

Gerechtshof Den Haag 19 juli 2016, zaaknummer: 200.189.508/01, ECLI:NL:GHDHA:2016:2137

**Auteursrecht op slagzinnen. Hoger beroep van het vonnis in kort geding van 16 maart 2016 (AMI 2016/3, p. 74). In tegenstelling tot de voorzieningenrechter komt het hof tot het oordeel dat de slagzinnen van Bavaria, luidende “Zo, nu eerst ’n Bavaria” en “Zo. Nu eerst een Bavaria”, geen auteursrechtelijk beschermde werken zijn. De vorderingen van Bavaria worden daarom afgewezen en het bestreden vonnis wordt vernietigd.**

**Arrest van 19 juli 2016 (bij vervroeging)**  
in de zaak van

Your Hosting B.V., gevestigd te Zwolle, appellante in het principale beroep, geïntimeerde in het incidentele beroep,  
hierna te noemen: Your Hosting,  
advocaat: mr. D.J. Mensink te Groningen,

tegen

Bavaria N.V., gevestigd te Lieshout, geïntimeerde in het principale beroep, appellante in het incidentele beroep,  
hierna te noemen: Bavaria,  
advocaat: mr. E.J. Louwers te Eindhoven.

(...)

#### De feiten

(...)

3.1. Bavaria is een producent van bier.

3.2. Om reclame te maken voor haar bier gebruikt Bavaria sinds 1985 eerst de slagzin “Zo, nu eerst ’n Bavaria.” en later “Zo. Nu eerst een Bavaria.”. De eerste slagzin is in opdracht van Bavaria ontwikkeld door een reclamebureau in dat jaar.

3.3. Bavaria is houdster van onder meer de volgende Benelux merkregistraties:

- het woordmerk ZO. NU EERST EEN BAVARIA, gedeponneerd op 16 oktober 2006. De publicatie van inschrijving heeft plaatsgevonden op 5 januari 2007 onder nummer 0809629 voor waren en diensten in de klassen 32 en 35 (onder meer bieren), en
- het woordmerk Zo, nu eerst ’n Bavaria, gedeponneerd op 29 april 1998. De publicatie van inschrijving heeft plaatsgevonden op 1 december 1998 onder nummer 0630582 voor waren in de klasse 32 (onder meer bieren).

3.4. Your Hosting is een onderneming die internetdiensten aanbiedt, waaronder zogeheten clouddiensten.

3.5. Om reclame te maken voor haar clouddiensten gebruikte Your Hosting onder meer de slagzin “Zo. Nu eerst naar de cloud.” in een gesproken reclameboodschap “Zo. Nu eerst naar de cloud. Your Hosting punt nl slash zakelijk” met een pianoachtige tune. Deze reclameboodschap is onder meer te horen geweest op de radio bij BNR Nieuwsradio en Radio 1, en via internet.

3.6. Van mening dat sprake was van inbreuk op haar merk- en auteursrechten heeft Bavaria Your Hosting bij brief van 5 november 2015 onder meer gesommeerd tot het staken van het gebruik van de slagzin “Zo. Nu eerst naar de cloud” in voornoemde reclameboodschap.

3.7. Uit een brief van 13 november 2015 van Your Hosting aan Bavaria volgt dat Your Hosting niet aan de hiervoor genoemde sommatie wilde voldoen.

#### Eerste aanleg

4. Bij inleidende dagvaarding van 20 januari 2016 heeft Bavaria Your Hosting in rechte betrokken.

5. Stellende dat Your Hosting door het gebruik van de slagzin “Zo. Nu eerst naar de cloud” inbreuk maakt op de merk- en auteursrechten van Bavaria ter zake van haar slagzin(nen) dan wel aldus jegens haar onrechtmatig handelt, heeft Bavaria in eerste aanleg primair gevorderd – kort gezegd – een verbod en een opgave van alle gewraakte uitingen, een en ander onder verbeurte van een dwangsom, met veroordeling van Your Hosting in de proceskosten op de voet van artikel 1019h Rv en met bepaling van een termijn als bedoeld in artikel 1019i Rv. Subsidiair vorderde Bavaria, op grond van onrechtmatige daad, een verbod en veroordeling van Your Hosting in de proceskosten op de voet van het liquidatietaarif.

6. In het bestreden vonnis heeft de voorzieningenrechter de primaire vorderingen toegewezen op grond van auteursrechtinbreuk. Daartoe overwoog hij – samengevat – dat naar zijn voorlopig oordeel voldoende aannemelijk is dat de slagzin van Bavaria (“Zo, nu eerst een Bavaria” respectievelijk “Zo. Nu eerst een Bavaria”) een werk in auteursrechtelijke zin is. De woorden “Zo. Nu eerst...”, met daarin een duidelijke pauze na “Zo”, vormen het kenmerkende en auteursrechtelijk te beschermen deel van die slagzin. Dat deel is geheel overgenomen in de uiting van Your Hosting. Your Hosting maakt aldus inbreuk op de auteursrechten van Bavaria, aldus de voorzieningenrechter.

(...)

#### Het principale en incidentele hoger beroep

30. In het principale hoger beroep vordert Your Hosting dat het hof het bestreden vonnis vernietigt en opnieuw rechtdoende de vorderingen van Bavaria afwijst, met veroordeling van Bavaria in de kosten van beide instanties op de voet van artikel 1019h Rv.

31. Bavaria vordert in het (deels voorwaardelijke) incidentele beroep dat het hof het bestreden vonnis vernietigt en opnieuw rechtdoende de vorderingen van Bavaria geheel toewijst, met veroordeling van Your Hosting in de kosten van beide instanties op de voet van artikel 1019h Rv.

32. Het hof behandelt het principale en het incidentele beroep tezamen.

#### Auteursrechtelijke bescherming

33. De voorzieningenrechter oordeelde dat de slagzin van Bavaria een werk in auteursrechtelijke zin is (overweging 4.4), en dat de woorden “Zo. Nu eerst...”, met daarin een duidelijke pauze na “Zo”, het kenmerkende en auteursrechtelijk te beschermen deel daarvan vormen (overweging 4.7). In overweging 4.4 overwoog de voorzieningenrechter:

*“Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is voldoende aannemelijk dat er sprake is van een werk in auteursrechtelijke zin als hiervoor bedoeld. De slagzin is inderdaad kernachtig en “pakkend” met een zekere kwinkslag waarvoor door de maker ervan vrije en eigen creatieve keuzes zijn gemaakt. De omstandigheid dat de zin in gangbaar Nederlands is gesteld maakt niet dat daaraan geen creativiteit toekomt. Hierbij wrekt zich dat door Your Hosting geen voorbeelden zijn aangedragen van uitingen voorafgaand aan het bedenken van de slagzin (in – onbetwist – 1985) waarin deze (of zeer vergelijkbare) zin al voorkwam, al dan niet ter aansporing om een inspanning af te sluiten met het nuttigen van bijvoorbeeld*

beeld een biertje. De zin bestaat ook niet uit enkel banale of triviale keuzes. Daarbij komt dat Bavaria desgevraagd heeft aangegeven dat onderdeel van de slagzin tevens is dat na het woord "Zo" een duidelijk pauze wordt gehanteerd. Dit (voornamelijk auditieve) element draagt bij aan het originele karakter van de slagzin. Voorts wijst Bavaria er terecht op dat Your Hosting in haar stukken elders dit ook wel lijkt toe te geven, waar zij de zin "een krachtige en briljante slagzin" en een sterke reclame boodschap noemt."

34. Dit oordeel wordt door Your Hosting met verschillende grieven bestreden.

35. Een voortbrengsel, zoals de slagzin van Bavaria, komt voor auteursrechtelijke bescherming krachtens de Auteurswet in aanmerking indien het kan worden aangemerkt als een 'werk van letterkunde, wetenschap of kunst' (artikel 1 in verbinding met artikel 10 Auteurswet). Daarvoor is vereist dat het voortbrengsel, ten tijde dat het is gemaakt, een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker (auteur) draagt (HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, Endstra tapes). Het Hof van Justitie van de EU heeft het aldus geformuleerd dat het voortbrengsel oorspronkelijk moet zijn in die zin dat het gaat om een 'eigen intellectuele schepping' van de auteur ervan (HvJ EG 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, Infopaq I).

36. 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. Het gaat hierbij om een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen.

37. Een korte zin bestaande uit een aantal woorden kan ook voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen, mits deze aan bovengenoemde eisen voldoet. De woorden in zo'n zin vormen, afzonderlijk beschouwd, als zodanig geen eigen intellectuele schepping van de auteur die ze gebruikt, maar de zin als zodanig kan dat wel zijn, hoewel dat slechts zelden het geval zal zijn. Het komt er dan op aan dat de auteur via de keuze, de schikking en de combinatie van de woorden op een oorspronkelijke wijze uitdrukking geeft aan zijn creatieve geest en tot een resultaat komt dat een eigen intellectuele schepping vormt (HvJ EG 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, Infopaq I).

38. De (slag)zinnen "Zo, nu eerst 'n Bavaria." en "Zo. Nu eerst een Bavaria." voldoen daar evenwel niet aan.

39. Bij het gebruik van de woorden "Zo. Nu eerst..." is geen sprake van een keuze, schikking of combinatie van woorden op een oorspronkelijke wijze waarmee de auteur uitdrukking geeft aan zijn creatieve geest en tot een resultaat komt dat een eigen intellectuele schepping vormt. De woorden "Zo. Nu eerst..." vormden in 1985 (en vormen nog steeds) immers een gewone, gangbare zin in de Nederlandse taal met een gangbare syntaxis (vgl. "Kom, we gaan." of "Zo. Dat is dat"). Het is een gebruikelijke combinatie van woorden. Een dergelijke zin kan, als op zichzelf beschouwd voortbrengsel, geen eigen intellectuele schepping zijn; een persoonlijk stempel van de auteur valt daarin niet te ontwaren. Een (voornamelijk) auditieve pauze na "Zo" maakt dat niet anders. Een mogelijke kwinkslag, die volgens Bavaria er in is gelegen dat er 'iets' wordt afgesloten om vervolgens wat 'anders' te doen, maakt dat evenmin anders. Het blijft immers een (wat de inhoud betreft al dan niet snaakse) gewone, gangbare zin in de Nederlandse taal.

40. De combinatie van de woorden "Zo. Nu eerst..." met een biermerk ("een Bavaria") kan - in de woorden van de voorzieningenrechter - een kernachtige en pakkende slagzin voor dat biermerk opleveren, maar dat brengt niet mee dat de woorden "Zo. Nu eerst..." zelf een eigen intellectuele schepping vormen, noch dat de zinnen

"Zo, nu eerst 'n Bavaria." en "Zo. Nu eerst een Bavaria." een dergelijke schepping vormen.

41. De slagzinnen van Bavaria zijn naar het oordeel van het hof dus geen auteursrechtelijk beschermde werken.

42. De principale grieven van Your Hosting slagen dus voor zover zij zich keren tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat sprake is van een werk in auteursrechtelijke zin. De vorderingen van Bavaria kunnen dus niet op grond van auteursrechtinbreuk worden toegewezen. De overige principale grieven behoeven, voor zover zij betrekking hebben op het auteursrecht, dus geen behandeling.

43. Ingevolge de devolutieve werking van het hoger beroep zal het hof ook de andere grondslagen voor de ingestelde vorderingen dienen te beoordelen, te weten inbreuk op merkrechten en onrechtmatige daad. Bij de vorderingen zover gegrond op die grondslagen had en heeft Bavaria eveneens een (spoedeisend) belang gelet op de gestelde voortdurende inbreuk. In zoverre slaagt de voorwaardelijke incidentele grief 2 van Bavaria, waarmee Bavaria aanvoert dat zij een (spoedeisend) belang heeft bij behandeling van haar overige grondslagen indien haar vorderingen niet (geheel) worden toegewezen op grond van het auteursrecht. Dat baat haar echter, zoals hierna wordt overwogen, niet.

#### Merkenrechtelijke bescherming

44. Volgens Bavaria maakt Your Hosting door het gebruik van het teken "Zo. Nu eerst naar de cloud." inbreuk op haar in overweging 3.3 genoemde merkrechten op grond van artikel 2.20 lid 1 sub c en d Benelux-Verdrag voor de Intellectuele Eigendom (hierna: BVIE).

45. Zij stelt daartoe onder meer dat Your Hosting door het gebruik van dit teken (i) ongerechtvaardigd voordeel trekt uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van deze merken, (ii) afbreuk doet aan het onderscheidend vermogen daarvan, en/of (iii) afbreuk doet aan hun reputatie. Your Hosting heeft dit een en ander gemotiveerd betwist.

46. In dit kader moet een globale beoordeling worden gemaakt met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval, zoals het Hof van Justitie van de EU heeft bepaald in zijn arrest *L'Oréal/Bellure* (HvJ EG 18 juni 2009, C-487/01, ECLI:EU:C:2009:378, rov. 44-45).

47. Wat er ook zij van de stelling van Bavaria dat de relevante consument een verband legt tussen het teken (de slagzin van Your Hosting) en haar merken, is het hof van oordeel dat geen inbreuk kan worden aangenomen op de in overweging 45 genoemde inbreukgronden.

48. Wat betreft (i) heeft Bavaria - gelet op de betwisting door Your Hosting - naar het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwd dat dankzij de afstraling van het imago van haar merken of de door deze merken opgeroepen kenmerken op clouddiensten duidelijk sprake is van exploitatie door Your Hosting van de bekendheid van deze merken, meer in het bijzonder dat Your Hosting door het gebruik van het teken in het kielzog van de ingeroepen merken probeert te varen om van de aantrekkingskracht, de reputatie en het prestige ervan te profiteren alsmede om zonder enige financiële vergoeding en zonder daarvoor passende inspanningen te moeten leveren, voordeel te halen uit de commerciële inspanning die Bavaria heeft gedaan om het imago van deze merken te creëren en te onderhouden.

49. Wat betreft (ii) geldt dat sprake is van afbreuk aan het onderscheidend vermogen van de merken van Bavaria ('verwatering'), zodra deze merken minder geschikt worden om de waren of diensten waarvoor zij zijn ingeschreven en worden gebruikt, te identificeren, doordat door het gebruik van het teken van Your Hosting

de identiteit van deze merken afbrokkelt en aan impact op het publiek inboet. Dat is met name het geval wanneer deze merken onmiddellijk een associatie oproepen met de waren of diensten waarvoor zij zijn ingeschreven en deze associatie door gebruik van een overeenstemmend teken niet meer zullen kunnen oproepen.

50. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU moet in dit verband worden aangetoond dat het economische gedrag van de gemiddelde consument van de waren of diensten waarvoor het oudere merk is ingeschreven, is gewijzigd als gevolg van het gebruik van het teken of dat er een grote kans bestaat dat dit gedrag in de toekomst wijzigt. Niet is vereist dat wordt aangetoond dat daadwerkelijk afbreuk aan het onderscheidend vermogen wordt gedaan, ook het bestaan van een ernstig gevaar voor een dergelijke afbreuk is voldoende, waarbij gebruik kan worden gemaakt van logische gevolgtrekkingen. Dergelijke gevolgtrekkingen mogen evenwel niet voortvloeien uit loutere veronderstellingen, maar dienen te berusten op een waarschijnlijkheidsanalyse waarbij rekening wordt gehouden met de in de relevante handelssector gebruikelijke praktijken en met alle andere omstandigheden van het concrete geval (HvJ EU 14 november 2013, C-383/12P, ECLI:EU:C:2013:741, Wolf).

51. Dit alles geldt ook in kort geding, met dien verstande dat een en ander voldoende aannemelijk moet worden gemaakt.

52. Bavaria heeft echter – gelet op de betwisting door Your Hosting – naar het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwd, en niet aannemelijk gemaakt dat het economische gedrag van de gemiddelde consument van de waren of diensten waarvoor haar merken zijn ingeschreven, is gewijzigd als gevolg van het gebruik van het teken van Your Hosting, of dat er een grote kans bestaat dat dit gedrag in de toekomst wijzigt.

53. Wat betreft (iii) zijn er geen feiten of omstandigheden naar voren gekomen op grond waarvan het hof zou kunnen vaststellen dat het teken van Your Hosting afbreuk doet aan de reputatie van de merken van Bavaria. In het bijzonder is niet onderbouwd gesteld of gebleken dat de clouddiensten waarvoor Your Hosting dit teken gebruikt, op zodanige wijze aan de zintuigen van het relevante publiek appelleren dat de aantrekkingskracht van de merken van Bavaria vermindert.

54. Uit het voorgaande volgt dat er geen sprake is van merkinbreuk op grond van artikel 2.20 lid 1 sub c of d BVIE. De vraag of de merken geldig zijn – Your Hosting heeft dat betwist – kan dus in het midden blijven.

#### Onrechtmatige daad

55. Bavaria heeft als subsidiaire grondslag voor haar vorderingen aangevoerd dat Your Hosting onrechtmatig jegens haar handelt door de bekende slagzin van Bavaria zonder toestemming klakkeloos na te bootsen, waardoor afbreuk wordt gedaan aan de identiteit van Bavaria en de wervende kracht van de slagzin. Your Hosting heeft dit een en ander betwist.

56. Naar het oordeel van het hof heeft Bavaria haar betoog onvoldoende onderbouwd. In het bijzonder zijn er geen feiten of omstandigheden gesteld of gebleken op grond waarvan het hof zou kunnen vaststellen dat Your Hosting door het gebruik van de zin “Zo. Nu eerst naar de cloud.” in de gewraakte reclameboodschap onrechtmatig jegens Bavaria heeft gehandeld, in aanmerking nemende dat dat geen inbreuk op auteurs- of merkrechten oplevert.

#### Slotsom

57. De slagzinnen van Bavaria zijn naar het oordeel van het hof geen auteursrechtelijk beschermde werken. Het principale hoger beroep van Your Hosting slaagt dus, hetgeen betekent dat de vor-

deringen van Bavaria niet op grond van auteursrechtinbreuk kunnen worden toegewezen.

58. Er is voorts geen sprake van merkinbreuk door Your Hosting, noch is aannemelijk geworden dat zij onrechtmatig heeft gehandeld jegens Bavaria.

59. De vorderingen van Bavaria moeten dus worden afgewezen.

60. Het principale hoger beroep van Your Hosting behoeft voor het overige dus geen behandeling; hetzelfde geldt voor de onvoorwaardelijk ingestelde incidentele grief 1 van Bavaria, strekkende tot uitbreiding van het verbod. Het hof zal het bestreden vonnis vernietigen en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van Bavaria afwijzen.

#### Proceskosten

61. Bavaria zal als de in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de kosten van de beide instanties op de voet van artikel 1019h Rv. Principale grief 16 slaagt.

(...)

#### Beslissing

Het hof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag van 16 maart 2016, en, opnieuw rechtdoende in het principale en incidentele beroep;
- wijst de vorderingen van Bavaria af;
- veroordeelt Bavaria tot terugbetaling aan Your Hosting van een bedrag van € 29.237,49;
- veroordeelt Bavaria in de kosten van het geding in eerste aanleg, aan de zijde van Your Hosting tot op 16 maart 2016 begroot op € 30.038,23;
- veroordeelt Bavaria in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van Your Hosting tot op heden begroot € 33.467,07;
- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad wat betreft veroordelingen (c), (d) en (e).

Dit arrest is gewezen door mrs. S.J. Schaafsma, M.Y. Bonneur en Ch. Gielen, en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 19 juli 2016 in aanwezigheid van de griffier.

#### Noot

S.J. van Gompel

Dr. S.J. van Gompel is senior onderzoeker bij het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit blad.

Deze zaak illustreert dat de toepassing van de werktoets bij eenvoudige voortbrengsels, zoals slagzinnen en reclameslogans, niet altijd tot eenduidige antwoorden leidt. Hoewel de rechter in eerste aanleg en het hof in hoger beroep dezelfde werktoets hanteren, komen zij tot totaal tegengestelde oordelen over de auteursrechtelijke status van de reclameslogan van Bavaria. De voorzieningenrechter oordeelde dat de slagzin auteursrechtelijk beschermd is omdat de woorden “Zo. Nu eerst...” de slogan kernachtig en pakkend maken en een zekere kwinkslag geven, waarbij de auditieve pauze na het woord “Zo” het originele karakter van de slagzin versterkt. Het hof daarentegen ontzegt auteursrechtelijke bescherming aan de slogan omdat de woorden “Zo. Nu eerst...” een gebruikelijke combinatie van woorden is met een even zo gangbare syntaxis, waarin een persoonlijk stempel van de maker niet valt te ontwaren.

De moeilijkheid bij dit soort zaken is dat de rechter moet beoordelen of een slagzin, die naar zijn aard eenvoudig maar krachtig is, al dan niet voldoende oorspronkelijk is om de drempel voor

auteursrechtelijke bescherming te halen. Zoals het hof terecht opmerkt, moet dit volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad uit het voortbrengsel zelf blijken.<sup>1</sup> De rechter moet dus uit de slagzin zelf (kunnen) herleiden of deze het resultaat is van voldoende vrije, creatieve keuzes of juist niet. Dit is niet altijd een eenvoudige opgave.

Dit heeft te maken met de door de Hoge Raad geformuleerde ondergrens van het werkbegrip ('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'),<sup>2</sup> die met name door de woorden 'banaal' en 'triviaal' een erg negatieve connotatie heeft meegekregen. Er zijn bovendien weinig creaties waarachter 'geen creatieve arbeid van welke aard ook valt te aan te wijzen'. Visser wijst er terecht op dat de Hoge Raad de woorden 'in elk geval' bezigt, waardoor er meer buiten het werkbegrip valt dan alleen banale of triviale voortbrengselen en een creatie dan ook 'niet als banaal of triviaal weggezet [hoeft] te worden om niet auteursrechtelijk beschermd te zijn'.<sup>3</sup> Toch blijft het vaak lastig om aan een voortbrengsel auteursrecht te ontzeggen op grond van het gebrek aan creativiteit, simpelweg omdat er weinig voortbrengselen zijn die niet door enige creatieve arbeid zijn gevormd.

Bij reclameslogans kan worden vooropgesteld dat deze meestal niet zomaar ontstaan, maar in de regel het nodige creatieve denkwerk kosten en inspiratie vergen. Dit komt evenwel niet altijd tot uitdrukking in de slagzin zelf. Het denkwerk zit doorgaans in de voorbereiding: het uitdenken van het creatieve en commerciële concept, waarbij van belang is welke boodschap, qua inhoud en gevoel (de 'couleur'), een reclameslogan moet uitstralen om de ontvanger tot koop te bewegen en zo de omzet te vergroten. Auteursrechtelijk gezien is dit voorbereidend denkwerk echter irrelevant, omdat het meestal niet expliciet uit het voortbrengsel zelf is te kennen. Pas bij het uitwerken van het creatieve en commerciële concept in een slogan die de gewenste boodschap passend overbrengt wordt er vorm gegeven aan de slagzin.

Vaak zal de uiteindelijk geconcipieerde slagzin simpel van vorm zijn, omdat een goede slogan nu eenmaal moet uitblinken in kracht en eenvoud. Alleen dan blijft de boodschap immers hangen bij een ontvanger. Ter illustratie enkele bekende en geslaagde voorbeelden van reclameslogans voor bier: "Heerlijk, helder, Heineken", "Komt tijd, komt Grolsch", "Hertog Jan. Uit liefde voor bier" en, uit de onderhavige casus, "Zo. Nu eerst een Bavaria". Allemaal reclameslogans die, uit hun aard, kernachtig en pakkend zijn.

De voorzieningenrechter lijkt het niet zichtbare denkwerk onbewust wel mee te wegen in zijn beoordeling, aangezien hij veel aandacht legt op het feit dat de slagzin in zijn doel is geslaagd vanwege het kernachtige en pakkende ervan en de kwinkslag die eraan is gegeven. Daardoor meent hij dat er weldegelijk creatieve arbeid in de slogan is aan te wijzen. Wat de vorm van de slagzin betreft, merkt de voorzieningenrechter slechts op dat de ingelaste auditieve pauze na het woord "Zo" het originele karakter van de slag-

zin versterkt en dat de zin ook niet uit enkel banale of triviale keuzes bestaat, zonder dit overigens nader te specificeren.

Het hof focust daarentegen alleen op de tekst van de reclameslogan zelf en constateert dat de woorden "Zo. Nu eerst..." een gebruikelijke combinatie van woorden is die een gewone, gangbare zin in de Nederlandse taal vormen. Ook de syntaxis van de slogan, met inbegrip van de auditieve pauze na "Zo", is volgens het hof gangbaar. Ter illustratie daarvan wordt gewezen op zinnen met een vergelijkbare syntaxis. Het hof oordeelt daarom dat de slagzin, als op zichzelf beschouwd voortbrengsel, geen eigen intellectuele schepping kan zijn. Het merkt daarbij op dat een zin als zodanig wel auteursrechtelijk beschermd kan zijn, maar alleen als de maker 'via de keuze, de schikking en de combinatie van deze woorden op een oorspronkelijke wijze [...] uitdrukking aan zijn creatieve geest' heeft gegeven.<sup>4</sup> Dat is hier niet het geval. Het feit dat de slagzin een mogelijke kwinkslag heeft en een kernachtige en pakkende slogan voor het biermerk oplevert doet volgens het hof aan dit oordeel niets af.

Het hof volgt hiermee in grote lijnen het betoog van Visser, die eerder in een artikel in *IER* uiteenzette dat de uitdrukking "Zo. Nu eerst..." gebruikelijk is en dat op de combinatie van die drie woorden 'als zodanig geen auteursrecht [rust], hoe creatief de context of de gedachte erachter om ze als slagzin te gebruiken ook is'.<sup>5</sup> De slogan moet dus als zodanig worden beoordeeld, los van de bedoeling erachter. Dit lijkt me een juiste benadering. Een rechter hoort nu eenmaal niet mee te wegen of een voortbrengsel is geslaagd in het beoogde doel. De intentie of beweegreden van de maker is simpelweg niet relevant bij de beoordeling of aan de werktroets is voldaan. Dit heeft de Hoge Raad ook met zoveel woorden tot uitdrukking willen brengen in de regel dat de creatieve keuzes uit het voortbrengsel zelf moeten zijn te kennen. Een beoordeling waarbij louter wordt gekeken naar de tekst – en dus niet naar het welslagen – van de slogan ligt daarom in de rede.

Of hieraan meteen de gevolgtrekking mag worden verbonden dat een korte zin als zodanig slechts zelden een eigen intellectuele schepping van de auteur zal zijn, zoals het hof doet in overweging 37, lijkt me wat voorbarig. Hoewel het vanuit het oogpunt van uitingenvrijheid wenselijk is om niet al te snel auteursrecht aan te nemen op korte zinnen,<sup>6</sup> zal uiteindelijk de werktroets toch moeten uitwijzen of een zin al dan niet auteursrechtelijk is beschermd. Daar is in zijn algemeenheid niet iets over te zeggen. Zo zal het vereiste persoonlijk stempel van de maker mogelijk wel zijn te ontwaren in diverse *Six Word Stories*, een genre van complete verhalen in zes woorden, zoals Ernest Hemingway's "For sale: baby shoes. Never worn", maar niet in (slag)zinnen die bestaan uit een gebruikelijke combinatie van woorden of een vaste, veelgebruikte uitdrukking, zoals "Uit liefde voor..." en "Zo. Nu eerst...". Waar mogelijk kunnen dergelijke slagzinnen wel bescherming vinden onder het merkenrecht of het leerstuk van de onrechtmatige daad,<sup>7</sup> maar zij vormen geen samenstel van vrije, creatieve keuzes dat als zodanig aan de werktroets voldoet.<sup>8</sup>

1 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.

2 *Id.*, r.o. 4.5.1.

3 D.J.G. Visser, 'Zo. Nu een artikel', *IER* 2016/26, p. 186.

4 HvJ EU 16 juli 2009, *AMI* 2009/5, nr. 20 m.nt. K.J. Koelman (*Infopaq I*), r.o. 4.5.

5 Visser 2016, *op. cit.*, p. 189. Mogelijkerwijs is dit artikel van invloed geweest op de uitspraak en daarmee een voorbeeld van de invloed van noten op rechters. Zie 'Noten van invloed op hoogste rechters', *Mr. Online*, 4 juli 2016, beschikbaar op: <http://www.mr-online.nl/juridisch-nieuws/30993-noten-van-invloed-op-hoogste-rechters>. Maar dit is natuurlijk lastig te bewijzen en blijft daarom altijd een kwestie van speculatie.

6 Visser 2016, *op. cit.*, p. 184.

7 *Id.*, p. 187-189.

8 In de onderhavige zaak bracht een beroep op het merkenrecht en de onrechtmatige daad Bavaria overigens geen uitkomst. Zie r.o. 44-56 van het besproken arrest.