(d)* geen bespreking.

5.9. *Onderdeel II* richt zich tegen rov. 9, 11 en 13 van het eindarrest.

⁷⁸ Vgl. over dat arrest hierboven de nrs. 4.13.1 - 4.13.8 en 4.22.

⁷⁹ NJ 1999, 697 m.nt. Hugenholtz, IER 1999, nr. 29, p. 164 m.nt. Grosheide.

5.10.1. *Onderdeel II.1(a)* betoogt dat 's hofs oordeel dat de Yasmine en de Thomas als nieuwe oorspronkelijke werken kunnen worden aangemerkt, enkel en alleen door te beoordelen dat twee door het hof geïdentificeerde 'auteursrechtelijk beschermde trekken' van de Tripp Trapp niet 'in zodanige mate in de Yasmine en Thomas stoel voorkomen dat de totaalindruk overeenkomt met de Tripp Trapp', rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk is. Onder verwijzing naar (wederom) het *Una Voce Particolare*-arrest van HR 29 november 2002 wordt geklaagd dat het hof ten onrechte heeft nagelaten te onderzoeken of de Yasmine en de Thomas stoel werken zijn met een eigen, oorspronkelijk karakter die tevens het persoonlijk stempel van de maker dragen overeenkomstig artikel 10 Aw.

5.10.2. De klacht faalt omdat zij uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting (en daarmee ook een onjuiste interpretatie van het *Una Voce Particolare*-arrest). Toegegeven zij dat het wettelijk inbreukcriterium van art. 13 Aw (uit 1912) ten deze letterlijk luidt: '... in het algemeen iedere gehele of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigden vorm, welke niet als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt'⁸⁰. De wetgever heeft de – op zich juiste – gedachte gehad dat in het geval dat een bewerking of nabootsing zodanige afwijkende, eigen trekken vertoont dat zij 'als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt', er geen sprake is van inbreuk.

Het is echter reeds lang – met name ook door de Hoge Raad – onderkend, dat de wetgever daarmee niet gezegd heeft dat er *slechts* in dat geval geen inbreuk is. Ik citeer uit SVV (2005), § 4.7 (incl. twee daar geplaatste voetnoten):

'In artikel 13 betekent [...] "nieuw, oorspronkelijk werk", evenwel iets anders: daar geeft het aan dat dit werk zo weinig auteursrechtelijk beschermde trekken van een ander werk overneemt, dat het auteursrechtelijk daarvan onafhankelijk is.'⁸¹

[...]

Volgens de tekst van het artikel is iets dus hetzij een verveelvoudiging, hetzij een nieuw oorspronkelijk werk. Er is echter nog een derde mogelijkheid: het voortbrengsel dat noch het een, noch het ander is.⁸² Zie ook § 3.51 sub 5.'

⁸⁰ Ik teken aan dat de door HR in het *Una Voce Particolare*-arrest gebezigde term 'zelfstandig werk' is te beschouwen als een verkort synoniem voor 'nieuw, oorspronkelijk werk'.

⁸¹ [SVV verwijst hier naar:] Gerbrandy, p. 194; Spoor, AMR 1985, p. 109.

⁸² [SVV verwijst hier naar:] HR 28 oktober 1983, NJ 1984, 184, m.nt. LWH, BIE 1984, nr. 51, p. 172 (Olielampjes). Deze zaak had betrekking op een simpel olielampje, dat gedeeltelijk was nagebootst. Het Hof Arnhem achtte de nabootsing geen verveelvoudiging, maar evenmin zag het daarin een zelfstandig auteursrechtelijk beschermd werk. Het cassatiemiddel achtte dit tegenstrijdig, mede gezien de tekst van art. 13, maar de Hoge Raad verwierp het cassatieberoep.

Zolang er geen sprake is van een processuele noodzaak (bijv. een tegenvordering wegens ‘beweerde namaak van de beweerde namaak’) volstaat dus het oordeel dat het posterieure voortbrengsel (qua totaalindrukken) te weinig auteursrechtelijk beschermde trekken van het anteriore werk overneemt, en behoeft niet te worden onderzocht of het posterieure voortbrengsel zelf aan de ‘EOK & PS’-werktoets zou voldoen.

5.11.1. *Onderdeel II.1(b)* verwijt het hof dat zijn oordeel in rov. 9 van het eindarrest innerlijk tegenstrijdig is en daarmee onbegrijpelijk, dan wel onvoldoende met redenen omkleed. Het hof heeft in de rov. 9 en 10 van zijn tussenarrest twee ‘auteursrechtelijk beschermde trekken’ gedefinieerd. Hoewel het hof in rov. 1 van het eindarrest vervolgens zegt te blijven bij hetgeen in het tussenarrest is overwogen en beslist, past het hof in zijn eindarrest een andere definitie toe van de twee ‘auteursrechtelijk beschermde trekken’ dan die welke gedefinieerd zijn in het tussenarrest, aldus dit onderdeel.

5.11.2. Voor zover het onderdeel klaagt dat rov. 9 van het eindarrest zelf innerlijk tegenstrijdig is, faalt het reeds omdat het in geen enkel opzicht aangeeft waarom dat zo zou zijn, en dus niet voldoet aan de eisen van art 407 Rv.

5.11.3. Hetzelfde geldt voor zover het onderdeel bedoelt te klagen dat rov. 9 van het eindarrest in strijd is met hetgeen het hof in rov. 9 en 10 van het tussenarrest heeft overwogen. Overigens valt tegenstrijdigheid niet in te zien. Het hof heeft in rov. 9 van het eindarrest (met verwijzingen naar het tussenarrest) zakelijk hetzelfde overwogen de auteursrechtelijk beschermde trekken overwogen als in de rov. 9 en 10 van het tussenarrest, samengevat in rov. 13 van het tussenarrest.

5.11.4. Voor zover het onderdeel klaagt dat het hof, dat in rov. 1 van het eindarrest zegt te blijven bij hetgeen in zijn tussenarrest is overwogen en beslist, in strijd daarmee in rov. 11 en 13 van het eindarrest is afgeweken van de rov. 9 en 10 van het tussenarrest (met de aldaar gedefinieerde twee ‘auteursrechtelijk beschermde trekken’), door in rov. 11 en 13 van het eindarrest een andere definitie van de twee ‘auteursrechtelijk beschermde trekken’ toe te passen, stuit het evenzeer af op de ingevolge art. 407 Rv. aan cassatieklachten te stellen eisen.

Het onderdeel volstaat in wezen met knippen en plakken van de desbetreffende rechtsoverwegingen (uit het tussenarrest en het eindarrest) in de cassatieschriftuur. Het geeft op geen enkele wijze aan op welke punten de rov. 11 en 13 van het eindarrest nu eigenlijk zouden afwijken van de rov. 9 en 10 van het tussenarrest. Het legt dus een ongemotiveerd ‘zoekplaatje’ aan de cassatierechter voor.

5.11.5. Ik teken, terzijde, nog aan dat ook indien een wél onderbouwde klacht hierover aan de eis art. 407 Rv. zou hebben voldaan, zo'n klacht vermoedelijk nog steeds van het tapijt zou moeten verdwijnen omdat zij in wezen – in de vorm van motiveringsklachten – om een hernieuwde beoordeling van feitelijke stellingen vraagt, en zulks een beoordeling de taak van de cassatierichter te buiten gaat.⁸³

5.11.6. Te allen overvloede teken ik – meer materieel – bij dit subonderdeel nog aan dat allicht sprake is van *verkeerde lezing*. Ik vraag mij namelijk af of de stellers van het middel onderkennen dat in rov. 11 en 13 van het eindarrest (over de Yasmine en de Thomas) niet zo maar sprake kan zijn van een zelfde (één op één) verhouding tot de rov. 9 en 10 van het tussenarrest (over de Tripp Trapp), als waarvan sprake was in rov. 14-17 van het tussenarrest (over de Bambino). Dat Stokke c.s. anders gewenst zouden hebben, doet daaraan niet af.

5.12. Na het vorenstaande behoeft *onderdeel II.1(c)* geen bespreking.

5.13.1. *Onderdeel II.2(a)* klaagt over het voorbijgaan aan essentiële stellingen. Het hof heeft zich beperkt tot de twee door hem geïdentificeerde 'auteursrechtelijk beschermde trekken' en is daarmee voorbij gegaan aan de stelling dat meer door Stokke c.s. genoemde elementen, die ook eigen oorspronkelijk karakter hebben en het persoonlijk stempel dragen van de maker, meegewogen hadden moeten worden. Stokke c.s. verwijzen in dit verband naar hun stellingen in de MvG onder 24, 27, 28, 45, 49, 58-64 en 75 en de pleitnota in appel onder 25.

5.13.2. Op de plaatsen waarnaar wordt verwezen, stellen Stokke c.s. dat de beschermingsomvang van de Tripp Trapp wordt vergroot doordat de stoel diverse elementen bevat die bijzondere vormgevingskeuzen bevatten. Zij stellen dat 'bijvoorbeeld de keuze voor (i) stijlen, voor (ii) staanders aan de onderzijde, voor (iii) een diagonaal in de stijlen, (iv) voor een aanknoping aan de voorzijde van diagonaal en staanders, (v) voor hout, (vi) voor metalen tegenelementen, (vii) voor een open, transparant uiterlijk etc etc' niet noodzakelijk zijn om de functionaliteit van de Tripp Trapp als meegroeistoel vorm te geven (MvG onder 49).

5.13.3. Het onderdeel – dat grotendeels een herhaling inhoudt van eerdere klachten – mist feitelijke grondslag. Het hof heeft in rov. 8 van het tussenarrest de eigenschappen van de Tripp Trapp ampel vermeld. Het middel klaagt niet over rov. 8 van het tussenarrest, en dus ook niet dat het hof in de vermelding van de eigenschappen van de Tripp Trapp tekortgeschoten zou zijn.

Het hof heeft bij zijn vervolgens in rov. 9 en 10 van het tussenarrest toegepaste 'werktoets' overwogen dat het als oorspronkelijk aan de Tripp Trapp in het bijzonder beschouwt (rov. 9) de

⁸³ Vgl. bijv. rov. 3.4 van HR 25 november 2005, LJN AT8782, NJ 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting).

schuine staanders waarin alle elementen van de kinderstoel zijn verwerkt en waardoor de stoel een strak, geometrisch uiterlijk krijgt, alsmede (rov. 10 tussenarrest) de *L*-vorm, die ontstaat door de combinatie van de schuine staanders met de horizontale liggers, waardoor het ‘zwevende’ effect ontstaat.

Nu het hof in zijn feitelijk oordeel deze elementen kwalificeert als auteursrechtelijk beschermde trekken, ligt daarin besloten dat het hof mogelijke andere (vormgevings-)keuzes niet als auteursrechtelijk beschermde trekken aanmerkt. Anders dan het onderdeel betoogt, was het hof niet gehouden om nader te motiveren waarom het sommige gestelde (vormgevings-) keuzes auteursrechtelijk niét van belang acht⁸⁴. Het onderdeel miskent ook dat aanwezigheid van ‘legio ontwerpkeuzes van de maker’ nog niet meebrengt dat alle, of diverse combinaties van de in casu (hier: door Opsvik) daaruit gekozen mogelijkheden reeds daarom aan het EOK & PS-criterium voldoen⁸⁵.

5.13.4. Voor zover het subonderdeel (andermaal) klaagt over miskennis van rov. 38 en 39 van het Infopaq-arrest van het HvJEU, verwijs ik naar nrs. 4.30 e.v., i.h.b. nrs. 4.39.1 - 4.40.

5.14.1. Volgens *onderdeel II.2(b)* is ’s hofs oordeel onbegrijpelijk nu de rov. 10, 11 en 13 van het eindarrest – zonder nadere motivering die ontbreekt – niet zijn te rijmen met de overwegingen in de rov. 9 en 10 in het tussenarrest. Het hof overweegt immers met betrekking tot de Yasmine- en de Thomas-stoel in eerste instantie dat ‘auteursrechtelijk beschermde trekken’ wel aanwezig zijn, terwijl het hof vervolgens die ‘auteursrechtelijk beschermde trekken’ toch niet meer aanwezig acht, ‘doordat het opeens andere – triviale – elementen in zijn beoordeling meeneemt, zoals (i) het al dan niet licht gebogen zijn van de staanders, of (ii) het feit dat de vorm niet wordt gevormd door één staander en één ligger, maar door een staander die bestaat uit twee latten en een ligger, of (iii) dat de hoek van de bij de Thomas stoel groter is dan het geval is bij de Tripp Trapp’.

5.14.2. De klacht faalt wegens onjuiste (deels: selectieve) lezing van de rov. 10, 11 en 13 van het eindarrest, en dus gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof heeft niet eerst geoordeeld dat trekken wel aanwezig zijn en vervolgens toch niet meer. Het oordeel van het hof houdt in dat *voor zover* beschermde trekken van de Tripp Trapp in de Yasmine- en de Thomas-stoel zouden zijn terug te vinden, dit niet in zodanige mate het geval is dat de totaalindrukken overeenkomen. Daarbij kent het hof gewicht toe aan de in het onderdeel met (i), (ii) en (iii) aangeduide elementen. Het onderdeel kwalificeert die weliswaar als ‘triviaal’, maar ziet daarbij over het hoofd dat

⁸⁴ Vgl. de conclusie van A-G Asser voor het arrest Decaux/Mediamax onder 2.17 - 2.18, die ik onderschrijf.

⁸⁵ Statistische zeldzaamheid of eenmaligheid is geen maatstaf om tot EOK & PS te concluderen. Vgl. SVV (2005), § 3.12.

het hier om een bij uitstek feitelijk oordeel gaat. Bovendien kent het hof gewicht toe aan nog andere⁸⁶ – in de citaten in het onderdeel deels weggelaten⁸⁷ – verschillen.

5.15.1. *Onderdeel II.2(c)* betoogt dat 's hofs overwegingen in rov. 16 van het tussenarrest en rov. 11 van het eindarrest innerlijk tegenstrijdig zijn, waar het hof eerst oordeelt dat aan de Tripp Trapp stoel een ruime beschermingsomvang dient toe te komen en dat (dus) overname van één van de 'auteursrechtelijk beschermde trekken' al auteursrechtinbreuk oplevert, terwijl het hof vervolgens overweegt dat weliswaar één van de auteursrechtelijk beschermde trekken in de Yasmine terug te vinden is, maar geen dat van auteursrechtinbreuk geen sprake is.

5.15.2. Deze klacht berust op onjuiste lezing van zowel rov. 16 van het tussenarrest als rov. 11 van het eindarrest en mist dus feitelijke grondslag.

Het hof heeft in rov. 16 van het tussenarrest inderdaad geoordeeld dat voor de Tripp Trapp een ruime beschermingsomvang past. Het hof heeft die 'ruime beschermingsomvang'⁸⁸ in dezelfde rov. evenwel *gepreciseerd* in die zin dat 'niet [kan] worden aanvaard dat het overnemen van slechts één van die trekken zou meebrengen dat van auteursrechtinbreuk geen sprake kan zijn.' Anders dan het onderdeel kennelijk tot uitgangspunt neemt, heeft het hof niet geoordeeld dat het overnemen van slechts één van de auteursrechtelijk relevante trekken zonder meer auteursrechtinbreuk met zich brengt. Uit het oordeel van het hof kan slechts worden afgeleid dat ook het overnemen van slechts één (van de twee) auteursrechtelijk beschermde trekken tot auteursrechtinbreuk *kan* leiden.

Vervolgens moet worden geconstateerd dat – anders dan het onderdeel beweert – het hof niet heeft geoordeeld dat één van de auteursrechtelijk beschermde trekken in de Yasmine is terug te vinden. Integendeel: het hof heeft in rov. 11 van het eindarrest geoordeeld dat de auteursrechte-

⁸⁶ '...hetgeen het uiterlijk van de Yasmine minder strak maakt' (rov. 9 eindarrest); 'bestaan de staanders van de Thomas uit twee, in lengte verschillende, latten die tezamen, inclusief tussenruimte, breder zijn dan de staanders van de Tripp Trapp' (rov. 13 eindarrest); 'Daardoor wordt wel enig "zwevend" effect verkregen, maar veel minder dan bij de Tripp Trapp.' (rov. 13 eindarrest).

⁸⁷ 'De tweede auteursrechtelijk beschermde trek is geheel niet terug te vinden. De naar achter hellende staanders van de Yasmine rusten immers niet op horizontale liggers, maar op schuin naar voren hellende staanders, zodat bij de Yasmine de *L*-vorm van de staanders en de liggers geheel ontbreekt.' (rov. 11, derde volzin eindarrest); 'Daarbij is van belang dat, anders dan bij de Bambino, geen van de twee auteursrechtelijk beschermde trekken van de Tripp Trapp volledig is overgenomen in de Thomas.' (rov. 13, tweede volzin eindarrest); 'Door de tussenruimte tussen de latten zijn bovendien de rugleuning, de zitting en de voetenplank tussen de latten door zichtbaar en kan niet worden gezegd dat deze elementen zodanig in de schuine staanders zijn verwerkt dat zij van opzij bezien wegvallen tegen de achterwaarts hellende staanders. Een en ander heeft tot gevolg dat de Thomas, van opzij bezien, aanmerkelijk minder strak oogt dan de Tripp Trapp en dat zijn uiterlijk niet als 'geometrisch' kan worden aangemerkt.' (rov. 13, vierde en vijfde volzin eindarrest).

⁸⁸ Hierover in het algemeen: nrs. 4.15.1 - 4.15.4 van deze conclusie.

lijk beschermde trekken van de Tripp Trapp niet in de Yasmine zijn terug te vinden, althans niet zodanig dat de totaalindrukken van beide kinderstoelen overeenkomen.

Van innerlijke tegenstrijdigheid is dus geen sprake.

5.16.1. *Onderdeel III.1* is gericht tegen rov. 16 van het tussenarrest. Volgens het onderdeel is het oordeel dat het in het Decaux/Mediamax-arrest (HR 29 december 1995) verwoorde ‘totaalindrukken’-criterium alleen geldt voor werken van toegepaste kunst, en dat alleen bij werken van literatuur en (zuivere) kunst zou gelden dat overname van één auteursrechtelijk beschermd element al auteursrechtinbreuk zou opleveren, onjuist. Volgens het onderdeel volgt uit het Infopaq-arrest van het HvJEU dat voor alle soorten werken geldt dat sprake is van een auteursrechtelijk relevante bewerking/verveelvoudiging als daarin *iets* terug te vinden is van datgene wat het werk tot een auteursrechtelijk beschermd werk maakt, en dat van een auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging sprake is wanneer een eigen intellectuele schepping van de maker is overgenomen, ook als dat slechts een deel van het werk betreft.

5.16.2. Het onderdeel gaat uit van verkeerde lezing van het Infopaq-arrest. Het HvJEU heeft daarin niet geoordeeld dat steeds sprake is van verveelvoudiging (en dus inbreuk) wanneer iets uit een eigen, intellectuele schepping van de maker is overgenomen, ook als dat slechts een deel van het werk betreft. Het oordeel in het Infopaq-arrest komt erop neer dat bij iedere gehele of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigde vorm, *welke niet als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt* in de in hierboven in nr. 5.10.2 aangegeven zin) sprake is van verveelvoudiging. In zoverre is er daarmee dus voor Nederland niets nieuws onder de zon. Ik verwijs voorts naar nrs. 4.30 e.v., i.h.b. nrs. 4.39.1 - 4.40.

5.17. Na het vorenstaande behoeft *onderdeel III.2* geen bespreking.

5.B. Incidenteel cassatieberoep van Fikso c.s.

5.18. Het uit de onderdelen 1 tot en met 5 opgebouwde incidentele middel is gericht tegen rov. 6, 9-11, 13, 16, 17 en 19 van het tussenarrest van 30 juni 2009 (hierna: het tussenarrest) en rov. 8 van het eindarrest.

5.19.1. *Onderdeel 1.1* verwijt het hof een onjuiste rechtsopvatting in rov. 6 van het tussenarrest door – feiten aanvullend – te oordelen dat de auteursrechtelijk beschermde trekken van de Tripp Trapp al aanwezig waren in de versie uit 1972. Ten processe is – aldus het onderdeel – niet gesteld dat de Tripp Trapp in de oorspronkelijke versie uit 1972 de door het hof auteursrechtelijk relevant geoordeelde trekken bezat, terwijl de oudste in het geding gebrachte tekening (in de octrooiaanvraag) dateert van 1974, welke tekening op zich niet zag op de thans aan de orde zijnde

auteursrechtelijk in aanmerking te nemen kenmerken van de Tripp Trapp. Waar voorts ook geen originele Tripp Trapp in de 1972-versie in het geding is gebracht, heeft het hof niet kunnen vaststellen hoe het oorspronkelijke ontwerp van de Tripp Trapp er heeft uitgezien. Het heeft dus, aldus nog steeds dit onderdeel – niet het oorspronkelijke werk tot uitgangspunt genomen en zodoende (ook) blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

5.19.2. De klacht is vergeefs voorgesteld. De rechtbank heeft in haar vonnis onder 2.1 vastgesteld dat Stokke AS sinds 1972 de zogenoemde Tripp Trapp kinderstoel – die ‘is ontworpen door Peter Opsvik’ – op de markt brengt. De rechtbank heeft daarbij afbeeldingen van twee uitvoeringen van de Tripp Trapp opgenomen en voorts overwogen dat de oorspronkelijke Tripp Trapp was uitgevoerd met de lage rugleuning. Tegen deze vaststellingen is in appel geen grief gericht. Dat brengt met zich dat er hof ervan mocht uitgaan dat het oorspronkelijke model van de Tripp Trapp, in 1972, er uitzag als weergegeven in de door de rechtbank opgenomen afbeelding van het model met de lage rugleuning.

Overigens mist de klacht belang, omdat Fikszo c.s. niet (aangegeven waar zij in feitelijke instanties) de anterioriteit van het Tripp Trapp ontwerp – in welke versie ook – ten opzichte van de Bambino, de Yasmine en de Thomas betwisten.

5.20.1. Ook volgens *onderdeel 1.2* zou het hof blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting door feiten aan te vullen. De deeloverweging in rov. 6 van het tussenarrest, inhoudend dat de na 1972 aan de Tripp Trapp aangebrachte wijzigingen door of namens Opsvik zouden zijn uitgevoerd, dat hem de auteursrechten op die wijzigingen zou toekomen en bovendien dat de aangebrachte wijzigingen de auteursrechtelijke beschermingsomvang niet hebben beïnvloed, zijn – aldus het onderdeel – niet door Stokke c.s. gesteld.

5.20.2. Ook dit onderdeel is vergeefs voorgesteld. De rechtbank heeft in haar vonnis onder 2.1, in hoger beroep niet bestreden, vastgesteld: ‘De Tripp Trapp is ontworpen door Peter Opsvik. De afbeelding hieronder toont twee uitvoeringen van de Tripp Trapp.’, waarna twee afbeeldingen van de Tripp Trapp zijn opgenomen, één met een lage en één met een hoge rugleuning. Dat het hof hieruit afleidt dat Opsvik de ontwerper is van deze beide modellen, is niet onbegrijpelijk. Voor het overige moet de klacht falen, omdat Fikszo c.s. niet (aangegeven waar zij in feitelijke instanties) betwisten dat de auteursrechten op de Tripp Trap aan Stokke c.s. toekomen.

5.21.1. Volgens *onderdelen 2.1 en 2.2* (abusievelijk opnieuw als 1.1 en 1.2 genummerd) is – waar het hof in rov. 10 van het tussenarrest heeft geoordeeld dat de L-vorm die ontstaat door de combinatie van de schuine staanders met de horizontale liggers karakteristiek is voor de Tripp Trapp – onbegrijpelijk het oordeel van het hof in rov. 9 van het tussenarrest dat inhoudt dat het hof in het bijzonder als oorspronkelijk aan de Tripp Trapp beschouwt de schuine staanders

waarin alle elementen van de kinderstoel zijn verwerkt. Anders dan het hof heeft geoordeeld, is – volgens onderdeel 2.1 – geen onderscheid te maken tussen beide door het hof benoemde auteursrechtelijke kenmerken. Bovendien is, aldus de klachten onder 2.1 en 2.2, het hof eraan voorbijgegaan dat de schuine stand van de staanders technisch is bepaald omdat naar eigen zeggen van Stokke c.s. één van de ontwerpdoelstellingen was dat de Tripp Trapp aan tafel kon worden aangeschoven.

5.21.2. De klachten falen. Dat het hof in rov. 9, 10 (en 13) van het tussenarrest (expliciet) twee verschillende aspecten/elementen voor ogen heeft gehad (in eerste plaats de omstandigheid dat alle elementen van de stoel in de (schuine) staanders zijn verwerkt ofwel de wijze waarop alle elementen van de stoel (rov. 9) en – daarvan te onderscheiden – karakteristiek de *L*-vorm van de staanders en de liggers (rov. 10)), is geenszins onbegrijpelijk. Dit in ‘lekentaal’ nog eenvoudig te illustreren door de in rov. 10 bedoelde *L*-vorm te bezien als species van wat in de visie van ’s hofs rov. 9 ook gerealiseerd zou kunnen worden met (bijv.) een kopstaande cursieve *T*.

5.21.3. De klachten falen ook voor zover zij stellen dat het hof eraan is voorbijgegaan dat de schuine stand van de staanders technisch is bepaald omdat een van de ontwerpdoelstellingen was dat de Tripp Trapp aan tafel kon worden geschoven. Dat het hof daaraan niet is voorbijgegaan, blijkt uit rov. 11 van het tussenarrest, waarin het hof er – nu kort samengevat – op wijst dat andere, horizontale, uitvoeringsvormen met toepassing van dezelfde techniek mogelijk waren. Ik herinner voorts aan mijn exposé in nrs. 4.23.1-4.23.6 over de verhouding van auteursrecht tot eisen van techniek.

Het hof kon al met al, zonder rechtsschending komen tot het – feitelijke en niet onbegrijpelijke – in rov. 15-17 van het tussenarrest vervatte oordeel (behoudens de tegen nu juist die rov. gericht klachten, waarover hieronder nader) dat ‘de totaalindrukken die de Tripp Trapp en de Bambino [...] *te weinig* verschillen voor het oordeel dat de Bambino als een nieuw en oorspronkelijk werk kan worden aangemerkt’.

5.22.1. *Onderdeel 3* klaagt in de zeven subonderdelen 3.1 t/m 3.7 over het toekennen door het hof van een ‘ruime beschermingsomvang’ aan de Tripp Trapp (rov. 16 van het tussenarrest).

5.22.2. Alvorens op de klachten in te gaan herinner ik eraan (vgl. ook 5.15.2) dat het hof die ‘ruime beschermingsomvang’⁸⁹ in dezelfde rov. *gepreciseerd* heeft, en wel in die zin dat ‘niet [kan] worden aanvaard dat het overnemen van slechts één van die trekken zou meebrengen dat van auteursrechtinbreuk geen sprake kan zijn.’

⁸⁹ Hierover in het algemeen: nrs. 4.15.1 - 4.15.4 van deze conclusie.

Anders dan onderdeel 3 tot uitgangspunt neemt, heeft het hof niet geoordeeld dat de beschermingsomvang van de Tripp Trapp zo ruim is (dat zij met zich brengt) dat overname van één enkel auteursrechtelijk beschermd element *moet* leiden tot het oordeel dat sprake is van inbreuk. Volgens het hof is het mogelijk dat – ook bij een werk van toegepaste kunst waarbij het ‘totaalindrukken’-criterium geldt – reeds bij overneming van één auteursrechtelijk beschermde trek sprake is van inbreuk, ook wanneer in het werk (slechts) twee auteursrechtelijk beschermde trekken kunnen worden onderscheiden. Nu het hof in rov. 16 van het tussenarrest nog slechts oordeelt dat onder die omstandigheden *mogelijk* sprake is van inbreuk, gaat het nog steeds uit van een juiste toepassing van het ‘totaalindrukken’-criterium. Immers in de redenering van het hof is het – bij overnemen van één beschermde trek waar er twee zijn – zowel mogelijk dat sprake is van inbreuk al dat daarvan geen sprake is.

5.22.3. Zoals blijkt, is het bij de beoordeling van de klachten van onderdeel 3 dienstig om voor ogen te hebben wat de Hoge Raad in het arrest Decaux/Mediamax *precies* overwoog over het (of: een) ‘totaalindrukken’-criterium. Ik kan daartoe verwijzen naar nr. 4.13.1 e.v. Daaruit licht ik nog (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.

Hieruit blijkt dat – wat er overigens zij van een meer of minder ‘*ruime*’ beschermingsomvang – het hof als feitenrechter, volgens het criterium van het arrest Decaux/Mediamax, reeds op basis van aanwezigheid van één overeenstemmende auteursrechtelijk beschermde trek (naast verschillen), tot het oordeel mag komen dat de totaalindrukken van de producten van partijen onvoldoende verschillen, en daarmee inbreuk op auteursrecht aanwezig kon achten. Of, in andere woorden (vgl. eveneens nr. 4.13.1 e.v.) kan oordelen dat Fikszo c.s. binnen de grenzen die getrokken worden door de mode, trend of stijl enerzijds en door de eisen van functionaliteit anderzijds, *niet* voldoende afstand van [de Tripp Trapp] genomen hebben, en *niet* met haar ontwerp op een voldoende eigen wijze uiting [hebben] gegeven aan de vigerende stijl, trend of mode van ontwerpen.

5.23.1. *Onderdeel 3.1* klaagt dat het hof in rov. 16 van het tussenarrest heeft miskend dat de beschermingsomvang van een werk dient te worden beoordeeld aan de hand van het eigen karakter van het werk waarvoor auteursrechtelijke bescherming wordt ingeroepen, en – anders dan het hof volgens het onderdeel heeft gedaan – niet kan worden gebaseerd op de toekenning van prij-

zen en de opname van het desbetreffende werk in de collectie van een museum (het onderdeel spreekt van ‘de reputatie van het werk’).

5.23.2. Op zichzelf kan ik onderschrijven dat ten deze – inderdaad – niet de ‘reputatie’ van het werk, maar het eigen oordeel van de rechter aan de hand van de EOK & PS-toets doorslaggevend moet zijn. Toch meen ik dat de klacht niet slaagt, en wel – in de eerste plaats – bij gebrek aan belang.

Zoals in nrs. 5.22.2 - 5.22.3 aangeduid, kan – wat er zij van een ‘ruime’ beschermingsomvang en wat er zij van de redenen om tot een ‘ruime’ beschermingsomvang te besluiten – het feitelijk oordeel van het hof dat ‘ook al verschillen de totaalindrukken doordat de *L*-vorm van staander en ligger in de Bambino niet aanwezig is, de totaalindrukken die de Tripp Trapp en de Bambino maken *te weinig* verschillen voor het oordeel dat de Bambino als een nieuw en oorspronkelijk werk kan worden aangemerkt’ (rov. 17) zelfstandig dragen, waarmee het gebrek aan belang gegeven is.

5.23.3. Overigens faalt onderdeel 3.1 m.i. óók omdat het uitgaat van een onjuiste lezing van het tussenarrest. Volgens het hof (rov. 16) is de vraag of sprake is van auteursrechtinbreuk (en dus van de beschermingsomvang) ‘in hoge mate afhankelijk [...] van de omstandigheden van het geval en wel in het bijzonder van de aard van het werk’. Het hof heeft in rov. 8-13 het ontwerp van de Tripp Trapp aan uitvoerige beschouwingen onderworpen, en daarin aangegeven wat het in het bijzonder als oorspronkelijk in dat ontwerp onderkent. Hoewel het gebruik van de woorden ‘dan ook’ (na de vermelding van de bekroningen en de opneming in een Design Museum) minder gelukkig is, laat de daarop volgende zinsnede ‘een revolutionair ontwerp met een hoge mate van oorspronkelijkheid en een nieuwe visie op het tot dan toe bestaande concept van een kinderstoel’ zich zeer wel begrijpen als een oordeel van het hof zelf dat het hof extern bevestigd ziet; veeleer dan als een louter afgaan door het hof op de reputatie die de Tripp Trapp met die bekroningen en opneming in een Design Museum verkregen heeft. Aldus verstaan, is dat oordeel niet onjuist en ook niet onbegrijpelijk.

5.24.1. *Onderdeel 3.2*, mede gericht tegen rov. 17 van het tussenarrest, klaagt dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de Tripp Trapp een ruime beschermingsomvang toekomt. Voorts klaagt het onderdeel dat het hof het ‘totaalindrukken’-criterium onjuist heeft toegepast.

5.24.2. Het onderdeel bouwt voort op het in nrs. 5.23.2 - 5.23.3 i.v.m. 5.22.2 - 5.22.3 besproken onderdeel 3.1 en deelt dus het lot daarvan.

5.25.1. Volgens *onderdeel 3.3* is het oordeel van het hof onbegrijpelijk – want innerlijk tegenstrijdig – waar het in de eerste volzin van rov. 17 van het tussenarrest oordeelt dat

‘... de A-vorm van het onderstel waarin de L-vorm van staanders en liggers van de Tripp Trapp ligt besloten van opzij gezien in voldoende mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van de Tripp Trapp vertoont’, en in de daarop gevolgde volzin oordeelt dat die omstandigheid ertoe leidt dat de totaalindrukken te weinig van elkaar verschillen, *niettegenstaande* het in diezelfde rov. (in de daarop volgende volzin) voorkomende oordeel: ‘... ook al verschillen de totaalindrukken doordat de L-vorm van staander en ligger in de Bambino niet aanwezig is’.

5.25.2. De klacht berust op een onjuiste lezing van het arrest door het leggen van verkeerde klemtonen.

Ik ‘blok’ nog eens de betrokken passages van deze rov. 17 met drie gecursiveerde beklemtoningen van mijn kant en een cursief van het hof zelf:

‘17. Het voorgaande in aanmerking genomen is het hof van oordeel dat Bambino met zijn schuine staanders, waarin de rugleuning, zitting en voetenplank zijn verwerkt, in combinatie met de A-vorm van het onderstel, waarin de L-vorm van de staanders en liggers van de Tripp Trapp *ligt besloten [curs. A-G]*, van opzij gezien *in voldoende mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van de Tripp Trapp vertoont [curs. A-G]*, terwijl het vooraanzicht van beide stoelen alleen hierin verschilt dat bij de Bambino de dwarsbalk tussen de liggers ontbreekt. Een en ander leidt ertoe dat, ook al verschillen de totaalindrukken doordat de L-vorm van staander en ligger in de Bambino *niet aanwezig is [curs. A-G]*, de totaalindrukken die de Tripp Trapp en de Bambino maken *te weinig [curs. hof]* verschillen voor het oordeel dat de Bambino als een nieuw en oorspronkelijk werk kan worden aangemerkt.’

Bij juiste lezing, met inachtneming van bovenstaande klemtonen is er van innerlijke tegenstrijdigheid geen sprake. ‘Niet aanwezig zijn’ is niet tegenstrijdig met ‘besloten liggen in’; en ‘verschillen de totaalindrukken’ (door ‘niet aanwezig zijn’) is niet tegenstrijdig met ‘te weinig verschillen’ (door ‘besloten liggen in’). Hetgeen het hof hier schrijft, had wellicht handiger verwoord kunnen worden, maar tegenstrijdig is het niet. Ik kan bovendien nog cursiveren de zinsede ‘*terwijl het vooraanzicht van beide stoelen alleen hierin verschilt dat bij de Bambino de dwarsbalk tussen de liggers ontbreekt*’, waaraan het onderdeel geheel voorbijgaat.

5.26.1. *Onderdeel 3.4* betoogt nog dat voor zover het hof in rov. 17 van zijn tussenarrest heeft bedoeld dat het ‘totaalindrukken’-criterium ruimte biedt voor nuancering, het blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Volgens het onderdeel bestaat binnen dit criterium geen ruimte in de zin dat totaalindrukken meer of minder kunnen verschillen.

5.26.2. Het onderdeel gaat op zijn beurt uit van een onjuiste rechtsopvatting⁹⁰. Aanstonds valt te wijzen op miskennis van rov. 3.5 van het arrest *Una Voce Particolare*, waarin de Hoge Raad

⁹⁰ Het gaat ook uit van onjuiste lezing van de noot van Grosheide onder het bestreden arrest in IER 2009 nr. 77, p. 312.

aangeeft dat het erop aan komt '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* [cursivering A-G] verschillen voor het oordeel dat het eerstbedoelde werk als een zelfstandig werk kan worden aangemerkt.'

Ik verwijs verder naar mijn eerdere opmerkingen over het 'totaalindrukken'-criterium in de nrs. 4.9.3 en 4.13.1 - 4.13.8 en (in verkorte samenvatting) nr. 5.22.3 hierboven.

5.27.1. *Onderdeel 3.5* acht 's hofs oordeel dat de *L*-vorm van de Tripp Trapp in de *A*-vorm van de Bambino besloten ligt zonder nadere motivering, die ontbreekt, evenzeer onbegrijpelijk in het licht van het in rov. 15 van het tussenarrest vervatte oordeel dat het zwevende effect van staander en ligger van de Tripp Trapp in de Bambino ontbreekt, terwijl het hof dat zwevende effect in rov. 10 van het tussenarrest juist karakteristiek (en dus auteursrechtelijk relevant) oordeelde voor de Tripp Trapp: *'Daarnaast, en daarvan te onderscheiden, acht het hof karakteristiek voor de Tripp Trapp de L-vorm, die ontstaat door de combinatie van de schuine staanders met de horizontale liggers. Hierdoor ontstaat het "zwevende" effect.'* Aldus is onbegrijpelijk dat het hof enerzijds heeft overwogen dat het zwevende effect – de quintessens van de auteursrechtelijk beschermde trek – in de *A*-vorm van de Bambino ontbreekt (en het hof bovendien heeft geoordeeld dat de totaalindrukken van de Bambino en de Tripp Trapp verschillend zijn), terwijl het hof zijn oordeel dat de totaalindrukken *te weinig* zouden verschillen heeft gebaseerd op de, van zijn zwevende effect ontdane, *L*-vorm die in de *A*-vorm besloten zou liggen. Auteursrechtelijk in aanmerking te nemen is immers de zwevende vorm in de *L*-vorm en niet de *L*-vorm als zodanig, aldus nog steeds dit onderdeel.

5.27.2. Het onderdeel faalt (reeds) omdat het miskent dat het hof zijn oordeel over het inbreukmakend karakter van de Bambino gebaseerd heeft op één van de in de Tripp Trapp onderkende auteursrechtelijk beschermde trekken, nl. (i) *'de schuine staanders waarin rugleuning, zitting en voetenplank zijn verwerkt, zodanig dat van opzij gezien deze elementen wegvallen tegen de achterwaarts hellende staanders'*, en (juist) *niet* op de andere, nl. (ii) *'de L-vorm, die ontstaat door de combinatie van de schuine staanders met de horizontale liggers'*, waardoor het 'zwevende effect' ontstaat (rov. 10 tussenarrest). Het hof overweegt in rov. 15 (dan) ook: *'De L-vorm van de staanders en de liggers van de Tripp Trapp, is in de Bambino als zodanig niet aanwezig'* en *'Het "zwevende" effect ontbreekt dan ook bij de Bambino'*.

Dat het hof zijn feitelijk oordeel mocht baseren op een te klein verschil in totaalindrukken, veroorzaakt door één auteursrechtelijk beschermd element (i), bleek reeds bij de bespreking van eerdere klachten van onderdeel 3. Dat het hof het ontbreken van het zwevende effect – volgens het onderdeel 'de quintessens van de auteursrechtelijk beschermde trek' daaraan niet heeft laten afdoen, komt omdat het daarbij gaat om het andere element (ii). Overigens komt de feitelijke

kwalificatie 'quintessens van de auteursrechtelijk beschermde trek' voor rekening van Fikszo c.s.

Hetgeen het hof overwogen heeft over het besloten liggen van de *L*-vorm van de Tripp Trapp in de *A*-vorm van de Bambino vond reeds zijn bespreking bij onderdeel 3.3; onderdeel 3.5 deelt in zoverre het lot daarvan.

5.28.1. Volgens *onderdeel 3.6* heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, waar het in rov. 16 van het tussenarrest heeft geoordeeld dat 'de totaalindrukken die de Tripp Trapp en de Bambino maken te weinig verschillen voor het oordeel dat de Bambino als een *nieuw en oorspronkelijk werk* kan worden aangemerkt', omdat het hof had dienen te beoordelen of de Bambino kan gelden als een *zelfstandig werk*, hetgeen een minder verstrekkende eis is.

5.28.2. Het onderdeel faalt overeenkomstig de reden waarom onderdeel *II.1(a)* van het principa-
le middel faalt. Ik verwijs naar nrs. 5.10.1-5.10.2 (inclusief voetnoot 80) hierboven.

5.29.1. *Onderdeel 3.7* verwijt het hof dat het zonder motivering is voorbijgegaan aan essentiële stellingen⁹¹ van Fikszo c.s. ter zake van de beschermingsomvang van de Tripp Trapp, en dan met name ten aanzien van 'verwatering' van het auteursrecht op de Tripp Trapp, te weten:

- (i) Dat bij een trendsettend design, zoals de Tripp Trapp, in feite sprake is van een oorspronkelijk product of idee dat op frappante wijze gestalte geeft aan een product, waardoor de dominante waarneming dusdanig wordt beïnvloed dat men in iedere bewerking onmiddellijk de overheersende oorspronkelijke vorm herkent, welke variatie men ook aanbrengt. Het in die omstandigheden jarenlang beschermen en steeds ruimer beschermen van trendsettend design is feitelijk hetzelfde als de door het auteursrecht verboden bescherming van een idee. Op basis daarvan moet naar de mening van Fikszo c.s. dan ook worden vastgesteld dat dit trendsettende product, na afloop van het octrooi in 1992, een (onbeschermd) stijl heeft geïntroduceerd, hetgeen onder meer blijkt uit de gestage jurisprudentie ter zake van al dan niet vermeende inbreuk op de auteursrechten van de Tripp Trapp. Dit een en ander leidt er toe dat de beschermingsomvang dient te worden ingeperkt nu de gebruikte techniek voor iedereen vrij behoort te zijn en feitelijk de open "Z" vorm het enige echt auteursrechtelijke element is en de rest stijl;

- (ii) Voor het aannemen van verwatering van auteursrecht pleit evenzeer dat het niet zo kan zijn dat Stokke c.s. door misbruik van het auteursrecht te maken een grenzeloos monopolie op het verhandelen van de meegroeistoel zouden kunnen verkrijgen. Dat klemt temeer omdat op Nederland steeds grotere internationale druk ontstaat om de auteursrechtelijke beschermingsdrempels en inbreuktoets op te trekken;

⁹¹ Het onderdeel haalt citaten aan uit de CvA, nrs. 22-24, de CvD, nr. 55, en de MvA, nrs. 64-67.

- (iii) De Tripp Trapp is deels verworpen tot onbeschermd stijl, hetgeen leidt tot verwatering van het auteursrecht; bovendien dient een negatieve reflexwerking van het octrooi te worden aangenomen.

5.29.2. De punten (i) en (iii) van het onderdeel vormen een soort echo van enige beschouwingen van Quaadvlieg onder de titel 'Baanbrekende ontwerpen en vrijheid van stijl: het dilemma van de trendsetter in het auteursrecht' in BIE 2004, p. 488⁹².

Ik heb van die beschouwingen⁹³ met veel belangstelling kennis genomen. Zij kunnen evenwel – zoals Quaadvlieg ook onderkent – niet als geldend recht beschouwd worden. Over de vraag of deze criteria als wenselijke rechtsregels beschouwd moeten worden, heb ik twijfels.

Naar mijn mening is er enerzijds via de bekende, in deel 4.A van deze conclusie beschreven leerstukken van de 'EOK & PS'-werktoets (en de uitsluiting van 'datgene wat nodig is voor een technisch effect') alsmede de *Heertje/Hollebrand*-inbreuktoets die voorschrijft dat rekening wordt gehouden met 'de omstandigheden van het geval, in het bijzonder ook van de aard van het beweerdelijk bewerkt of nagebootste werk', voldoende ruimte om binnen het systeem van het auteursrecht echt onwenselijke monopolisering te kunnen voorkomen⁹⁴. Anderzijds meen ik dat (verdergaande) aanvaarding van nadere criteria als verdedigd door het onderdeel en door Quaadvlieg, de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat.

5.29.3. De onder (i) en (iii) aangehaalde stellingnamen kunnen als algemene rechtsklachten m.i. dus niet tot cassatie leiden.

5.29.4. (Ook) overigens valt er op de klachten onder (i) en (iii) nog wel wat af te dingen.

Dat geldt m.i. reeds voor de uitgangstelling dat het auteursrechtelijk beschermen van een trendsettend design in feite neerkomt op de door het auteursrecht verboden bescherming van een idee. Daarover heeft – wat de Tripp Trapp betreft – het hof in rov. 11 van het tussenarrest voldoende gemotiveerd anders geoordeeld.

Op de aanknopng in het onderdeel bij de afloop van het (Noorse?) octrooi in 1992, valt af te dingen dat het middel niet aangeeft (waar Fikszo c.s. gesteld hebben) dat nu juist (of mede) de

⁹² Daartegen: H. Cohen Jehoram, BIE 2007, p. 12 (die ten onrechte meent dat de Hoge Raad in HR 18 september 2006, LJN AV3384, NJ 2006, 492, BIE 2007, nr. 7, p. 41, IER 2006, nr. 83, p. 294 (Benetton/G-Star) de rechtsfiguur van 'verwatering van auteursrecht' al erkend zou hebben en zich daartegen afzet). Zie de genuanceerde, met Quaadvlieg sympathiserende reactie van Visser, BIE 2007, p. 16.

⁹³ Zie eerder in deze richting van dezelfde auteur (o.m.): 'Een stijlloze totaalindruk' (n.a.v. het arrest *Decaux/Mediamax*) in AMI 1996, p. 195; en later: 'Auteursrecht en techniek: fuzzy functionality en subjectieve anorexia tarten de banvloek; bespiegelingen over de Tripp Trapp en de Fatboy' in BIE 2008, p. 182-193. Ik herinner voorts aan het artikel van Huydecoper, 'Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht', BIE 1987, p. 106.

⁹⁴ Ik spreek nog niet eens over (nationaal- of Unie-)mededingingsrechtelijke controle.

schuine staanders voorwerp van octrooibeschermtng zijn geweest. Maar gesteld dat dat wel zo zou zijn geweest, is daarmee de auteursrechtelijke uitsluiting nog niet *gegeven*, zolang de (ooit) geoctrooieerde oplossing de toepassing van andere vormgeving ter verkrijging van hetzelfde technisch effect niet te zeer beperkt (vgl. nr. 4.23.5). Dat het omslagpunt voor ‘verwatering’ tot onbeschermtde stijl gevonden (of: mede gevonden) zou moeten worden in ‘gestage jurisprudentie ter zake van al dan niet vermeende inbreuk op de auteursrechten van de Tripp Trapp’ kan mijns inziens niet aanvaard worden.

5.29.5. Ook de stellingname onder (ii) kan niet tot cassatie leiden. Het hof heeft – blijkens de meer genoemde rov. 4 en 7 van het tussenarrest en de daarop volgende analyse van de auteursrechtelijk beschermtde trekken van de Tripp Trapp, alsmede blijkens de kennelijke en begrijpelijke opvatting in rov. 11 van het tussenarrest dat de verwerking van de elementen van een (verstelbare) kinderstoel, waaronder een sleuvenstelsel, ook in (rechte of schuine) staanders op diverse vormgevingswijzen kan worden bereikt – zonder schending van het recht en op begrijpelijke wijze klaarblijkelijk geoordeeld dat van een door Fikszo c.s. (weinig gesubstantieerd) gesteld ‘misbruik van het auteursrecht’ door Stokke c.s. respectievelijk een (even weinig gesubstantieerd) ‘grenzeloos monopolie’ van Stokke c.s. op de meegroeistoel, geen sprake is. Ook om die redenen behoefde het hof op het pleidooi van Fikszo c.s. voor ‘verwatering van auteursrecht’, wat daar overigens van zij, niet in te gaan.

Hetzelfde geldt voor de (even weinig gesubstantieerde) stelling omtrent een steeds grotere internationale druk op Nederland ‘om de auteursrechtelijke beschermingsdrempels en inbreuktoets op te trekken’⁹⁵.

5.30. *Onderdeel 4* komt op tegen het oordeel van het hof in rov. 19 van het tussenarrest en rov. (7 en) 8 van het eindarrest, die er kort gezegd erop neerkomen dat Fikszo c.s. het belang bij haar vordering ten aanzien van de Amber niet aannemelijk hebben gemaakt.

5.31.1. *Onderdeel 4.1* klaagt dat dit oordeel rechtens onjuist is, omdat (i) Stokke c.s. geen grief hebben gericht tegen het impliciete oordeel van de rechtbank dat Fikszo c.s. wel voldoende belang bij de reconventionele vordering hadden en (ii) Stokke c.s. zich in hoger beroep voor het eerst bij pleidooi op het ontbreken van voldoende belang hebben beroepen.

5.31.2. De onder (ii) bedoelde klacht mist feitelijke grondslag. In rov. 3 van het eindarrest ontzenuwt het hof een gelijkkluidende tegenwerping van Fikszo c.s. door te wijzen op het gegeven dat Stokke c.s. reeds bij conclusie van antwoord hebben aangevoerd dat niet duidelijk is of er

⁹⁵ De ontwikkeling van de rechtspraak van het HvJEU, besproken in deel 4.B van deze conclusie (nrs. 4.29-4.39) wijst niet in die richting.

daadwerkelijk plannen zijn om de stoelen op de markt te brengen, wie dat zou gaan doen en waar deze handel plaats zou gaan vinden.

5.31.3. Voor zover klacht onder (i) niet eveneens bij gebrek aan feitelijke grondslag moet falen, geldt ten aanzien van de daarin opgeworpen vraag of het hof deze passage in de CvA ook als een grief mocht aanmerken, dat (de toelichting op) het middel geen aanvullende argumenten aanlevert die zouden kunnen pleiten voor een ontkennende beantwoording ervan. Op grond van hetgeen partijen over en weer hebben gesteld ben ik van oordeel dat de aan het hof voorbehouden uitleg van de stellingen van Stokke c.s. en de kwalificatie van die stellingen als grief, inzichtelijk en niet onbegrijpelijk is. Onderdeel 4.1 faalt dus in zijn geheel.

5.32. *Onderdeel 4.2*, dat er net als onderdeel 4.1 van uitgaat dat Stokke c.s. zich pas bij beroep op een en ander hebben beroepen, faalt om de in nr. 5.31.2 vermelde redenen.

5.33.1. Volgens *onderdeel 4.3* geeft (i) het zo-even genoemde oordeel van het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de toepassing van art. 3:303 BW doordat het hof heeft nagelaten terughoudend te toetsen en de aanwezigheid van procesbelang te veronderstellen, terwijl hier geen sprake is van een uitzonderingssituatie waarin Fikszo c.s. geacht moeten worden hun procesbelang te bewijzen; althans is (ii) het oordeel onbegrijpelijk in het licht van het door Stokke c.s. gevoerde verweer dat (ook) de Amber auteursrechtinbreuk behelsde, mede gezien het feit dat Stokke c.s. zich tardief op het standpunt hebben gesteld omtrent het ontbreken van voldoende belang; en had (iii) het hof moeten motiveren waarom het in deze situatie er niet van uit kon gaan dat Fikszo c.s. voldoende procesbelang hebben bij haar vordering ten aanzien van de Amber.

5.33.2. De onder (ii) bedoelde klacht deelt het lot van de onderdelen 4.1 en 4.2.

5.33.3. Ten aanzien van klachten onder (i) en (iii) geldt dat Fikszo c.s. met juistheid aannemen dat uit HR 17 september 1993, NJ 1994, 118 m.nt. HER (Severin/Detam) zou kunnen worden afgeleid dat art. 3:303 BW met terughoudendheid moet worden toegepast⁹⁶. Ook is juist de stelling dat de rechter de aanwezigheid van voldoende belang mag veronderstellen, tenzij er sprake is van een uitzonderingssituatie⁹⁷. Volgens het onderdeel doet een dergelijke situatie zich hier niet voor. Die veronderstelling is onjuist.

In de toelichting Meijers over het ontwerp art. 3.11.8 is te lezen:

⁹⁶ Zie bijv. Groene Serie Vermogensrecht (Jongbloed), art. 3:303, aant. 6.

⁹⁷ V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde* (2006), p. 100, verwijzend naar o.m. HR 30 maart 1951, NJ 1952, 29, m.nt. PhANH.

‘Om te kunnen uitmaken of aan de eiser de rechtsvordering op deze grond moet worden ontzegd, moet de rechter niet alleen nagaan of de eiser enig belang bij de vordering heeft, maar ook, of dit belang voldoende is om een procedure te rechtvaardigen. In het algemeen mag voldoende belang voor de eiser worden verondersteld. Slechts bij uitzondering zal de eiser moeten bewijzen, dat hij voldoende belang heeft. Tot die uitzonderingen behoort de rechtsvordering tot verklaring van recht en die als bedoeld in artikel 1 lid 2. Ook voor het tegenwoordige recht zal men dat moeten aannemen. Er is geen reden waarom het in het ontwerp anders zou moeten zijn.’⁹⁸

Nu een verklaring van recht in de onderhavige procedure aan de orde was, staat daarmee vast dat van de zo-even genoemde uitzonderingssituatie sprake was. Bij die stand van zaken stond het het hof niet vrij voldoende belang te veronderstellen en heeft het dus terecht acht geslagen op het relevante verweer van Stokke c.s. De mogelijkheid dat het hof zulks heeft gedaan uit hoofde van de openbare orde (zie de s.t. onder 10.6) behoeft dus geen bespreking.

Hierop ketst de onder (i) bedoelde klacht af.

5.33.4. De klacht onder (iii) gaat uit van de veronderstelling dat het hof niet heeft gemotiveerd dat Fikszo c.s. onvoldoende procesbelang hebben bij haar vordering ten aanzien van de Amber. Daarmee wordt over het hoofd gezien dat het hof een en ander juist uitvoerig heeft gemotiveerd in rov. 4 t/m 8 van het eindarrest.

5.34. Het voorgaande brengt mee dat onderdeel 4 niet tot cassatie leidt.

5.35.1. *Onderdeel 5* constateert dat het hof in het dictum van het eindarrest voor recht heeft verklaard dat het verveelvoudigen en/of openbaar maken door Fikszo c.s. van de Bambino in Nederland inbreuk maakt op de morele rechten van Tripp Trapp-ontwerper Opsvik, maar dat het hof heeft nagelaten dit oordeel op enigerlei wijze te motiveren. Het onderdeel klaagt dat 's hofs beslissing aldus niet voldoet aan het vereiste dat elke rechterlijke beslissing ten minste zodanig dient te zijn gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, om de desbetreffende beslissing zowel voor partijen als voor derden, de hogere rechter daaronder begrepen, controleerbaar en aanvaardbaar te maken.

5.35.2. Art. 25, lid 1, aanhef en onder *c* Aw luidt:

‘De maker van een werk heeft, zelfs nadat hij zijn auteursrecht heeft overgedragen, de volgende rechten: [...]

c. het recht zich te verzetten tegen elke andere wijziging in het werk, tenzij deze wijziging van zodanige aard is, dat het verzet zou zijn in strijd met de redelijkheid’ [...].

5.35.3. Bij inleidende dagvaarding hebben Stokke AS, Stokke Nederland en Opsvik gesteld:

⁹⁸ PG Boek 3 NBW, p. 915. In dezelfde zin Groene Serie Vermogensrecht (Jongbloed), art. 3:303, aant. 6; T&C BW, art. 3:303 BW (Stolker), aant 1; Lindijer, a.w. (2006), p. 100-101.

‘18. De Bambino-stoel maakt daarnaast inbreuk op de persoonlijkheidsrechten, althans op het *droit au respect* en het *droit moral* van Peter Opsvik. Opsvik maakt bezwaar tegen de openbaarmaking van diens bekroonde werk in gewijzigde vorm. Het gaat immers om misvormde of in ieder geval enigszins gewijzigde kopieën van zijn ontwerp.’

Het petitum in de inleidende dagvaarding luidt, voor zover hier van belang, dat de rechtbank

‘a. verklaart voor recht dat, door het vervaardigen en/of openbaar maken door Gedaagden van de Bambino-stoel [...], inbreuk wordt gemaakt op de auteursrechten van Eisers, zowel wat betreft de exclusieve verveelvoudigings- en openbaarmakingsrechten van eisers, als wat betreft de morele rechten van Peter Opsvik’.

5.35.4. Fikszo c.s. hebben zich, naar gebleken is, met tal van argumenten verweerd tegen de door Stokke c.s. gestelde inbreuk op hun auteursrecht. Onderdeel 5 vermeldt echter niet enige vindplaats van enige stellingname waarin Fikszo c.s. zich meer in het bijzonder tegen de in punt 18 inleidende dagvaarding gestelde en het petitum onder (a) bedoelde inbreuk op morele rechten van Opsvik hebben verweerd.

5.35.5. Het hof heeft inbreuk op auteursrechten van Stokke c.s. door Fikszo c.s. aangenomen omdat, nu kort gezegd, de Bambino een ontoelaatbare verveelvoudiging – in gewijzigde vorm – van de Tripp Trapp inhoudt. Dat oordeel is in de eerdere onderdelen van het incidentele middel vergeefs aangevochten.

Met andere woorden (de woorden van nr. 5.73 van de s.t. namens Stokke c.s.): ‘Indien er sprake is van een ongeoorloofde verveelvoudiging in gewijzigde vorm (in de zin van art. 13 Aw) is er immers ook sprake van, in ieder geval, een schending van art. 25(1)(c) Aw, welk artikel de auteur in beginsel recht geeft te ageren tegen elke wijziging in het werk’.

5.35.6. Bij deze stand van zaken is aan de voorwaarden voor de door Stokke c.s. gestelde inbreuk op Opsviks recht ingevolge art. 25 lid 1, aanhef en sub *c* Aw voldaan, en kan bij gebreke aan tegenspraak van Fikszo c.s. ten deze niet gezegd worden dat het hof zijn motiveringsplicht verzaakt heeft. Daarbij verdient nog opmerking dat de uitzondering in art. 25 lid 1, aanhef en sub *c* Aw ‘*tenzij deze wijziging van zodanige aard is, dat het verzet zou zijn in strijd met de redelijkheid*’ een op de gedaagde – in casu Fikszo c.s. – rustende stelplecht veronderstelt, waaraan Fikszo c.s. niet hebben voldaan.

Onderdeel 5 faalt dus.

5.35.7. Ik teken terzijde nog aan dat door Stokke c.s. niets is gesteld over ten gevolge van (mede) inbreuk op de *morele rechten* door Opsvik geleden (bijzondere of extra) schade. Die is er in bovenstaand systeem (nr. 5.73 van de s.t. namens Stokke c.s.) ook niet, en het hof heeft daarover ook niets vastgesteld. In zoverre kan de verklaring voor recht van inbreuk *mede* op morele rech-

ten van Opsvik Fikszo c.s. niet deren, en hebben Fikszo c.s. ook geen belang bij deze cassatieklacht.

6. Conclusie

Mijn conclusie strekt tot verwerping van zowel het principale als het incidentele beroep.

De procureur-generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A-G i.b.d.', written in a cursive style.

A-G i.b.d.