

niet bindend is, faalt het, reeds omdat het het hof als kortgedingrechter in elk geval vrijstond zijn oordeel te doen steunen op feiten die de bodemrechter heeft vastgesteld en waarop in het kort geding een beroep is gedaan. De klacht van onderdeel 5.7 faalt omdat deze miskent dat voor toewijzing van een verbod wegens dreigende inbreuk voldoende is dat die dreiging aannemelijk is, hetgeen het hof zonder schending van enige rechtsregel en geenszins onbegrijpelijk heeft kunnen afleiden uit de in rov. 24 voorshands vastgestelde feiten. Op dit een en ander stuiten ook de overige klachten van het middel af.

3.6 De in de middelen 3 en 4 aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.7 Het beroep moet derhalve worden verworpen. G-Star heeft, op de voet van art. 1019h Rv, bij conclusie van antwoord aanspraak gemaakt op vergoeding van redelijke en evenredige proceskosten. In haar schriftelijke toelichting heeft G-Star daartoe aan salaris een bedrag van € 19.205,30 opgevoerd. Nu H&M c.s. dit bedrag niet hebben weersproken, is het voor toewijzing vatbaar.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt H&M c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van G-Star begroot op € 781,34 aan verschotten en € 19.205,30 voor salaris.

Zie de bijdrage van M.M.M. van Eechoud elders in dit nummer, red.

Gerechtshof Den Haag 16 juli 2013, zaaknummer: 200.087.305/01 (mrs. M.Y. Bonneur, A.D. Kiers-Becking en T.H. Tanja-van den Broek)

Endstra-tapes. Toepassing auteursrechtelijke werktoets (art. 1 Aw, art. 10 lid 1 Aw). Ontbreken persoonlijke stempel. Vervolg HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153.

Arrest inzake

- 1 [...] Endstra, wonende te [woonplaats],
 2. [...] Endstra, wonende te [woonplaats],
- appellanten, hierna te noemen: de erven Endstra, advocaat: mr. L.Ph.J. van Utenhove te 's-Gravenhage,

tegen

- 1 Uitgeverij Nieuw Amsterdam BV, gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen: Nieuw Amsterdam,
 2. Bart Middelburg, wonende te [woonplaats], hierna te noemen: Middelburg,
 3. Paul Vugts, wonende te [woonplaats], hierna te noemen: Vugts,
- geïntimeerden, hierna gezamenlijk te noemen: Nieuw Amsterdam c.s., advocaat: mr. H. Struik te Utrecht.

Het verloop van het geding

Bij arrest van 30 mei 2008 (LJN: BC2153) heeft de Hoge Raad (HR) het tussen partijen gewezen arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 8 februari 2007 (LJN: AZ8071) vernietigd en het geding ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar dit hof. Bij exploit van 29 april 2011 hebben de erven Endstra Nieuw Amsterdam c.s. opgeroepen tot verder procederen voor dit hof. Vervolgens hebben de erven Endstra een memorie na verwijzing (MnV) genomen, en Nieuw Amsterdam c.s. een antwoordmemorie na verwijzing (AMnV).

Partijen hebben hun standpunten doen bepleiten ter zitting van dit hof van 20 juni 2013, de erven Endstra door mr. S. Houben-van Geldorp, advocaat te Haarlem, en Nieuw Amsterdam c.s. door hun hiervoor genoemde advocaat. De advocaten hebben zich hierbij bediend van pleitnota's (hierna: PA = Pleitnota in Appel). Met het oog op het pleidooi hebben partijen de volgende stukken aan het hof en de wederpartij toegestuurd:

- ingekomen op 5 juni 2013: een akte (voorwaardelijke) wijziging van eis van de erven Endstra;
- ingekomen op 7 juni 2013: een reactie hierop van Nieuw Amsterdam c.s.;
- ingekomen op 10 juni 2013: een reactie van de erven Endstra;
- ingekomen op 17 juni 2013: een aanvullende kostenstaat van de erven Endstra;
- ingekomen op 17 juni 2013: productie 11C, houdende een aanvullende kostenstaat, van Nieuw Amsterdam c.s.

Na afloop van de pleidooien is arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep na verwijzing in cassatie

1. Feitelijke uitgangspunten

1.1. Het gaat in dit geding om het volgende. De erven Endstra zijn (meerderjarige) kinderen en mede-erfgenamen van Willem Endstra (hierna: Endstra) die op 17 mei 2004 in Amsterdam op straat is doodgeschoten. In de periode van 20 maart 2003 tot 28 januari 2004 heeft Endstra in het geheim een 15-tal gesprekken (hierna 'de achterbankgesprekken' of kortweg 'de gesprekken') gevoerd met drie

ambtenaren van de Criminele Inlichtingen Eenheid (CIE) van de Amsterdamse politie. De eerste 14 gesprekken vonden plaats in een rondrijdende auto van de CIE, het laatste was een telefoongesprek. De CIE heeft de gesprekken opgenomen en als volgt uitgewerkt:

- van de gesprekken 2 t/m 10: een letterlijke weergave (transcriptie);
- van de gesprekken 1 en 11 t/m 14: een door de CIE verwoorde samenvattende weergave;
- van telefoongesprek 15: gedeeltelijk een transcriptie en gedeeltelijk een samenvatting.
- Op 2 mei 2006 heeft Nieuw Amsterdam het boek 'De Endstra-tapes' (hierna ook: het boek) van Middelburg en Vugts uitgegeven. Het boek bevat:
 - een inleiding van 14 pagina's van Middelburg en Vugts;
 - de transcripten van de gesprekken 2 t/m 10 en 15 (gedeeltelijk), met een enkele bewerking door het weglaten van teveel "eeh's", puntjes en bepaalde persoonlijke gegevens alsmede op enkele plaatsen het toevoegen van een korte toelichting tussen vierkante haken;
 - een door Middelburg en Vugts herschreven versie van de gesprekken 1 en 11 t/m 14;
 - een nawoord van 5 pagina's van Middelburg en Vugts.

2. De vorderingen van Endstra c.s. en de eerdere beslissingen daarover

2.1 Stellend dat Nieuw Amsterdam c.s. door de publicatie van 'De Endstra-tapes' inbreuk plegen op een hen als erfgenamen van Endstra toekomend auteursrecht op de achterbankgesprekken, althans onrechtmatig handelen jegens hen, hebben de erven Endstra in kort geding gevorderd een verbod om (a) 'De Endstra-tapes' nog langer te verkopen en in de handel te brengen, en (b) de gesprekken opnieuw in boekvorm uit te brengen of anderszins openbaar te maken of te verveelvoudigen. Nieuw Amsterdam c.s. hebben onder meer het verweer gevoerd dat op de achterbankgesprekken geen auteursrecht rust.

2.2 Bij vonnis van 11 mei 2006 heeft de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam dat verweer van Nieuw Amsterdam c.s. gehonoreerd en de gevraagde voorziening geweigerd. In zijn arrest van 8 februari 2007 heeft het hof Amsterdam dit vonnis bekrachtigd. De erven Endstra hebben hiertegen principaal cassatieberoep ingesteld. Hun middel strekt ten betoge dat het Amsterdamse hof ten onrechte heeft geoordeeld dat op de achterbankgesprekken geen auteursrecht rust. Nieuw Amsterdam c.s. zijn in incidenteel cassatieberoep gekomen van de afwijzing door het Amsterdamse hof van de door hun gemaakte aanspraak op veroordeling van de erven Endstra in de volledige proceskosten op de voet van artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn en tegen het in plaats daarvan begroten van hun proceskosten conform 'het gebruikelijke liquidatietarief'. De HR heeft in zijn arrest van 30 mei 2008 in het principale beroep het arrest van het Amsterdamse hof vernietigd en het geding naar dit hof verwezen ter verdere behandeling en beslissing. Het incidentele cassatieberoep van Nieuw Amsterdam c.s. is door de HR verworpen.

3. Het geding na verwijzing

3.1 Het hof zal het hoger beroep tegen het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam opnieuw beoordelen met inachtneming van het arrest van de HR.

3.2 Daarbij is het hof gebonden aan de in de vernietigde uitspraak van het hof Amsterdam gegeven beslissingen die in cassatie niet of tevergeefs zijn bestreden.

3.3 Aan het feit dat in het petitum van de MnV van de erven Endstra wordt gevorderd dat het 'Het Gerechtshof te 's-Gravenhage behage te vernietigen het tussen partijen gewezen arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 8 februari 2007' kunnen Nieuw Amsterdam c.s. – anders dan zij betogen in punt 7.3 AMnV, haar op

7 juni 2013 ingekomen brief en de punten 1-3 PA – geen verweer ontlenen nu hier sprake is van een kennelijke vergissing; onmiskenbaar is bedoeld vernietiging van het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam, en niet vernietiging van het arrest van het Amsterdamse hof. Aan de wijziging van eis van de erven Endstra die is opgenomen in hun op 5 juni 2013 ingekomen akte en die inhoudt dat alsnog vernietiging van het vonnis van de voorzieningenrechter wordt gevorderd, wordt niet toegekomen omdat de voorwaarde waaronder die wijziging is ingediend – namelijk dat geen kennelijke vergissing wordt aangenomen – niet is vervuld. De bezwaren van Nieuw Amsterdam c.s. tegen die eiswijziging kunnen dus eveneens onbesproken blijven.

4. Spoedeisend belang

4.1 Na verwijzing hebben Nieuw Amsterdam c.s. betwist dat de erven Endstra nog steeds een spoedeisend belang hebben bij de door hen gevorderde voorziening in kort geding. Daartoe hebben zij er op gewezen dat de erven Endstra na het arrest van de HR van 30 mei 2008 meer dan vier jaar hebben gewacht met het – door middel van de MnV van 28 augustus 2012 – (inhoudelijk) voortzetten van de zaak bij dit hof (AMnV onder 3.1 t/m 3.4). De stelling van de erven Endstra, dat dit verweer geen onderdeel meer kan uitmaken van de procedure na verwijzing omdat het Amsterdamse hof dat verweer al had verworpen en Nieuw Amsterdam c.s. hun incidentele cassatieberoep niet mede hiertegen hadden gericht, gaat niet op. Daarmee wordt immers miskend dat:

- a) het spoedeisend belang moet worden beoordeeld naar het moment van de einduitspraak in hoger beroep, dus heden, en;
- b) het partijen vrijstaat zich te beroepen op feiten die zich, zoals het door Nieuw Amsterdam c.s. gestelde langdurige stilzitten van de erven Endstra, hebben voorgedaan na de in cassatie vernietigde uitspraak (zie HR 22-10-1999, NJ 1999, 799), waarbij nog wordt opgemerkt dat met het 'spoedeisend belang'-verweer de grenzen van de rechtsstrijd na cassatie niet worden overschreden aangezien dat verweer door Nieuw Amsterdam c.s. al (zij het, uiteraard, op andere gronden) bij memorie van antwoord was gevoerd.

4.2 De vraag of een eisende partij voldoende spoedeisend belang heeft bij de gevraagde voorziening in kort geding dient beantwoord te worden aan de hand van een afweging van de belangen van de partijen, beoordeeld naar de toestand ten tijde van de uitspraak. De omstandigheid dat de eisende partij lang heeft stilgezeten kan bij die afweging een rol spelen (HR 29-11-2002, NJ 2003, 78). Ingeval een partij in kort geding een voorziening vraagt die ertoe strekt een einde te maken aan als stelselmatige inbreuk op een subjectief recht (zoals het auteursrecht) aan te merken handelingen 'waarvan zij doorlopende schade ondervindt', dan ligt het evenwel voor de hand dat aan het vereiste van spoedeisend belang is voldaan. De 'enkele omstandigheid' dat de eisende partij geruime tijd heeft stilgezeten, doet daaraan niet af (HR 29-06-2001, NJ 2001, 602).

4.3 Volgens de erven Endstra zijn van 'De Endstra-tapes' alleen al in 2006 tussen de 60.000 en 70.000 exemplaren verkocht. Nieuw Amsterdam c.s. achten deze aantallen te hoog en spreken over 40.000 verkochte exemplaren in totaal. In het midden latend wie hier het gelijk aan de zijde heeft, kan in ieder geval worden vastgesteld dat het boek in grote aantallen is verkocht. Naar eigen stelling van Nieuw Amsterdam c.s. worden per maand nog steeds ongeveer 3 à 4 exemplaren van het boek verkocht (AMnV onder 3.2). Er is dus nog steeds, en in stelselmatige zin, sprake van beweerde inbreuken op het gestelde auteursrecht van de erven Endstra, waarbij echter niet kan worden aangenomen dat het om grotere aantallen gaat dan door Nieuw Amsterdam c.s. genoemd. De erven Endstra hebben daarbij wel 'vraagtekens' gezet (blz. 13, midden, PA), maar hebben zelf geen concreet aantal genoemd, ook niet bij benadering, zodat van een onderbouwde betwisting van hun kant niet kan worden gesproken.

4.4 De erven Endstra hebben niet pas bij MnV van 28 augustus 2012, maar (in formele zin) reeds bij exploit van 29 april 2011 de zaak bij dit hof voortgezet. Zij hebben onweersproken gesteld dat in de periode tot eind 2010 een minnelijke regeling is beproefd. Schikkingsonderhandelingen kunnen op zichzelf beschouwd spoedeisend belang niet wegnemen, doch zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat daarvoor de hele periode van bijna twee en een half jaar tussen 30 mei 2008 (de datum van het HR-arrest) en eind 2010 moet zijn gebruikt. Vervolgens hebben de erven Endstra naar eigen zeggen (PA onder 7) een lastig afwegingsproces moeten doormaken voordat zij hebben besloten om Nieuw Amsterdam bij exploit van 29 april 2011 voor dit hof op te roepen. Dat het daarna nog meer dan een jaar heeft geduurd voordat de MnV werd genomen werd, komt – zo is bij pleidooi, buiten de pleitnota om, toegelicht door mr. Houben-Van Geldorp – omdat de erven Endstra toen in overleg waren met de Staat over de afwikkeling van de erfenis van Endstra; indien de Staat zich op die erfenis zou verhalen, zou er geen geld meer zijn voor, en geen belang meer bestaan bij, voortzetting van de onderhavige procedure. Wat er verder zij van deze stellingen waarop Nieuw Amsterdam c.s. niet voldoende hebben kunnen reageren, door de erven Endstra is hiermee niet inzichtelijk gemaakt waarom het na eind 2010 maar liefst ruim anderhalf jaar heeft moeten duren voordat de MnV werd genomen. Alles overziend moet worden geconstateerd dat het stilzitten van de erven Endstra gedurende de periode van ruim vier jaar tussen het HR-arrest en de MnV voor een deel gerechtvaardigd was en daardoor in zoverre geen afbreuk wordt gedaan aan het voortbestaan van het spoedeisend belang, maar dat voor een deel voor dat langdurige stilzitten ook geen rechtvaardiging bestond.

4.5 Blijkens het onder 4.3 overwogene was het boek 'De Endstra-tapes' een bestseller die thans nog slechts incidenteel – 3 à 4 exemplaren per maand – wordt verkocht. Hierop sluit aan de stelling van de erven Endstra in punt 34 van hun PA, dat de schade die zij hadden willen voorkomen met het verbod op de verkoop van het boek zich inmiddels heeft verwezenlijkt. Bij deze stand van zaken kan niet worden gezegd dat de erven Endstra op dit moment als gevolg van de gestelde auteursrechtinbreuken nog doorlopende schade van betekenis ondervinden. De uitspraak in dit kort geding kan, omdat daaraan geen gezag van gewijsde toekomt, geen basis vormen voor een vordering tot schadevergoeding in een nog te entameren bodemprocedure, zodat de erven Endstra, anders dan zij betogen onder 34 PA, ook daaraan geen (spoedeisend) belang kunnen ontlenen bij toewijzing van hun vorderingen in dit kort geding. Dat, zoals de erven Endstra verder hebben aangevoerd in punt 34 PA, er 'om welke reden dan' een dreiging bestaat dat de belangstelling voor, en daarmee de verkoop van, het boek zal worden aangewakkerd, en dat mogelijk zelfs tot herdruk zal worden overgegaan, is door hen niet gesubstantieerd, en niet zonder meer aannemelijk. In aanmerking voorts nemende

- enerzijds dat, naar uit het onder 4.4 overwogene volgt, de erven Endstra gedurende een niet onaanzienlijke tijd hebben stilgezeten zonder dat daarvoor een goede reden was aan te wijzen, en
- anderzijds dat Nieuw Amsterdam c.s. een kleine onderneming en twee journalisten zijn die niet beschikken over budgetten en reserves om langdurige juridische gevechten te voeren (AMnV onder 1.1),

komt het hof tot de slotsom dat het feit dat nog in (zeer) beperkte mate beweerdelijk inbreuk wordt gemaakt op het door de erven Endstra ingeroepen auteursrecht, niet van voldoende gewicht is om op dit moment nog het vereiste spoedeisend belang bij de door hun gevraagde voorzieningen te kunnen aannemen. Reeds hierom zijn deze voorzieningen niet toewijsbaar.

5. Auteursrecht

5.1 Het hof ziet niettemin aanleiding om – veronderstellenderwijs aannemend dat de erven Endstra daarbij wél spoedeisend belang zouden hebben – in te gaan op het inhoudelijke geschil tussen partijen.

5.2 In rov. 4.4. van zijn arrest heeft het hof Amsterdam vooropgesteld dat, om als werk in de zin van de Auteurswet (Aw) beschermd te kunnen zijn, het voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter dient te hebben en het persoonlijk stempel van de maker dient te dragen. In rov. 4.7 van dit arrest heeft dat hof overwogen dat het zo moge zijn dat aan de achterbankgesprekken, waarin Endstra de door hem op vragen van de rechercheurs verschaft informatie op zijn manier heeft verwoord, een daarmee samenhangend eigen karakter en een persoonlijk stempel niet kan worden ontzegd, maar dat dit nog niet betekent dat er een auteursrechtelijk werk is ontstaan. Daarvoor moet in de visie van het Amsterdamse hof (in nog steeds rov. 4.7) dat werk door zijn maker als coherente creatie zijn geconcipeerd en moet de maker bewust een geestelijke creatie willen hebben scheppen. Omdat naar het oordeel van het hof Amsterdam bij de achterbankgesprekken aan deze eisen van een coherente creatie en bewuste schepping niet is voldaan, komt het tot de slotsom dat op die gesprekken geen auteursrecht rust en dat met de publicatie daarvan in het boek "De Endstra-tapes" dus geen auteursrecht van (de erfgenamen van) Endstra is geschonden.

5.3 Verder heeft het hof Amsterdam het beroep van de erven Endstra op een onrechtmatige daad jegens hen, daarin bestaande dat de publicatie van het boek bedreigingen aan hun adres tot gevolg heeft, verworpen (in rov. 4.11) op de gronden dat het verband tussen de publicatie en de bedreigingen niet aannemelijk is en dat een afweging van de wederzijdse belangen niet tot een ander oordeel leidt. In de omstandigheden van dit geval weegt het belang van Nieuw Amsterdam c.s. bij publicatie zwaarder dan het door de (niet in het boek genoemde) erven Endstra ingeroepen belang van bescherming van hun persoonlijke levenssfeer en is van een misplaatst beroep op artikel 10 EVRM geen sprake, aldus het Amsterdamse hof in eveneens rov. 4.11 van zijn arrest.

5.4 Tegen het arrest van het hof Amsterdam hebben de erven Endstra principaal beroep in cassatie ingesteld, dat zich niet richtte tegen de zojuist in rov. 5.3 weergegeven beslissing – die dus onaanvaardbaar is geworden (zie rov. 3.2) – maar tegen de beslissing dat op de achterbankgesprekken geen auteursrecht rust. De onderdelen I.2, I.6 en I.7 van het cassatiemiddel van de erven Endstra hielden, zakelijk weergegeven, het volgende in.

I.2: Het hof stelt vast (en dat staat in cassatie niet ter discussie) dat de achterbankgesprekken een eigen karakter en een persoonlijk stempel niet kan worden gezegd, zodat in ieder geval feitelijk uitgangspunt in cassatie is dat die gesprekken eigen (oorspronkelijk) karakter hebben en het persoonlijk stempel van de maker dragen.

I.6: Voor zover het arrest zo gelezen moet worden dat het hof bedoeld heeft in rov. 4.7 een nadere invulling te geven van de toets zoals door het hof omschreven in rov. 4.4, is 's hofs oordeel rechtens onjuist;

I.7: Om als auteursrechtelijk beschermd werk te kwalificeren kunnen uitsluitend de eisen worden gesteld zoals omschreven in de Hoge Raad-arresten van 29 november 1985 ('Screenprints'), 4 januari 1991 ('Van Dale/Romme'), 24 februari 2006 ('Technip') en 16 juni 2006 ('Kecofa/Lancôme'). Daartoe behoort/behoren niet de aanvullende eis(en) 'dat de maker bewust een geestelijke wilde scheppen en/of bewust een vormgeving heeft gekozen'. Ook past daarin niet de (eveneens door het hof gehanteerde) eis dat 'het werk door zijn maker als coherente creatie is geconcipeerd'.

5.5 De HR heeft in zijn arrest van 30 mei 2008 (onder 4.2) vooropgesteld dat de auteursrechtelijke aanspraken van de erven Endstra slechts betrekking hebben op de in het boek 'De Endstra-tapes' opgenomen transcripten van de gesprekken 2 t/m 10 en 15 (gedeeltelijk). Verder heeft de HR in rov. 4.3 benadrukt dat naar vaste rechtspraak geldt dat, wil een voortbrengsel kunnen worden beschouwd als een werk in de zin van de Aw, vereist is dat het een eigen oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. In de 'Stokke'-arresten van 22 februari en 12

april 2013 (LJN: BY1528, BY1532 en BY1533) heeft de HR overwogen dat door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) in zijn arrest van 16 juli 2009 inzake 'Infopaq I' (zaak C-5/08, LJN: BJ3749) de maatstaf aldus is geformuleerd dat het moet gaan om 'een eigen intellectuele schepping van de auteur van het werk'.

5.6 De gedachtegang van het Amsterdamse hof, neergelegd in rov. 4.7 van zijn arrest, is in de ogen van de HR 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, waarvoor nodig is dat het werk door de maker als een coherente creatie is geconcipeerd en door hem bewust in een bepaalde vorm(geving) is gegoten (zie rov. 4.4 van het HR-arrest). De HR leest het arrest van het Hof Amsterdam dus zo, dat daarin is geoordeeld dat de achterbankgesprekken, omdat zij door Endstra niet bewust en niet als een coherente creatie zijn geconcipeerd, een persoonlijk stempel ontberen. Onderdeel I.2 en de daarop voortbouwende onderdelen I.3-5 van het cassatiemiddel van de erven Endstra gaan derhalve uit van een onjuiste lezing van 's hofs arrest, aldus de HR onder 4.6 van zijn arrest, en kunnen bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Voor zover de erven Endstra thans, na verwijzing, zouden willen betogen (zie o.m. de punten 2.19 en 2.32 MnV en punt 25 PA) dat op grond van de overweging van het Amsterdamse hof dat het 'zo (moge) [...] zijn dat aan de achterbankgesprekken [...] een persoonlijk stempel niet kan worden ontzegd' al vaststaat dat die gesprekken het persoonlijk stempel van Endstra dragen, kan dat betoog dus niet als juist worden aanvaard.

5.7 De HR heeft over de eis van het persoonlijk stempel het volgende nader overwogen.

4.5.1 [...]. 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 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 [...]. 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 en werk in auteursrechtelijke zin te kunnen zijn, niet het karakter van een coherente creatie behoeft te hebben.

Dit betekent, zo concludeert de HR in rov. 4.6, dat de middelonderdelen I.6 en I.7 slagen en dat het hof waarnaar verwezen wordt, opnieuw zal moeten beoordelen of de achterbankgesprekken voortbrengselen zijn die het persoonlijk stempel van Endstra als maker dragen.

5.8 De stelling van Nieuw Amsterdam c.s. (punten 3.5-3.12 AMnV), dat de erven Endstra geen belang hebben bij deze hernieuwde beoordeling omdat het hof Amsterdam, gezien zijn overweging dat van een misplaatst beroep op artikel 10 EVRM geen sprake is, reeds het verweer van Nieuw Amsterdam c.s. heeft gehonoreerd dat in dit geval de informatievrijheid als bedoeld in artikel 10 EVRM prevaleert boven het auteursrechtelijk verbodsrecht, faalt. Het hof Amsterdam heeft dit immers niet geoordeeld. Het heeft alleen geoordeeld dat in het kader van de subsidiaire onrechtmatige daad-grondslag van de vordering van de erven Endstra het beroep op artikel 10 EVRM niet misplaatst was. In het kader van de primaire auteursrechtgrondslag is het Amsterdamse hof aan de beoordeling van het beroep op artikel 10 EVRM niet toegekomen

aangezien het al had beslist dat op de achterbankgesprekken geen auteursrecht rust.

5.9 In de onder 5.6 weergegeven beslissingen van de HR en zijn in rov. 5.7 in fine vermelde verwijzingsinstructie ligt besloten dat niet meer ter discussie staat dat de achterbankgesprekken een eigen karakter hebben.

5.10 Hun standpunt dat de achterbankgesprekken tevens het persoonlijk stempel van Endstra dragen en dat daaraan dus auteursrechtelijke bescherming toekomt, is door de erven Endstra na verwijzing nader onderbouwd met in hoofdzaak de volgende argumenten:

- i) Endstra ging selectief te werk over wat hij wel en niet zou loslaten en mengde en scheidde informatie, hij heeft derhalve creatieve keuzes gemaakt bij de beschrijving van gebeurtenissen en personen, de weergave van gevoelens e.d. (MnV onder 2.9 en 2.10 PA onder 16-18);
- ii) in de formulering van de zinnen/de vormgeving van zijn uitlatingen heeft Endstra creatieve keuzes gemaakt (MnV onder 2.11, PA onder 16 en 19-20);
- iii) de keuze van bepaalde bewoordingen en het gebruik van onalledaagse uitdrukkingen getuigen van een persoonlijk stempel (MnV onder 2.13 en PA onder 22);
- iv) gesprekken zijn op één lijn te stellen met auteursrechtelijk beschermde werken als mondelinge voordrachten, brieven/dagboekantekeningen en jazz-improvisaties (MnV onder 2.5, 2.23 en 2.25);
- v) de wijze waarop Endstra zijn uitingen presenteerde gaf een persoonlijke noot daaraan (PA onder 21).

5.11. Argument i), dat er op neer komt dat Endstra keuzes heeft gemaakt op het inhoudelijke vlak, gaat niet op omdat het auteursrecht niet de inhoud maar de vormgeving beschermt, naar de erven Endstra ook onderkennen in punt 2.1 MnV, waar zij hebben aangegeven onder 'creatieve keuzes' te verstaan: vormgevings(keuze)mogelijkheden.

5.12 In het kader van hun verweer tegen de overige argumenten van de erven Endstra hebben Nieuw Amsterdam c.s. onder meer een beroep gedaan (in punt 6 PA) op een passage uit "O'Hara" van Karel van het Reve, waarin hij toelicht waarom hij de schrijver John O'Hara zo bewonderde:

Hij is geweldig goed in gesprekken. Er wordt heel wat afgepraat in zijn romans en verhalen en het lijkt of hij de Amerikaanse spreektaal met grote getrouwheid weergeeft – terwijl dat eigenlijk niet kan, want als je een gesprek van twee mensen op de band opneemt en getrouwelijk uittikt, krijg je een tekst waar geen touw aan vast te knopen is.

Het hof begrijpt dat Nieuw Amsterdam c.s. hiermee onder meer tot uitdrukking hebben willen brengen dat aan de transcripties waarop de auteursrechtelijke aanspraken van de erven Endstra zijn gebaseerd – die van de gesprekken 2 t/m 10 en 15 (gedeeltelijk), zie rov. 5.5 – niet of nauwelijks een touw is vast te knopen. Het hof heeft aan de hand van het in het geding gebrachte exemplaar van 'De Endstra-tapes' geconstateerd dat dit inderdaad het geval is. De transcripties zijn – net als bijvoorbeeld telefoontaps – nauwelijks leesbaar, in die zin dat het vrijwel niet mogelijk is om er de aandacht bij te houden. Als illustratie hiervan kunnen dienen de transcripties van twee door Endstra uitgesproken teksten die door de erven Endstra in punt 21 PA zijn opgevoerd ter staving van hun argument v):

– 'Ik zeg: 'En die meneer Mieremet, die jou al van alles aangedaan heb, want wat heb ik, ik heb er helemaal niks mee te maken!' 'En die Mieremet,' (imiteert Holleeder:) 'die vermoord ik. Die pak ik, die vermoord ik.' (weer zichzelf.) Weet je wel. Dat roept ie dan. Hij zegt: 'Wacht maar en eh ...' Ja, nou ja, ik neem het serieus, want ze hebben het een paar keer al geprobeerd natuurlijk. Dus om negen uur,

is het verhaal. Ze zeggen: wij hebben nooit geen problemen, weet je wel. Die Dino en eh ...' (blz. 245 van het boek);

- 'Ik heb Moszkowicz gesproken toen ook en toen was Willem boos op hem. En nu is ie als de dood voor hem (imiteert Moszkowicz, met hoge stem:) 'O, Willem, doe me niets en mijn gezin, wat heb ik fout gedaan?' (met zijn eigen stem:) Hij had gezegd: hij moet dit en dat doen en anders... Op dat kantoor, dat heeft ie ook niet verhuurd aan de criminelen hoor. Dat is natuurlijk ook, je weet wel hoe, ik denk niet dat dat kwaai... Maar ik heb wel gezegd: je zit tot hier in die bende'. (blz. 149 van het boek).

5.13 Het voortbrengsel waarvoor de erven Endstra auteursrecht inroepen, is echter niet gelegen in de transcripties van de achterbankgesprekken, maar in de achterbankgesprekken zelf. Hoewel na opschriftstelling aan de door Endstra uitgesproken teksten niet of nauwelijks een touw is vast te knopen – zie de zojuist weergegeven citaten – waren die teksten voor de CIE-ambtenaren met wie Endstra de gesprekken voerde, kennelijk begrijpelijk genoeg. Bij mondelinge communicatie liggen de eisen voor begrijpelijkheid klaarblijkelijk anders/lager dan bij schriftelijke communicatie, zoals ook uit het hiervoor weergegeven citaat van Karel van het Reve naar voren komt. In zoverre is er dus een verschil tussen de transcripties van de achterbankgesprekken en de achterbankgesprekken zelf. Er is evenwel ook een overeenkomst tussen beide. Omdat de transcripties letterlijke weergaven zijn van de achterbankgesprekken, is de formele opbouw/structuur van die gesprekken volledig uit de transcripties te kennen. Blijkens die transcripties bestaan de door Endstra uitgesproken teksten uit een schier eindeloze reeks onafgemaakte, slecht lopende en ronduit kromme zinnen (waardoor de transcripties ook zo moeilijk leesbaar zijn). De vormgeving van het voortbrengsel in kwestie wijst er dus geenszins op dat, wat betreft die vormgeving, sprake is van scheppende, creatieve arbeid (zie rov. 5.7)/een intellectuele schepping (zie rov. 5.5 *in fine*) van Endstra. Integendeel, gezien de banaliteit van die vormgeving kan niet worden aangenomen dat het door Endstra uitgesprokene op creatieve arbeid van enige betekenis berustte. De argumenten ii) en iii) van de erven Endstra kunnen bijgevolg niet als juist worden aanvaard, althans voor zover daarmee wordt bedoeld op de persoonlijk stempel-eis; dat de uitlatingen van Endstra een eigen karakter hebben, staat niet (meer) ter discussie (zie rov. 5.9). Ten aanzien van argument iii) wordt nader overwogen dat het zo nu en dan bezigen van een onalledaagse uitdrukking – zoals de uitdrukking 'ze heeft de zwarte band winkelen hoor, dus eh...' als beschrijving van het koopgedrag van Endstra's vrouw (MnV onder 2.13) – geen auteursrechtelijk beschermd werk kan maken van een verder banaal of triviaal vormgegeven gesprek.

5.14 Op mondelinge voordrachten, dagboekantekeningen/brieven en jazz-improvisaties rust, naar algemeen wordt aangenomen, doorgaans auteursrecht. De door de erven Endstra met hun argument iv) getrokken vergelijking tussen deze categorieën werken en gewone gesprekken gaat naar het oordeel van het hof mank omdat in mondelinge voordrachten, dagboekantekeningen/brieven en jazz-improvisaties in de regel een duidelijke en het banale overstijgende vormgeving is te onderkennen die in gewone gesprekken, met de daaraan (in het algemeen) inherente zeer gebrekkige zinsbouw, ontbreekt. Ook dat argument van de erven Endstra treft dus geen doel. Met hun argument v) zien zij over het hoofd dat op een presentatie (een uitvoering) geen auteursrecht kan bestaan. Een uitvoering kan het voorwerp van een naburig recht zijn, maar dan alleen wanneer een werk in de zin van de Aw wordt uitgevoerd, hetgeen blijkens het hiervoor overwogene niet het geval is. Inbreuk op een naburig recht is door de erven Endstra ook niet aan hun vorderingen ten grondslag gelegd.

5.15 Geconcludeerd moet worden dat de bijdrage van Endstra aan de achterbankgesprekken geen voortbrengsel is dat zijn persoonlijk stempel draagt. De na verwijzing nog resterende vraag (zie rov. 5.7 *in fine*) moet dus ontkennend worden beantwoord. Dat betekent dat op die gesprekken geen auteursrecht rust.

5.16 Er is, kortom, geen auteursrechtelijke grondslag voor de vorderingen van de erven Endstra, zoals ook de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam heeft geoordeeld. De onrechtmatige daad-grondslag van die vorderingen is niet langer aan de orde aangezien de erven Endstra tegen de verwerping daarvan door het Hof Amsterdam niet in cassatie hebben geklaagd (zie ook rov. 3.2). De vorderingen van de erven Endstra zijn mitsdien, ook wanneer zij daarbij een spoedeisend belang zouden hebben, niet toewijsbaar.

6. Slotsom en proceskosten

6.1 Gelet op het onder 4.1 t/m 4.5 en/of 5.1 t/m 5.16 overwogene zal het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam worden bekrachtigd.

6.2 Als de in het ongelijk gestelde partijen zullen de erven Endstra worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep. Voor de bij het hof Amsterdam gevoerde fase daarvan is door dat hof ten laste van de erven Endstra een kostenveroordeling 'conform het gebruikelijke liquidatietarief' uitgesproken. Anders dan Nieuw Amsterdam c.s. voor ogen lijkt te staan gezien de verwijzing naar hun productie 11a, behelzende een proceskostenspecificatie uit 2006, kan voor die fase niet alsnog een 'volledige' proceskostenveroordeling op basis van artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn/artikel 1019h Rv worden verkregen. Door de erven Endstra is er terecht op gewezen dat de verwerping door de HR van het incidentele cassatieberoep (zie rov. 2.2) daaraan in de weg staat. Voor de 'Amsterdamse fase' zal dan ook de kostenveroordeling van het Amsterdamse hof worden overgenomen (€ 2.682,- aan salaris en € 296,- aan verschotten). Niet in geschil is dat een 'volledige' proceskostenveroordeling als zo-even bedoeld wel op haar plaats is voor de bij dit hof gevoerde fase van het hoger beroep, nu die kosten tijdig zijn gespecificeerd. Dit geldt ook voor de specificatie van de laatste en overzichtelijke kosten bij pleidooi. Op grond van:

- de niet betwiste declaraties die door Nieuw Amsterdam c.s. zijn overgelegd bij de producties 11b en 11c;
- het door Nieuw Amsterdam c.s. in punt 19 PA onweersproken gestelde,

en in aanmerking nemende dat de erven Endstra te dien aanzien geen andere verweren hebben gevoerd en zelf een vergoeding hebben gevorderd ten bedrage van € 28.077,94, zullen voor deze fase de kosten worden begroot op (€ 12.948,08 + € 6.981,98 + € 5.435,20 =) € 25.365,26.

Beslissing

Het gerechtshof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam van 11 mei 2006;
- veroordeelt de erven Endstra in de kosten van de procedure in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Nieuw Amsterdam c.s. begroot op € 28.343,26, waarvan
- € 2.682,- aan salaris en € 296,- aan verschotten voor het bij het hof Amsterdam gevoerde hoger beroep en € 25.365,26 voor het bij het hof Den Haag gevoerde hoger beroep;
- verklaart dit arrest wat de kostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

S.J. van Gompel

Het laatste oordeel is geveld: er rust geen auteursrecht op de gesprekken die wijlen Willem Endstra tussen maart 2003 en januari 2004 op de achterbank van een rondrijdende auto voerde met de Criminele Inlichtingen Eenheid van de Amsterdamse recher-

che. Het Hof Den Haag, dat het hoger beroep na verwijzing in casusatie behandelde, oordeelt kort gezegd dat, gezien de banaliteit van de vormgeving van de gesprekken, niet kan worden aangenomen dat het door Endstra uitgesproken op creatieve arbeid van enige betekenis berustte.

Op zich had het hof deze zaak helemaal niet inhoudelijk behoeven te behandelen. Vanwege het ontbreken van het vereiste spoedeisend belang wordt immers reeds geconcludeerd dat de door de erven Endstra in kort geding gevraagde voorzieningen om een eind te maken aan de stelselmatige inbreuk op het aan hen toegekende auteursrecht op de 'achterbankgesprekken' niet toegestaan zijn (r.o. 4.1-4.5). Behalve dat 'nog in (zeer) beperkte mate beweerdelijk inbreuk wordt gemaakt op het door de erven Endstra ingeroepen auteursrecht' neemt het hof in aanmerking dat de erven te lang zonder geldige redenen hadden stilgezeten en dat Nieuw Amsterdam c.s., vanwege het kleinschalige karakter van die onderneming, over onvoldoende financiële middelen zou beschikken om langdurige juridische kwesties te voeren. Dit oordeel lijkt alleszins acceptabel, nu er ruim zeven jaar is verstreken sinds de aanvang van het proces in 2006 en er ruim vier jaar ligt tussen het verwijzende arrest van de Hoge Raad en de inhoudelijke voortzetting van de zaak bij het gerechtshof in Den Haag.

Toch ziet het hof aanleiding om een inhoudelijk oordeel te geven over de auteursrechtelijke beschermbaarheid van de achterbankgesprekken. Het is onbekend wat precies die aanleiding is, maar het is aannemelijk dat het hof, mede gezien de aandacht die deze zaak heeft gehad en de verdeeldheid die binnen auteursrechtelijke kringen is ontstaan over de beslechting ervan,¹ de mogelijkheid heeft aangegrepen om zijn zienswijze over een eventuele auteursrechtelijke bescherming van deze gesprekken te geven.² Dit maakt deze uitspraak uitermate interessant. Door in te gaan op de vraag of de door Endstra gevoerde gesprekken als een auteursrechtelijk werk zijn aan te merken draagt het hof bij aan de concrete invulling van het door de Hoge Raad in zijn arrest van 30 mei 2008 abstract uitgewerkte werkbegrip. Wat deze uitspraak in het bijzonder laat zien is dat het thans gehanteerde werkbegrip – en met name de schimmige ondergrens daarvan – de feitenrechter soms voor een lastige opgave kan stellen.

Kort resumerend, de achterbankgesprekken kunnen alleen als auteursrechtelijk werk worden beschouwd als zij een 'eigen, oorspronkelijk karakter' hebben en het 'persoonlijk stempel van de maker' dragen;³ of, in de formulering van het Hof van Justitie EU, als zij het resultaat zijn van een 'eigen intellectuele schepping van de auteur' van het werk.⁴ De Hoge Raad heeft expliciet aangegeven dat geen verdere eisen mogen worden gesteld, zoals de eis dat het moet gaan om een bewuste schepping of coherente creatie.⁵ Waar het uiteindelijk op neer komt is dat de gesprekken niet aan de vorm van een ander werk mogen zijn ontleend en dat de auteur

bij het scheppen van het werk 'vrije en creatieve keuzes' moet hebben gemaakt.⁶

In het geding was niet aan de orde of de achterbankgesprekken een 'eigen, oorspronkelijk karakter' hebben. Het door Endstra uitgesproken is overduidelijk niet ontleend aan de vorm van een ander werk en dus is aan het eerste gedeelte van de originaliteitstoets voldaan. Waar het in deze zaak uiteindelijk om ging, en wat het hof na verwijzing moest beoordelen, was of de achterbankgesprekken voortbrengselen zijn die het persoonlijk stempel van Endstra als maker dragen.⁷ Daartoe is ingevolge de door de Hoge Raad geformuleerde originaliteitstoets vereist dat de gesprekken een vorm hebben '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 aan te wijzen'.⁸

De achterbankgesprekken stranden op dit laatste vereiste voor auteursrechtelijke bescherming. Bij de beoordeling maakt het hof terecht onderscheid tussen de achterbankgesprekken zelf en de transcripties daarvan. De erven Endstra beroepen zich immers alleen op het auteursrecht op de gesprekken. Het hof merkt op dat de transcripties moeilijk leesbaar zijn en dat daaraan 'niet of nauwelijks een touw is vast te knopen' (r.o. 5.12). Het hof gebruikt de transcripties vervolgens, omdat deze de gesprekken letterlijk weergeven en dus ook de formele opbouw en structuur daarvan. Uit de transcripties leidt het hof af dat de door Endstra uitgesproken teksten bestaan uit 'een schier eindeloze reeks onafgemaakte, slecht lopende en ronduit kromme zinnen' (r.o. 5.13).⁹ De wijze waarop Endstra zijn gesprekken heeft vormgegeven getuigt in de ogen van het hof daarom geenszins van scheppende, creatieve arbeid of een intellectuele schepping. Ondanks dat Endstra soms onalledaagse uitdrukkingen bezigde vindt het hof dat hij de gesprekken verder op een te banale of triviale manier heeft vormgegeven. Daardoor komen ze niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking.

Kort gezegd oordeelt het hof dus dat de achterbankgesprekken niet de vrucht zijn van de voor auteursrechtelijke bescherming vereiste creatieve arbeid. Dit betekent niet dat aan de Endstra-tapes, in strijd met de expliciete instructie van de Hoge Raad, auteursrechtelijke bescherming wordt ontzegd op grond van het feit dat ze niet coherent gecreëerd zijn, zoals in een enkel commentaar is opgemerkt.¹⁰ Uit de 'eindeloze reeks onafgemaakte, slecht lopende en ronduit kromme zinnen' in de transcripties leidt het hof slechts af dat het hier gaat om alledaagse communicatie die niet het resultaat is van scheppende menselijke arbeid. Of Endstra bij het formuleren van zijn zinnen en het gebruik van bewoordingen of uitdrukkingen ook specifieke keuzes heeft gemaakt kan daarom grotendeels in het midden blijven. Bij vrijwel elke vorm van com-

1 Illustratief zijn de op punten sterk divergerende opinies die in deze zaak zijn overgelegd door J.H. Spoor, A.A. Quaadvlieg, P.B. Hugenholtz en F.W. Grosheide, *AMI* 2007/4, p. 122-128.
2 Een andere aanleiding zou wellicht kunnen worden gezocht in het 'principele karakter van de zaak, neergezet als een rechts-politieke (sic) keuze tussen auteursrecht en informatievrijheid, tussen privaat en publiek domein'. Zie A. Tsoutsanis, 'Vaagheid Endstra-tapes is irrelevant', *NRC Handelsblad*, 10 augustus 2013.
3 Volgens vaste rechtspraak sinds HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608 (*Van Dale/Romme*).
4 *HvJ EU* 16 juli 2009, *AMI* 2009/5, nr. 20 m.nt. K.J. Koelman (*Infopaq I*), r.o. 37.
5 HR 30 mei 2008, *AMI* 2008/5, nr. 12 m.nt. M.R.F. Senftleben (*Zonen Endstra/Nieuw Amsterdam c.s.*), r.o. 4.5.2.
6 *HvJ EU* 1 december 2011, *AMI* 2012/2, nr. 6 m.nt. M.M.M. van Eechoud (*Painer*), r.o. 87-94.
7 Zie de noot van E.J. Dommering onder HR 30 mei 2008, *NJ* 2008, 556, punten 13 en 14, voor een kritische beschouwing van de vraag of Endstra als maker is

te kwalificeren.
8 HR 30 mei 2008, *AMI* 2008/5, nr. 12 m.nt. M.R.F. Senftleben (*Zonen Endstra/Nieuw Amsterdam c.s.*), r.o. 4.5.1.
9 Vgl. F.W. Grosheide, 'Een einde aan de Endstra-saga?', *IE-Forum.nl*, IEF 13188, die het hof verwijt inhoud en vorm te vereenzelvigen door vast te stellen dat, naast de transcripties, 'ook aan de achterbankgesprekken geen touw is vast te knopen'. Dit is echter onjuist. In r.o. 5.13 maakt het hof juist een duidelijk onderscheid tussen de opschriftstelling van de door Endstra uitgesproken teksten, waaraan volgens het hof 'niet of nauwelijks een touw is vast te knopen', en de door Endstra uitgesproken teksten zelf, die 'voor de CIE-ambtenaren met wie Endstra de gesprekken voerde, kennelijk begrijpelijk genoeg' waren. Het hof gebruikt de transcriptie slechts als middel om te beoordelen of de vormgeving van de gesprekken wel berust op voldoende scheppende, creatieve arbeid van Endstra. Daarvan is volgens het hof geen sprake, aangezien de door Endstra uitgesproken teksten bestaan uit 'een schier eindeloze reeks onafgemaakte, slecht lopende en ronduit kromme zinnen'.
10 Tsoutsanis, *supra* noot 2.

municatie worden immers bepaalde keuzes gemaakt. Dit zijn vaak geen creatieve keuzes, maar keuzes die zijn ingegeven door de specifieke situatie waarin men zich bevindt of door de persoon tegen wie men spreekt. Zo pas ik mijn formuleringen aan, afhankelijk of ik een bepaalde gebeurtenis vertel aan mijn vrouw of aan mijn twee dochttertjes van een en drie jaar. Ook zal ik andere bewoordingen gebruiken wanneer ik een zakelijk diner heb dan wanneer ik thuis aan tafel zit, evenals dat ik me voor een dergelijke gelegenheid vaak anders zal kleden en me formeler zal gedragen. Dit zijn allemaal subjectieve, maar geen creatieve keuzes.

Eenzelfde redentatie past in deze zaak. Dat Endstra keuzes heeft gemaakt in het formuleren van zijn gedachten en het gebruik van bewoordingen en uitdrukkingen staat buiten kijf, maar het hof vindt dat die keuzes van onvoldoende creatieve arbeid getuigen. Gezien de in het arrest geciteerde transcripties van de door Endstra uitgesproken teksten is daar wel wat voor te zeggen. Buiten de specifieke, niet alledaagse context van het rechercheonderzoek waarin de gesprekken plaatshadden blijkt uit niets dat door Endstra vormgevingskeuzes zijn gemaakt die de gebruikelijke communicatie binnen een dergelijke context in enig creatief opzicht zouden overstijgen. Daar waar het argument dat Endstra persoonlijke keuzes heeft gemaakt bij de beschrijving van gebeurtenissen en personen wordt afgedaan met de overweging dat 'het auteursrecht niet de inhoud maar de vormgeving beschermt' (r.o. 5.11), lijkt het hof de plank echter wel enigszins mis te slaan. De erven Endstra roepen immers geen bescherming in voor de inhoud van de gesprekken *an sich*, maar voor de vorm waarin Endstra zijn betoog tegenover de recherche heeft uiteengezet. Of Endstra daadwerkelijk creatieve keuzes heeft gemaakt bij de beschrijving van gebeurtenissen en personen tijdens zijn gesprekken met de recherche is echter in twijfel te trekken. Wat hij aan de politie vertelde zal toch grotendeels zijn gebaseerd op feiten en die zijn nu eenmaal niet auteursrechtelijk beschermd. Voor zover hij van die feiten heeft afgeweken door bepaalde elementen weg te laten uit zijn verklaring of juist enigszins op te blazen is ook niet zonder meer ingegeven door creatieve keuzes. Dit kan evenzeer verband houden met de (wellicht enigszins argwanende) houding die Endstra aannam ten opzichte van de politieambtenaren, het in bescherming nemen van bepaalde personen, de mogelijke angst voor vergeldingsmaatregelen, etc. Ongetwijfeld zullen er door Endstra subjectieve keuzes zijn gemaakt, maar dat betekent niet dat die ook creatief waren. Het ging hier toch vooral om het overdragen van feitelijke/zakelijke informatie in een setting waarin Endstra geacht werd in eerlijkheid te rapporteren over feitelijke gebeurtenissen. Een dergelijke setting leent zich in het algemeen niet voor het maken van de creatieve keuzes. Het hof had zijn uitspraak op dit punt dus een stuk beter kunnen en moeten motiveren.

Feit blijft echter dat het voor rechters vaak lastig is om te bepalen waar de ondergrens van het auteursrechtelijk werkbegrip nu precies ligt: wanneer mist een voortbrengsel creatieve arbeid van welke aard ook en wanneer is het nog net het resultaat van schepende menselijke arbeid en creatieve keuzes? Die grens is niet eenvoudig te trekken.¹¹ Er zijn geen objectieve criteria die rechters

kunnen toepassen om hierover een oordeel te vellen. Zij kunnen alleen kritisch onderzoeken of de maker creatieve keuzes heeft gemaakt in de omstandigheden waarin het object is voortgebracht. In deze zaak nam het hof de context in ogenschouw door te stellen dat 'in mondelinge voordrachten, dagboekantekeningen/brieven en jazz-improvisaties in de regel een duidelijke en het banale overstijgende vormgeving is te onderkennen die in gewone gesprekken, met de daaraan (in het algemeen) inherente zeer gebrekkige zinsbouw, ontbreekt' (r.o. 5.14). Dit ondersteunt de hierboven door mij gemaakte opmerkingen, ware het niet dat het hof de nadruk legt op de veelal gebrekkige zinsbouw in mondelinge communicatie en niet, zoals in mijn commentaar, op het ontbreken van de vereiste creatieve keuzes.

Voor de rest blijft het aan de subjectieve interpretatie van de rechter om in twijfelgevallen te oordelen of, in de concrete omstandigheden van het geval, een voortbrengsel de drempel voor auteursrechtelijke bescherming al dan niet haalt. Daarbij moet de rechter er in elk geval voor waken om geen oordeel te geven over de literaire, wetenschappelijke of artistieke waarde van dat voortbrengsel.¹² De rechter heeft daarbij enigszins de schijn tegen als zijn motivatie om auteursrechtelijke bescherming te ontzeggen te veel steunt op de banaliteit of trivialiteit van het voortbrengsel, zonder dat wordt aangegeven waarom het aan de nodige creatieve keuzes ontbreekt.¹³ Tegelijkertijd moeten rechters zich ook weer niet te veel gedwongen voelen zich te weerhouden van het geven van een (ietwat) subjectief oordeel over de auteursrechtelijke onbeschermbaarheid van een object.¹⁴ Ik zeg hier bewust: *onbeschermbaarheid*, want in de praktijk is het vaak lastiger voor een rechter om te motiveren dat iets *niet* beschermd is dan dat iets *wel* beschermd is. Feitelijk kan de rechter een voortbrengsel alleen auteursrechtelijke bescherming ontzeggen wanneer dit (i) ontleend is aan de vorm van een ander object; (ii) te abstract is en dus een te weinig concrete uitdrukking vorm heeft;¹⁵ of (iii) het resultaat is van onvoldoende creatieve keuzes, bijvoorbeeld wanneer het voortbrengsel een banale of triviale vorm heeft of wanneer de keuzevrijheid door technische en/of functionele uitgangspunten is beperkt.¹⁶ Alleen dit eerste punt is enigszins objectief vast te stellen, namelijk door de mate van ontleening te bepalen. Bij de andere gronden van onbeschermbaarheid komt onmiskenbaar een zekere vorm van subjectiviteit om de hoek kijken. Zouden rechters zich in twijfelgevallen dus te terughoudend opstellen door elke vorm van subjectieve interpretatie te vermijden, dan zou de toch al lage originaliteitsdrempel mogelijk nog verder worden uitgehouden.¹⁷

Dat het in de praktijk vaak lastig is om aan te geven waar precies de scheidslijn ligt voor het al dan niet toekennen van auteursrechtelijke bescherming is evident. De uitspraak van het hof in deze zaak laat echter duidelijk zien dat er van een auteursrechtelijk relevante drempel, hoe laag die ook moge zijn, gelukkig nog wel wat over is. Het zou goed zijn als andere rechters deze lijn volgen en zich altijd kritisch afvragen of, in de omstandigheden van het geval, de maker bij het creëren van een voortbrengsel wel creatieve keuzes heeft gemaakt.

11 Zie S. van Gompel & E. Lavik, 'Quality, merit, aesthetics and purpose: An inquiry into EU copyright law's eschewal of other criteria than originality', *RIDA* no. 236 (april 2013), p. 100-295, p. 219.

12 Zie HR 1 november 1937, NJ 1937, 1092 (*Telefoongids*). Zie ook H. Cohen Jehoram, 'De rechter als kunstrecensent', *NJB* 1995, p. 660-663.

13 Zie daarover Dommering, *supra* noot 7, punt 11, die ervoor waarschuwt dat termen zoals 'banaal' of 'triviaal' rechters uiteindelijk kunnen aanzetten om een waardeoordeel te geven.

14 Vgl. J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht: auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht* (3^e druk), Deventer: Kluwer 2005, p. 73: 'Terecht wijst Gerbrandy erop dat oorspronkelijkheid een rechtsbegrip is. Het begrip leent zich niet voor mechanische toepassing, maar zal altijd geïnterpreteerd moe-

ten worden. Recht is nu eenmaal geen exacte wetenschap, maar blijft een *ars boni et aequi*.'

15 Zie Vzr. Rb. Den Haag 21 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14000 (*Jumbo/Ravensburger*), waarin geen auteursrechtelijke bescherming werd toegekend aan formats los van een concrete uitdrukking vorm.

16 HvJ EU 22 december 2010, AMI 2011/3, nr. 6 m.nt. A. van Rooijen (BSA); HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585, m.nt. J.H. Spoor; AMI 2006/5, nr. 14 m.nt. A.A. Quaevlieg (*Kecofa/Lancôme*); HR 29 januari 2010, RvdW 2010, 223 (*Gavita/Puutarhaliite Helle*), en HR 22 februari 2013, NJ 2013, 501, HR 12 april 2013, NJ 2013, 502 en HR 12 april 2013, NJ 2013, 503, m.nt. P.B. Hugenholtz; AMI 2013/5, no. 8, m.nt. K.J. Koelman (*Stokke-arresten*).

17 Van Gompel & Lavik 2013, *supra* noot 11, p. 235-237.