

De Endstra-tapes

Prof. mr. P.B. Hugenholtz

HR 30 mei 2008, LJN: BC2153, C07/131HR

Auteursrecht op met politieambtenaren gevoerde ‘achterbankgesprekken’? Auteursrechtelijke bescherming komt toe aan voortbrengselen (1) met een eigen, oorspronkelijk karakter (2) die het persoonlijk stempel van de maker dragen. De eerste eis houdt in dat de vorm niet ontleend mag zijn aan die van een ander werk. De tweede eis 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. Het gaat hierbij evenwel om een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen. Daarom mag niet de eis worden gesteld dat de maker bewust een werk heeft willen scheppen en bewust creatieve keuzes heeft gemaakt, welke eis betrokkenen bovendien voor onoverkomelijke bewijsproblemen kan stellen. Om dezelfde reden kan niet worden geëist dat de maker bewust voor de vorm heeft gekozen die het werk heeft gekregen. Evenmin behoeft een schepping, om een werk in auteursrechtelijke zin te kunnen zijn, het karakter van een coherente creatie te hebben.

Samenvatting

Vastgoedhandelaar Willem Endstra wordt op 17 mei 2004 op straat doodgeschoten. Tot kort voor zijn dood voert Endstra in het geheim gesprekken met politieambtenaren van de Centrale Inlichtingen Eenheid (CIE). De gesprekken vinden plaats op de achterbank van een rondrijdende auto, en worden vastgelegd op geluidsband. De opgenomen gesprekken worden door de CIE (vrijwel) letterlijk uitgeschreven en op papier gezet. In 2006 publiceren misdaadverslaggevers Middelburg en Vugts bij uitgeverij Nieuw Amsterdam het boek *De Endstra-tapes*, waarin de uitgewerkte gesprekken in vrijwel onbewerkte vorm zijn afgedrukt. Hoe Middelburg c.s. aan de transcripten zijn gekomen, vermeldt het dossier niet.

De gesprekken gaan over afpersingen waarvan Endstra het slachtoffer zegt te zijn, maar ook over koetjes en kalfjes:

(opmerking: Willem komt binnen).

Willem Endstra: Goedemiddag, neem me niet kwalijk. Ik stond in een giga-file.

J: Ja. Dat is tegenwoordig he...

W: Buiten de stad. En hoe gaat ie?

J: Hij gaat goed.

W: Ja? Tevreden?

(J lacht)

W: Dat niet, denk ik.

J: Nee. We zijn nooit tevreden.

W: Nee.

W: Meneer Wijsmuller belde net op.

J: Ja.

W: Hij moest me dringend spreken, want hij ging naar het buitenland. Ja, omdat ie zo bang is. Die vent wil hem vermoorden. Die schiet hem dood. Hij weet wie het is. [...]¹

De beide zonen (en erfgenamen) van Endstra dagvaardden Nieuw Amsterdam in kort geding wegens inbreuk op het auteursrecht op de achterbankgesprekken, maar vangen bot bij de voorzieningenrechter en het hof te Amsterdam. In beide instanties wordt geoordeeld dat op de gesprekken geen auteursrecht rust. Volgens de voorzieningenrechter komt in de wijze waarop Endstra zijn verhaal verteld heeft ‘niet tot uiting dat hij bewust een geestelijke creatie wilde scheppen door zijn verhaal een bepaalde vorm te geven’ (Vzr., r.o. 6). Het hof sluit zich hierbij aan en overweegt dat een werk ‘door zijn maker als coherente creatie [moet] zijn geconcipieerd’, ook al kan aan de gesprekken een zeker eigen karakter en persoonlijk stempel niet worden ontzegd (Hof, r.o. 4.7).

In cassatie staat centraal de vraag of het hof bij zijn oordeel dat de achterbankgesprekken niet auteursrechtelijk beschermd zijn de juiste toets heeft aangelegd. Advocaat-generaal Verkade meent op basis van (hoofdzakelijk) juris-

¹ Uit: Vijfde gesprek, ook te vinden op www.vn.nl/Verhalen/Crime/ArtikelCrime/DeVolledigeEndstra-tapes.htm.

prudentieonderzoek van niet en adviseert tot vernietiging van het arrest. De Hoge Raad volgt zijn A-G en overweegt als volgt:

4.1 Het middel strekt vanuit verschillende invalshoeken ten betoge, dat het hof, door te oordelen dat op de achterbankgesprekken geen auteursrecht rust nu deze door Endstra niet als coherente creatie zijn geconcipieerd, dat niet blijkt dat Endstra bewust een geestelijke creatie wilde scheppen en dat in die gesprekken niet tot uiting is gekomen dat Endstra er bewust voor heeft gekozen het voortbrengsel in deze vorm te gieten, de maatstaf heeft miskend die moet worden aangelegd bij beoordeling of een voortbrengsel als 'werk' in de zin van art. 1 in verbinding met art. 10 Aw moet worden aangemerkt.

4.2 [...]

4.3 Naar vaste rechtspraak geldt dat, wil een voortbrengsel kunnen worden beschouwd als een werk van letterkunde, wetenschap of kunst als bedoeld in art. 1 in verbinding met art. 10 Aw, vereist is dat het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt (HR 4 januari 1991, nr. 14449, NJ 1991, 608 en HR 24 februari 2006, nr. C04/350, NJ 2007, 37). Het hof heeft deze maatstaf (in rov. 4.4) ook vooropgesteld.

4.4 De gedachtegang van het hof, neergelegd in rov. 4.7, is - mede gete op de door het hof instemmend aangehaalde passage uit het advies van prof. mr. J.H. Spoor - kennelijk deze geweest dat de omstandigheid dat Endstra de door hem verschaft informatie op zijn manier heeft verwoord, weliswaar meebrengt dat de gesprekken een door die wijze van verwoording bepaald ('daarmee samenhangend') eigen karakter hebben, maar dat voor de eigenschap dat zij ook het persoonlijk stempel van de maker dragen, vereist is dat zij het resultaat zijn van menselijk scheppen, waarbij creatieve keuzes zijn gemaakt. Om aan die eis te voldoen is naar het oordeel van het hof nodig dat het werk door de maker als een coherente creatie is geconcipieerd en door hem bewust in een bepaalde vorm(geving) is gegoten.

4.5.1 Het hof heeft aldus terecht de beide elementen van de aan te leggen maatstaf onderscheiden: dat het voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter moet bezitten, houdt, kort gezegd, in dat de vorm niet ontleend mag zijn aan die van een ander werk (vgl. art. 13 Aw). De eis dat het voortbrengsel het persoonlijk stempel van de maker moet dragen betekent dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en die aldus voortbrengsel is van de menselijke geest. Daarbuiten valt in elk geval al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt aan te wijzen.

4.5.2 Het gaat hierbij evenwel om een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen. Daarom mag niet de eis worden gesteld dat de maker bewust een werk heeft willen scheppen en bewust creatieve keuzes heeft gemaakt, welke eis betrokkenen bovendien voor onoverkomelijke bewijsproblemen kan stellen. Om dezelfde reden kan niet worden geëist dat de maker bewust voor de vorm heeft gekozen die het werk heeft gekregen. Het in 4.5.1 overwogene brengt voorts mee dat een schepping, om een werk in auteursrechtelijke zin te kunnen zijn, niet het karakter van een coherente creatie behoeft te hebben.

Waar het hof in andere zin heeft overwogen geeft het bestreden arrest dus blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Hetgeen is beslist in HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712 kan, anders dan het hof oordeelde, niet dienen ter ondersteuning van de bewustheidseis, aangezien in de door het hof aangehaalde zinsnede tot uitdrukking is gebracht dat het (slechts) de vorm van de afzonderlijke door Van Gelder vervaardigde voorwerpen was, die voor auteursrechtelijke bescherming

in aanmerking kwam, niet het 'bijzondere kunsteffect' daarvan. De bijzin 'die uiting is van datgene, wat den maker tot zijn arbeid heeft bewogen' bedoelde de voorafgaande term 'vormgeving' dus niet te beperken.

De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst de zaak naar het hof 's-Gravenhage voor verdere beslissing.

Noot

Kan er auteursrecht rusten op min of meer doodgewone (achterbank)gesprekken? Dat is de vraag die in deze zaak centraal staat. Let wel: om auteursrechtelijke bescherming van *interviews* (vraaggesprekken) gaat het hier niet. Algemeen wordt aangenomen dat daarop inderdaad auteursrecht rust; de interviewer geeft vorm aan het vraaggesprek, bewerkt het resultaat op creatieve wijze en geldt daardoor als auteur van het interview.² In de Endstra-zaak is het echter niet de 'interviewer' (de politie) die zich op auteursrechtelijke bescherming beroept, maar de (erven van de) ondervraagde partij wiens uitingen in praktisch onbewerkte vorm gepubliceerd zijn.

Een voorvraag is waarom de zonen Endstra zich in deze zaak überhaupt op het door hen geërfde auteursrecht beroepen. De zonen vragen een publicatieverbod, niet om een geldelijke vergoeding af te dwingen, maar om de reputatie van hun vader, en wellicht ook de veiligheid van de familie, te beschermen. Dat is eerder een zaak van *privacy* dan een kwestie van auteursrecht. Hoogstwaarschijnlijk had een *privacyclaim* zonder veel omhaal tot het gewenste resultaat geleid. Waarom de raadsliden van de zonen voor een auteursrechtelijke aanpak hebben gekozen, is onduidelijk.

Maar die aanpak heeft wel boeiende jurisprudentie opgeleverd, en uitgebreide discussies binnen en buiten de rechtszaal. De Endstra-tapes hebben auteursrechtelijk Nederland op hun kop gezet. Partijen in deze procedure hebben niet minder dan zes expert opinions overgelegd van vier verschillende hoogleraren (waaronder annotator dezes).³ Nog voor het arrest door de Hoge Raad gewezen werd, wijdde de Vereniging voor Auteursrecht er een complete studiedag aan, en woedden in kranten, tijdschriften en op weblogs polemieken over de vraag of er auteursrecht rust op gesprekken. Daarbij wezen voorstanders op het open begrip 'werk' in de zin van het auteursrecht en op het onmiskenbare feit dat gesprekken, hoe alleedaags ook, bijna altijd wel iets eigens en persoonlijks hebben. Tegenstanders waarschuwden voor de voortgaande uitdijning van het auteursrechtelijke werkbegrip en voor de gevaren voor de informatievrijheid van het beschermen van

2 Voor zover het interview het resultaat is van een creatieve samenwerking met de geïnterviewde

geldt deze laatste wellicht ook als medeauteur. Zie Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, Deventer:

Kluwer 2005, nr. 3.29, p. 99-100.

3 De opinies zijn afgedrukt in *AMI* 2007-4, p. 122-128.

eenvoudige conversatie.⁴ Daarbij werd soms ook verwezen naar de ‘voorbankgesprekken’ met Joran van der S. Als de erven Endstra auteursrecht konden inroepen, had Joran dat ook kunnen doen, en had de (onlangs bekroonde) televisieprimeur van Peter R. de Vries nooit zonder zijn toestemming mogen zijn uitgezonden.

Maar laten we niet op de zaken vooruitlopen. Het auteursrecht heeft betrekking op ‘werken van letterkunde, wetenschap of kunst’, aldus artikel 1 van de Auteurswet (Aw). Wat hieronder verstaan moet worden, staat te lezen in artikel 10 Aw, dat in het eerste lid een uitgebreide opsomming geeft van al hetgeen de wetgever zoal onder ‘werken van letterkunde, wetenschap of kunst’ verstaat. Zo noemt de wet onder (veel) meer: boeken, tijdschriften, toneelwerken en *mondelijke voordrachten*. Gesprekken komen in de ‘werkenlijst’ weliswaar niet voor, maar dat is niet beslissend, zo blijkt uit de slotzin van het eerste lid: ‘en in het algemeen ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze of in welke vorm het ook tot uitdrukking zij gebracht’. Niet in de opsomming begrepen creaties komen dus in beginsel ook voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking. Zo hebben lagere en hogere rechters in de loop der jaren een beroep op auteursrecht op een uiteenlopend spectrum van menselijke creaties gehonoreerd: puzzels, poppen, stripfiguren, videogames, programmaconcepten, bankbiljetten, bonbons, kermisattracties en sedert het Lancôme-arrest van 2006 zelfs aan de geur van een parfum.⁵ Het begrip ‘werk van letterkunde, wetenschap of kunst’ is dus een betrekkelijk open begrip, dat in beginsel plaats lijkt te bieden aan een ruim scala van creatieve voortbrengselen.

In beginsel: het voortbrengsel moet wel voldoen aan bepaalde minimumeisen. In de eerste plaats moet het gaan om een *voortbrengsel van de geest*. Het object van het auteursrecht is immaterieel; object van bescherming is de (onlichamelijke) schepping, zoals de roman of het gedicht, niet het (lichamelijke, materiële) boek waarin het werk is vastgelegd. Het voortbrengsel moet, in de tweede plaats, op enige wijze zijn *geuit*; het gedicht dat nooit is voorgedragen of opgeschreven kan geen object zijn van auteursrecht. De creatie moet, in de derde plaats, kwalificeren als *werk van letterkunde, wetenschap of kunst*. Over de inhoud van dit – het meeste belangrijke – criterium zijn de rechtsgeleerden het echter niet met elkaar eens. Volgens sommigen valt dit vereiste uiteen in een dubbele toets: het voortbrengsel moet liggen op het domein van ‘letterkunde, wetenschap of kunst’ en moet een ‘werk’ zijn. Volgens anderen is enkel de ‘werktoets’ van belang.

Over de betekenis van de term ‘letterkunde, wetenschap of kunst’ wordt in de Nederlandse rechtsleer zeer verschillend gedacht. Weliswaar staat vast dat ‘letterkunde, we-

tenschap of kunst’ niet met een hoofdletter geschreven hoeft worden (Concl. A-G, 4.6), zodat het begrip in beginsel ruimte laat voor scheppingen zonder veel kunstzinnige waarde of wetenschappelijke ambitie. Maar terwijl volgens Grosheide het auteursrechtelijke domein zich beperkt tot ‘culturele informatie’,⁶ meent A-G Verkade dat het begrip ‘letterkunde, wetenschap of kunst’ zo ruim is dat het in wezen iedere menselijke uiting omvat.

Voor de principiële opvatting van Grosheide valt veel te zeggen. Een belangrijk doel van het auteursrecht is het bevorderen van de productie van cultuuroederen. Zonder de stimulans van een uitsluitend recht (in de vorm van een auteursrecht) dat op de markt kan worden verzilverd, worden geen romans geschreven en geen films geproduceerd, zo is de gedachte. Deze culturele rechtsgrond wijst in de richting van een cultureel afgebakend domein. Een bijkomende reden om deze domeinafbakening serieus te nemen is de systematiek van het recht van intellectuele eigendom. Naast het auteursrecht staat het octrooirecht dat onder veel zwaardere condities (nieuwheid en uitvindingshoogte) voor veel kortere duur (maximaal 20 jaar) bescherming biedt aan uitvindingen op het gebied van de nijverheid. Als ‘letterkunde, wetenschap of kunst’ praktisch niets te betekenen heeft, dreigt het gevaar dat het auteursrecht – met zijn lage drempel en zeer lange beschermingsduur (tot 70 jaar na de dood van de auteur) – het octrooirecht gaat overwoekeren.

Dat de term ‘letterkunde, wetenschap of kunst’ wel de gelijk zelfstandige betekenis heeft, blijkt impliciet uit de werkcategoryën die in artikel 10 lid 1 Aw zijn opgesomd. Het gaat – met uitzondering van de categorie ‘geschriften’, waarvoor in Nederland een bijzonder beschermingsregime geldt – steeds om vormgegeven menselijke creaties, niet om willekeurige menselijke uitingen. Een echtelijke ruzie is geen ‘toneelwerk’, het huilen van een baby geen ‘muziekwerk’, de kletspraat in een kroeg geen ‘mondelijke voordracht’.

Voor de pragmatische opvatting van Verkade valt echter ook wel wat te zeggen. Het is in de praktijk bijzonder lastig om een grens te trekken tussen ‘letterkunde, wetenschap of kunst’ en andere menselijke uitingen. Bovendien heeft de wetgever die grens zelf al tweemaal overschreden: door de bescherming van (niet-creatieve) *geschriften* (in 1912) en door het opnemen in de ‘werkenlijst’ van (in wezen technische of functionele) *computerprogramma’s* (in 1994).⁷

Duidelijk is in elk geval dat de Hoge Raad niet van enige domeinafbakening wil weten. In het arrest *Technip / Goossens* uit 2006 liet de Hoge Raad ruimte voor auteursrechtelijke bescherming van een kinetisch schema voor het kraken van aardolie (in wezen een chemische formu-

4 P.B. Hugenholtz, ‘Auteursrecht op alles’, *NJB* 2007, p. 390-391. Zie tevens F.W. Grosheide, in: Van Eijk/Hugenholtz (red.), *Dommering-bundel*, Amsterdam: Cramwinckel 2008, p. 125-126.

5 HR 16 juni 2006, AA 2006-11, p. 821-824 (Lancôme/Kecofa) (AA20060821).

6 F.W. Grosheide, *Auteursrecht op maat*, Deventer: Kluwer 1986, p. 195-216, 296-299.

7 Computerprogramma’s zijn in 1994 als twaalfde werkcategory opgenomen bij de implementatie van de Europese richtlijn ter bescherming van computerprogramma’s (Richtlijn 91/250/EEG).

le). In het arrest *Lancôme/Kecofa* van hetzelfde jaar zette de Hoge Raad de auteursrechtelijke deur wagenwijd open voor de bescherming van parfums.⁸ Ook in de onderhavige zaak lijkt het domein van het auteursrecht geen rol te hebben gespeeld.

Daarmee is de vraag van auteursrechtelijke bescherming gereduceerd tot de vraag of er sprake is van een *oorspronkelijk werk*. In de bewoordingen van de Hoge Raad: er moet sprake zijn van een werk met een eigen, oorspronkelijk karakter, dat het persoonlijk stempel van de maker draagt. Deze ‘werktoets’, die door de Hoge Raad voor het eerst met zoveel woorden werd geformuleerd in het arrest *Van Dale/Romme*,⁹ wordt in het Endstra-arrest nader uitgewerkt. Volgens de Hoge Raad bestaat deze formule uit twee afzonderlijke elementen. ‘Eigen, oorspronkelijk karakter’ houdt in dat de vorm van het werk niet aan die van een eerder werk ontleend is, dat wil zeggen niet min of meer gekopieerd is (vgl. art. 13 Aw). ‘Persoonlijk stempel’ 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’ (r.o. 4.5.1).

Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat ‘dit kenmerk’ (bedoeld zal zijn: het persoonlijk stempel) te kennen moet zijn ‘uit het voortbrengsel zelf’. Anders gezegd, de rechter zal een eventueel persoonlijk stempel moeten kunnen aflezen uit het voortbrengsel waarvoor bescherming wordt ingeroepen. De Hoge Raad wenst niet dat de rechter zich in de geest van de scheppende mens verplaatst; dat zou ‘betrokkenen [...] voor onoverkomelijke bewijsproblemen [kunnen] stellen’. De door de lagere rechters gehanteerde eis van ‘bewust’ scheppen mag volgens de Hoge Raad daarom niet worden gesteld, evenmin als de eis dat er sprake moet zijn van een coherente creatie.

Deze – kennelijk door het belang van de rechtszekerheid ingegeven – overwegingen roepen echter meer vragen op dan zij beantwoorden. Als persoonlijk stempel betekent dat de vorm het resultaat is van creatieve keuzes, zal toch op enige wijze aan het licht moeten kunnen komen dat de maker daadwerkelijk creatieve keuzes heeft gemaakt. Die keuzes staan in direct verband met het *idee* dat de maker bij het scheppen voor ogen stond, en zijn enkel uit het voortbrengsel zelf onmogelijk af te leiden.

Meer in het algemeen geeft het arrest weinig blijk van begrip van het menselijke scheppingsproces. Creatie is uit de aard der zaak een bewuste menselijke handeling.

Aan iedere schepping gaat een idee (plan, concept) vooraf. Zonder dat idee, dat richting geeft aan de schepping, is er geen werk, maar slechts onbeschermde menselijke communicatie. Daarom is de letterlijk opgetekende echtelijke ruzie geen werk, maar het toneelstuk waarin een echtelijke ruzie wordt verbeeld is dat wel.

Evenmin lijkt de Hoge Raad zich veel rekenschap te geven van de consequenties van het arrest, het zoveelste in een reeks waarin het domein van het auteursrecht telkens is opgerekt. De Hoge Raad lijkt uit het oog te verliezen dat het object van het auteursrecht iets beschermenswaardigs vertegenwoordigt. Is er werkelijk een cultureel of ander algemeen belang gemoeid met de bescherming (door een langlopend exclusief recht) van normale menselijke conversatie? Vinden er in Nederland *zonder* de stimulans van een auteursrecht te weinig gesprekken plaats? Helaas lijkt de rechtsgrond van het auteursrecht in het arrest geen enkele rol te hebben gespeeld. Hetzelfde geldt voor de keerzijde van het auteursrecht: de informatievrijheid. Menselijke conversatie is de grondstof van informatievrijheid; er moeten goede gronden zijn om die door een uitsluitend recht te beperken, zo blijkt uit artikel 10 lid 2 EVRM.

Het auteursrechtelijke debat woedt intussen onverminderd voort. Terwijl Seignette het arrest van de Hoge Raad omarmt, uiten Senftleben en Dommering scherpe kritiek.¹⁰ Het wachten is nu op het (eind)oordeel van het Haagse gerechtshof. Het hof zal aan de hand van de door de Hoge Raad aangereikte criteria de zaak moeten afdoen. Nu de Hoge Raad de deur naar auteursrechtelijke bescherming heeft opengezet, zal het hof de achterbankconversatie *as is* aan de eis van persoonlijk stempel moeten toetsen. Daardoor zal het voor het hof niet eenvoudig zijn de gesprekken auteursrechtelijke bescherming te ontzeggen. Zoals het Amsterdamse hof al moest toegeven, heeft Endstra zijn woorden waarschijnlijk wel ‘creatief’ gekozen en daardoor zijn persoonlijk stempel op de conversatie gezet. Maar misschien werpt het hof de reddingsboei die de Hoge Raad in de slotzin van r.o. 4.5.1 voor Nieuw Amsterdam lijkt te hebben klaargelegd:

Daarbuiten [de eis van persoonlijk stempel] 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.

Mogelijk loopt de zaak bij het Haagse hof dus nog met een sisser af, maar de auteursrechtelijke doctrine blijft achter met een kater. ■

⁸ HR 24 februari 2006, *NJ* 2007, 37 (Technip/Goossens); HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585 (Lancôme/Kecofa).

⁹ HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608 (Van Dale/Romme).

¹⁰ J.M.B. Seignette, *IER* 2008-4, p. 230-231;

M.R.F. Senftleben, *AMI* 2008-5, p. 139-142; E.J. Dommering, *NJ* ... [actualiseren]