

De ‘onnodigheid en onwenselijkheid’ van verwatering in het auteursrecht

Citeersuggestie: R. Chalmers Hoyneck van Papendrecht, ‘De ‘onnodigheid en onwenselijkheid’ van verwatering in het auteursrecht’, IE-Forum nr. [IEF 11894](#).

Een bijdrage van Roderick Chalmers Hoyneck van Papendrecht, AKD, naar aanleiding van de Conclusie van A-G mr. D.W.F. Verkade inzake Stokke c.s. tegen Fikszo c.s. (zaaknummer 11/00447) [[IEF 11837](#)]

Op 5 oktober 2012 heeft A-G Verkade geconcludeerd in een drietal Tripp Trapp-kinderstoel zaken. De inhoud van de respectievelijke Conclusies – in het bijzonder hoofdstuk 4 “Auteursrechtelijk kader” – vormt een handzaam overzicht van de nationale auteursrechtpraktijk. In de Conclusie bespreekt Verkade slechts bij uitzondering het Unierecht, en, bij deze zeldzame gelegenheden vrijwel uitsluitend ter bevestiging van het door Verkade geponeerde uitgangspunt dat het nationale auteursrecht in overeenstemming is met het geharmoniseerde auteursrecht. In een tijd dat de toepassing van Unierechtelijke normen zelfs in de nationale praktijk de boventoon voert, schept het vertrouwen dat de Auteurswet, zo kort na haar honderdste verjaardag, nog niet definitief bij het grof vuil wordt geparkeerd.

De verschillende Conclusies bevatten vele interessante overwegingen die op zichzelf al een individuele bespreking rechtvaardigen. In deze bijdrage beperk ik mij tot de inhoud van rechtsoverweging 5.29 van de Conclusie in de zaak tussen Stokke en Fikszo; de mogelijkheid van “verwatering van het auteursrecht”.

Het trendsettersdilemma

Met het verwateren van auteursrecht wordt bedoeld op het verworden van vormgevingselementen tot een onbeschermde stijl of trend door veelvuldig gebruik en grootse navolging.

Het dilemma dat ten grondslag ligt aan het concept van verwatering wordt wel gedefinieerd als het ‘trendsettersdilemma’. Moet de trendsetter als gevolg van zijn successen nu een uitgebreidere beschermingsomvang verkrijgen, of wordt hij juist de dupe van zijn eigen succes en neemt de

beschermingsomvang van een werk af daar waar het in de markt tot navolging leidt? Heeft het publieke belang bij de vrijheid tot navolging van stijlen en trends de overhand of weegt de beloningsgedachte zwaarder?¹

- De Auteurswet biedt geen ruimte voor verwatering

Uit de Auteurswet noch uit het Unierecht valt een wettelijke regeling te ontleen die ruimte laat voor het verwatering van auteursrechten. De theoretische ingang voor het bestaan van verwatering in het geldende auteursrechtelijke bestel ontbreekt dan ook. Dit is echter, in de slipstream van het merkenrechtelijke verwateringsbegrip, in de praktijk niet altijd als een belemmering gezien voor toepassing van verwatering.

G-Star/Benetton²: entree van de verwateringsleer?

Eén keer heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de mogelijkheid van verwatering van de beschermingsomvang van auteursrechtelijke werken. In 2006 werd de kwestie G-Star/Benetton in cassatie aan ‘s lands hoogste rechtsorgaan voorgelegd. Het toeval wil dat Verkade ook toen als A-G optrad.

De kwestie G-Star/Benetton vormde aanleiding voor de nodige discussie over de vraag of de Hoge Raad nu wel, of juist niet zijn instemming had gegeven aan het toepassen van het concept van verwatering van auteursrecht.

De verdeeldheid werd hoofdzakelijk veroorzaakt door de inhoud van r.o. 4.69 van de Conclusie van Verkade welke inhoud door de Hoge Raad is overgenomen in r.o. 3.13:

¹ Zie ook A.A. Quaedvlieg, ‘Baanbrekende ontwerpen en vrijheid van stijl: het dilemma van de trendsetter in het auteursrecht’, BIE 2004, 11, p.488 e.v..

² Hoge Raad 8 september 2006, C05/071HR, LJN AV3384. (Benetton/G-Star) [[IEF 2592](#)].

“In het licht van het door de merkenrechtelijke verwatering geïnspireerde toepassing van 'onbeschermde stijl' - aansluiten bij wat algemeen gebruikelijk of 'in de mode' is -, is niet onbegrijpelijk dat het hof verder geen belang heeft gehecht aan G-Stars eigen gebruik van bepaalde vormgevingselementen voor meerdere broeken. Het ligt immers weinig voor de hand dat alleen dat eigen gebruik tot het ontstaan van zo'n vrije stijl zou kunnen leiden.”

Onder meer H. Cohen Jehoram meende dat de Hoge Raad de mogelijkheid van verwatering in het auteursrecht had aangenomen [IEF 3688]³. Door zich te beperken tot de mededeling dat eigen gebruik van de auteur op zichzelf niet kan leiden tot een vermindering van de beschermingsomvang van een werk, valt inderdaad goed te verdedigen dat de Hoge Raad de deur open houdt voor de opvatting dat onder andere omstandigheden, van verwatering wel sprake zou kunnen zijn.

Deze lezing stuitte op de nodige weerstand. O.a. Visser zag in het oordeel van de Hoge Raad juist aanleiding om aan te nemen dat voor verwatering geen plaats was in het Nederlandse auteursrecht [IEF 3689]⁴. Hij benadrukte dat de door Cohen Jehoram aangehaalde, en hiervoor geciteerde overweging, slechts een deel van de redenering van de Hoge Raad vormde. De Hoge Raad heeft aangegeven dat van verwatering geen sprake kan zijn door het enkele eigen gebruik van eigen stijlelementen uit een eerder ontwerp in nieuwe ontwerpen (ook wel “zelfverwatering”, in de woorden van Visser). Visser wijst erop dat de vraag of voor verwatering in het auteursrecht überhaupt plaats was, door de Hoge Raad onbeantwoord is gelaten.

Bovendien, zo heeft Visser mijns inziens terecht gemeend, kan niet worden voorbijgegaan aan de, door Verkade in dezelfde rechtsoverweging besproken, omstandigheid dat “volgens vaste

rechtspraak van de Hoge Raad⁵ bij de vraag of er sprake is van een auteursrechtelijk beschermd werk gekeken [moet] worden naar de situatie ten tijde van het maken van het werk (waarbij niet van belang is of bepaalde onderdelen van het werk daarna gebruikelijk zijn geworden en niet meer als origineel kunnen worden beschouwd).”⁶

Met andere woorden, toetsing of een bepaalde creatie voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt, alsmede de vaststelling van de daaraan verbonden beschermingsomvang, vindt plaats op het moment van creatie en niet op enig ander moment. Nu verwatering inhoudt dat de beschermingsomvang van een werk kan afnemen met de tijd, betekent dit impliciet dat, als de mogelijkheid van verwatering zou bestaan, van een tweede toetsingsmoment sprake moet zijn – bijvoorbeeld op het moment van handhaving van de auteursrechten tegen een derde –, waarbij tot een ander resultaat gekomen zou kunnen worden.

De opening die Cohen Jehoram in r.o. 4.69 constateert voor toepassing van het concept van verwatering, lijkt gelet op het voorgaande, eerder veroorzaakt door een onzorgvuldige formulering van Verkade dan dat Verkade, en vervolgens de Hoge Raad, het verwateringsprincipe bewust zou hebben erkend als geldend recht.

De gewezen rechtspraak na G-Star/Benetton

Mede als gevolg van de onduidelijkheid veroorzaakt door G-Star/Benetton is in de rechtspraak die nadien is gewezen vooral onzekerheid te ontwaren.

Daar waar mogelijk hebben de gerechten zich onthouden van een concreet inhoudelijke toepassing, onder meer door te wijzen op het niet vervullen van de substantiëringsplicht of door met ‘een overweging ten overvloede’ een aanvullende grond te creëren die ook op zichzelf de gewenste beslissing kan dragen. Het door het Gerechtshof te ‘s-Hertogenbosch [IEF 11226] gehanteerde: “Voor zover in het auteursrecht al gesproken zou kunnen worden van verwatering, [...]

³ H. Cohen Jehoram, ‘De Hoge Raad erkent verwatering van auteursrecht door merkenrechtelijke verwatering van een werk tot onbeschermde stijl. Een uniek monstrem en een nieuw obstakel voor het Europese vrij verkeer van goederen’, BIE 2007/1, 12-16.

⁴ Dirk Visser: Verwatering, ‘verknoedeling’ en verandering van wezenlijke waarde: reactie op het artikel van prof.mr. H. Cohen Jehoram. BIE 2007/1, 12-16.

⁵ HR 16 april 1999, nr. 9098, R97/163, NJ 1999, 697 m.nt. P.B. Hugenholtz, AMI 1999, p. 148 m.nt. H. Cohen Jehoram, IER 1999, nr 29, p. 161 m.nt. FWG (Arubaanse zaak Bigott/Doucal).

⁶ Een element dat overigens ook door H. Cohen Jehoram in zijn artikel werd opgemerkt en als ‘regelrecht strijdig’ met het toelaten van verwatering werd aangeduid.

is onvoldoende gemotiveerd en onderbouwd waarom daar in het onderhavige geval sprake van is” vat de toon in de gewezen rechtspraak kernachtig samen⁷.

Minder risicomijdend was de Voorzieningenrechter te Amsterdam die zich eind vorig jaar wel stellig durfde uit te spreken over de toepasselijkheid van het verwateringsbegrip in het auteursrecht⁸. De stelligheid is met name opvallend omdat ‘partij’ wordt gekozen voor de minder gehoorde opvatting, en derhalve vóór toepasselijkheid van verwatering:

“De beschermingsomvang van het werk kan door het feit dat sommige aspecten van de Nomad in de loop van de tijd gangbaar zijn geworden echter wel worden beperkt. Dit zou ertoe kunnen leiden dat in een bodemprocedure wordt geoordeeld dat de oorspronkelijkheid van de Nomad is verwaterd doordat het toepassen van kenmerken van industriële vormgeving op binnenhuisarchitectuur gemeengoed is geworden.”

Stokke/Fikszo: (voorlopig) een knoop doorgehakt

Wie beter dan de auteur van de Conclusie waarin zes jaar geleden is nagelaten een duidelijke stelling in te nemen in de verwateringsdiscussie, kan verklaren wat de strekking is geweest van de in de betreffende Conclusie besloten rechtsopvattingen. In de Conclusie van 5 oktober 2012 ziet Verkade zijn kans schoon om duidelijkheid te scheppen. De A-G en de Hoge Raad hebben in G-Star/Benetton geenszins aangenomen dat auteursrechten kunnen verwateren!⁹

In zijn Conclusie van 5 oktober jongstleden bevestigt Verkade dat in het auteursrecht zijns inziens geen ruimte is voor verwatering.

⁷ Zie voorts o.a. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 augustus 2012, zaaknr. HD 200.080.913/01 (Longchamp/Horsten Lederwaren) [[IEF 11690](#)]; Gerechtshof 's-Gravenhage 19 april 2011, LJN BQ2113, KG ZA 09-155 (H&M/G-Star) [[IEF 9564](#)]; Rechtbank Haarlem 7 januari 2009, HA ZA 07-1510 (Stokke/H3) [[IEF 7465](#)]; Rechtbank Haarlem 29 juni 2007, KG ZA 07-201. (Life Safety Products B.V. tegen Autovision B.V.) [[IEF 4348](#)]; Rechtbank Leeuwarden 27 juni 2007, BIE 2008, nr. 65, p. 460 (Lucky Locked Limited/Van der Meulen Sneek B.V.) r.o. 4.16 [[IEF 4265](#) nr.5]; Rechtbank 's-Hertogenbosch 2 juni 2010, HA ZA 08-754 (Europet-Bernina International B.V. tegen A.K. for Pet's B.V.) [[IEF 8886](#)];

⁸ V.zr. Rechtbank Amsterdam 8 december 2011, LJN BU7623 (Aussenhandelsgesellschaft Wachsmuth & Krogmann tegen Modular Lighting Instruments N.V.) [[IEF 10649](#)].

⁹ voetnoot 92 [[IEF 11837](#)].

- De betekenis van de Conclusie

Betekent de Conclusie in Stokke/Fikszo het definitieve einde van verwatering in het auteursrecht? Als het aan Verkade ligt is dit, binnen het huidige systeem van het auteursrecht, inderdaad het geval. Naast de ‘theoretische’ onmogelijkheid, plaatst Verkade bovendien ook zijn vraagtekens bij de praktische noodzaak en wenselijkheid van een dergelijke rechtsregel.

Verkade acht toepassing van het verwateringsleerstuk onnodig omdat de (EOK & PS-)werktoets en de Heertje/Hollebrand-inbreuktoets in zijn optiek voldoende ruimte laten om binnen het systeem van het auteursrecht de echt onwenselijke monopolisering tegen te gaan. Met andere woorden, een balans tussen de wederzijdse belangen van het publiek en de auteur is volgens Verkade reeds in het huidige auteursrechtelijke systeem vervat.

Welnu, de ruimte die de thans geldende werktoets en inbreuktoets laten om ongewenste monopolisering tegen te gaan, is in ieder geval niet zo ruim dat deze ook maar enigszins de mogelijkheid van vermindering van de beschermingsomvang van auteursrechtelijke werken zou inhouden. De verwijzing van Verkade naar de werktoets en de inbreuktoets vormt derhalve een impliciete afwijzing van de mogelijkheid dat de beschermingsomvang van auteursrechten met het verstrijken van de tijd zou kunnen verminderen. Immers, in de Conclusie bij G-Star/Benetton stelde Verkade reeds vast dat de toetsing of een creatie in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming vindt plaats op het moment van creatie. Verwatering zou nu juist impliceren dat op een later moment een toetsingsmoment wordt ingelast.

Ook het feit dat de Heertje/Hollebrand-inbreuktoets rekening houdt met de omstandigheden van het geval laat onverlet dat hierin niet gelezen kan worden dat ruimte zou bestaan voor een ex-nunc beoordeling van de beschermingsomvang van het ingeroepen werk.

Het leerstuk van verwatering wordt door Verkade in zijn totaliteit afgeschoten. Geen plaats is ingeruimd voor de omstandigheid dat het niet optreden van de auteursrechthebbende tegen navolging door derden, een omstandigheid kan zijn die tot verwatering zou kunnen leiden. Niet handhaven lijkt – indien geen

sprake is van rechtsverwerking, hetgeen in de praktijk niet snel wordt aangenomen – dan ook niet ten koste te gaan van de beschermingsomvang. Het auteursrecht is statisch en niet dynamisch.

Conclusie

Het is met de Conclusie van 5 oktober 2012 duidelijk dat Verkade van mening is dat het publieke belang bij vrije toepassing van succesvolle stijlelementen niet zodanig zwaar weegt dat de belangen van de auteur daarvan, voor dit publieke belang dienen te wijken. Nu het huidige wettelijk kader geen mogelijkheden biedt voor een herijking van de beschermingsomvang op een moment gelegen na de creatie ervan, mag tevens worden geconcludeerd dat Verkade van mening is dat de “echt onwenselijke monopolisering” al kan worden geïdentificeerd op het moment van creatie. Ontwikkelingen gelegen na het moment van creatie zijn vanaf nu, volgens Verkade, irrelevant.

Roderick Chalmers Hoyneck van Papendrecht