

17 Nieuwheid in het Auteursrecht

Bernt Hugenholtz*

1. Inleiding

De dissertatie van Antoon Quaadvlieg¹ is een blijvende bron van inspiratie. Centraal in het proefschrift staat zijn “leer van het subjectieve werk”, waarin Antoon klassieke opvattingen over het werkbegrip en de originaliteit nieuw leven inblaast. Daarbij gaat zijn aandacht vooral uit naar technisch en functioneel georiënteerde voortbrengselen in de periferie van het auteursrechtelijke domein, zoals producten van industriële vormgeving en computerprogramma’s.

Het werk is, zo benadrukt Antoon op vele plaatsen in zijn proefschrift, de uitdrukking van de in vrijheid scheppende mens. Oorspronkelijkheid is daarom “het creatieve scheppen om het scheppen zelf”.² Ontwerpkeuzes die de maker door praktische, technische of functionele randvoorwaarden worden opgedrongen, dragen niet bij aan de oorspronkelijkheid. Van een origineel werk kan eerst sprake zijn als de maker zijn ontwerpkeuzes achteraf getoetst heeft aan zijn eigen smaak. Dit subjectieve – in wezen esthetische – oordeel moet scherp worden onderscheiden van toetsing aan de objectieve randvoorwaarden. Uitsluitend subjectieve keuzes bepalen of aan de oorspronkelijkheidseis is voldaan.

In mijn proefschrift dat enkele jaren later verscheen heb ik uitgebreid aandacht besteed aan Antoons dissertatie en zijn leer van het subjectieve werk.³ Ik stelde vast dat zijn leer een variant is van het klassieke adagium dat het auteursrecht in wezen *kunstwerken* beschermt. Hoewel voor Quaadvliegs leer veel te zeggen viel, vroeg ik mij wel af hoe zijn leer in de rechtspraktijk zou moeten worden toegepast. Omdat de rechter geen zicht heeft op het creatieve proces dat aan de schepping voorafgaat en niet in het hoofd of de ziel van de maker kan kijken, zal Antoons “smaaktoets” op enigerlei wijze moeten worden geobjectiveerd.

In de rechtspraak, die al jaren worstelt met de toepassing van de auteursrechtelijke oorspronkelijkheidseis, zien we dat inderdaad op verschillende manieren gebeuren. In de Endstra-zaak stond de vraag centraal of deze eis impliceert dat de maker *bewust* een werk heeft willen scheppen. De Hoge Raad vond van niet. “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. [...] Het gaat hierbij evenwel om een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen.”⁴ De originaliteit van het werk dient uit het werk zelf te blijken en mag volgens de Hoge Raad dus niet worden afgeleid uit het creatieve proces dat tot het werk geleid heeft. Dat is een objectieve maatstaf.

De benadering van de Hoge Raad staat in contrast met die van het Europese Hof van Justitie. In het standaardarrest *Eva Maria Painer* oordeelde het Hof dat er sprake is van een ‘eigen intellectuele schepping van de maker’ (dat wil zeggen: een oorspronkelijk werk) “wanneer de auteur bij het maken van het werk zijn creatieve bekwaamheden tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzen”.⁵ Over deze creatieve keuzevrijheid gaat het grootste deel van Antoons dissertatie. Maar daarover handelt deze bijdrage aan zijn gedenkschrift niet.

Dat brengt mij bij een andere objectieve methode, die door de lagere rechtspraak in Nederland steeds vaker lijkt te worden toegepast – vooral in kwesties van industriële vormgeving. De originaliteit van het werk wordt hier niet gebaseerd op “het voortbrengsel zelf”, zoals de Hoge Raad voorschrijft, of afgeleid uit de aanwezigheid van voldoende creatieve keuzevrijheid, zoals het HvJEU overweegt, maar afgemeten aan een scala van vergelijkbare werken die al bestonden voordat het werk tot stand kwam, het zogeheten *vormgevingserfgoed*. Deze toets, die uit het modellenrecht lijkt te zijn overgewaaid, objectiveert de originaliteitstoets tot een eis van nieuwheid.

Over de rol van nieuwheid in het auteursrecht – een onderwerp dat door prejudiciële vragen die op het moment van schrijven voorliggen bij het HvJEU hoogst actueel is – gaat deze aan Antoon opgedragen bijdrage.

2. Originaliteit versus nieuwheid

Het spreekt vanzelf dat nieuwheid geen rol speelt in de originaliteitsleer van Quaadvlieg. Als de originaliteit van een werk de weerslag is van het “scheppen om het scheppen zelf”, dan maakt het niet uit of het door de auteur geschapen voortbrengsel gelijkenis vertoont met eerder voortgebrachte werken van anderen. Dat blijkt duidelijk uit de beschouwingen die Antoon in het laatste deel van zijn proefschrift wijdt aan een oude, inmiddels bijna vergeten controverse, die de Nederlandse auteursrechtwereld medio vorige eeuw verdeeld hield. Het meningsverschil betrof de beschermingsomvang van het auteursrecht in situaties waarin twee werken sterke onderlinge gelijkenis vertonen. In de ene opvatting, de *ontleningstheorie*, is in een dergelijk geval enkel sprake van inbreuk als het latere werk aan het eerdere werk is ontleend. Volgens de andere opvatting, de *monopolieleer*, is ontleningsbewijs niet nodig; het auteursrecht beschermt de auteur van het eerdere werk hoe dan ook tegen het latere werk, ook als de gelijkenis geheel toevallig is.

Quaadvlieg maakt in zijn boek korte metten met de monopolieleer. De juistheid van de ontleningstheorie volgt direct uit de ratio van de auteursrechtelijke oorspronkelijkheid: de bescherming van de creatieve persoonlijkheid van de maker. “Wat aan een eigen persoonlijkheid ontspruit is per definitie geen plagiaat van het persoonlijk stempel van een ander.”⁶ Daarmee verworpt Quaadvlieg – mijns inziens op goede gronden – een criterium van nieuwheid als factor in de oorspronkelijkheidstoets.

Het auteursrecht biedt daarom geen bescherming tegen de *Doppelschöpfung*, de (vrijwel) identieke creatie van latere datum. Omgekeerd komt een dergelijke creatie in aanmerking voor auteursrechtelijke bescherming; er is immers niet aan het eerdere identieke werk ontleend. Op dit punt kijkt

* Prof. mr. P.B. Hugenholtz is Emeritus Hoogleraar Recht van de Intellectuele Eigendom aan de Universiteit van Amsterdam.

1 A.A. Quaadvlieg, *Auteursrecht op techniek: de auteursrechtelijke bescherming van het technisch aspect van industriële vormgeving en computerprogrammatuur*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, online vindbaar op <https://repository.ubn.ru.nl/handle/2066/113399>.

2 Quaadvlieg 1987, p. 21.

3 P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie*, Deventer: Kluwer 1989, p. 31-33.

4 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra*).

5 HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (*Eva Maria Painer*).

6 Quaadvlieg 1987, p. 160.

het auteursrechtelijke systeem wezenlijk af van het octrooirecht, dat absolute nieuwheid vooropstelt en de *Doppelerfindung* derhalve uitsluit.⁷

Hoewel de term in de dissertatie van Antoon niet voorkomt, is het interessant om iets langer stil te staan bij de Doppelschöpfung, een fenomeen dat vooral in de Duitse literatuur veel pennen in beweging heeft gebracht. Hoe groot is eigenlijk de kans dat een tweede werk tot stand komt dat identiek is aan het eerste maar daaraan niet is ontleend? Dat vergt enig statistisch rekenwerk, waar de meeste juristen niet dol op zijn. Stel dat een werk (laten we zeggen: het ontwerp van een stoel) de optelsom is van een tiental uiterlijke kenmerken. Laten we vervolgens elk van deze kenmerken een waarde geven op een schaal van een tot tien, bijvoorbeeld 3-4-5-7-9-5-1-9-5-5. De kans dat een tweede ontwerp dat geheel onafhankelijk tot stand is gekomen, precies dezelfde kenmerken vertoont, is dan één op tien tot de tiende macht, oftewel 1 op 10.000.000.000. Die kans is praktisch gesproken nihil. Als we als 'dubbelschepping' ook mee zouden tellen sterk gelijkende varianten van het ontwerp en een gelijkenis op zeven van de tien onderdelen zou volstaan, is de kans nog steeds bijzonder klein: 1 op 10.000.000 (één op tien tot de zevende macht).

Deze rekenarij voert onvermijdelijk naar het werk van de Zwitserse rechtsgeleerde Max Kummer. Hoewel dubbelscheppingen in theorie kunnen bestaan, is het auteursrechtelijke werk in statistisch opzicht uniek. Hiervan uitgaande heeft Kummer – in zijn baanbrekende Zwitserse dissertatie over het werkbegrip uit 1968⁸ – een objectief originaliteitscriterium ontwikkeld. Volgens zijn leer van de *statistische Einmaligkeit* is aan de originaliteitstoets voldaan indien statistisch kan worden uitgesloten dat een ander hetzelfde werk zou hebben gemaakt.⁹ De uniciteitsleer van Kummer heeft school gemaakt, niet alleen in Zwitserland, waar de hoogste federale rechter de leer heeft omarmd,¹⁰ maar ook bijvoorbeeld in de Tsjechische auteurswet.¹¹

3. Het bloed kruipt waar het niet gaan kan

Hoewel er in de Nederlandse rechtsleer tegenwoordig consensus over bestaat dat nieuwheid in het auteursrecht geen rol speelt, zien wij in de rechtspraak en de rechtspraktijk dat het bloed kruipt waar het niet gaan kan. Dat is niet zo verwonderlijk. De leer van het subjectieve werk laat zich, zoals gezegd, niet gemakkelijk operationaliseren. De rechter kan niet in het hoofd kijken van de maker en wil ook niet als kunstcriticus fungeren. Het originaliteitscriterium zal dus op enigerlei wijze geobjectiveerd moeten worden. De neiging om nieuwheid – een uit het recht van industriële eigendom bekend, objectief criterium – voor originaliteit in de plaats te stellen is dan moeilijk te weerstaan.

Hoewel de term 'nieuwheid' als zodanig doorgaans zorgvuldig wordt vermeden, zien wij een eis van nieuwheid – in verholde vorm en in verschillende gedaantes – in de Nederlandse rechtspraak steeds vaker opduiken. Allereerst als bewijsregel. Uitgaande van de statistische onwaarschijnlijkheid van de dubbelschepping heeft zich in de jurisprudentie een bewijsregel ontwikkeld die de

eisende maker beoogt te beschermen tegen een malafide dubbelscheppingsverweer. Volgens de grondregel van het bewijsrecht ("wie stelt, bewijst"), dient de eiser in een inbreukzaak normaliter aan te tonen dat er aan zijn werk is ontleend. Dat ontleningsbewijs is meestal niet gemakkelijk te leveren, reden waarom de Hoge Raad in gevallen van vergaande overeenstemming de bewijslast heeft omgedraaid.¹² De gedaagde zal aannemelijk moeten maken dat hij het eerdere werk van eiser *niet* heeft gekend en daaraan niet *heeft* ontleend. Dat is – zeker in tijden waarin universele toegang tot het internet bestaat – een duivelse bewijslast. De bewijsregel komt de facto neer op een eis van nieuwheid; de dubbelschepper trekt altijd aan het kortste eind.¹³

In de feitenrechtspraak speelt de nieuwheid een meer uitgesproken rol, vooral op het terrein van de industriële vormgeving. Kennelijk geïnspireerd door de nieuwheidseis uit het modellenrecht meten tal van Nederlandse rechters de auteursrechtelijke originaliteit tegenwoordig (mede) af aan het "vormgevingserfgoed". Typerend is een recent arrest van het Gerechtshof Den Bosch met betrekking tot de auteursrechtelijke bescherming van vakantiechalets. Nadat het Hof volgens het boekje de uit de jurisprudentie van het HvJEU en HR bekende frases over het werkbegrip heeft geciteerd, overweegt het Hof: "Bij de beoordeling of er sprake is van een eigen intellectuele schepping, is verder het relevante vormgevingserfgoed van vóór november 2019 [de datum waarop het chalet van eiser is ontworpen] van belang." Vervolgens vergelijkt het Hof (in navolging van de rechter in eerste instantie) het chalet van eiser met allerlei oudere chalets om vervolgens te concluderen dat het ontwerp auteursrechtelijk beschermd is.¹⁴

Vergelijking met vormgevingserfgoed is toetsing aan nieuwheid. De nieuwheidseis is in de auteursrechtelijke praktijk dus springlevend. Dat blijkt ook uit de – toegegeven: niet-auteursrechtelijke – praktijk van plagiaatbestrijding. Zoals Antoon in zijn capaciteit als docent vaak zal hebben meegemaakt, worden alle scripties en studentenpapers tegenwoordig door een plagiaatdetector gecontroleerd. Dat geldt dikwijls ook voor wetenschappelijke artikelen die bij tijdschriftredacties worden aangeboden. Plagiaatdetectoren vergelijken de getoetste teksten automatisch met een omvangrijk corpus wetenschappelijke en vakliteratuur; in feite zijn het gespecialiseerde zoekmachines. Gelijkenis wordt onverbiddelijk geconstateerd en van verwijzingen naar de "oorspronkelijke" bron voorzien. Een hoge score van de detector is een sterke aanwijzing voor plagiaat en kan onaangename gevolgen hebben voor de auteur.

De neiging om auteursrechtelijke originaliteit af te meten aan nieuwheid is onbedwingbaar, vooral in domeinen waar de oorspronkelijkheid niet van het werk "afdruipt". Terwijl de meeste rechters de oorspronkelijkheid van een gedicht, een novelle of een schilderij *prima facie* zullen aannemen, hanteert de rechtspraak een nieuwheidstoets als panacee in gevallen waarin de oorspronkelijkheid moeilijk is vast te stellen, zoals bij de functionele en technische creaties die in het proefschrift van Antoon centraal staan. Deze rechtspraak staat op gespannen voet met de door Antoon ontwikkelde leer van het subjectieve werk.

7 Hugenholtz 1989, p.29.

8 M. Kummer, *Das urheberrechtlich schützbares Werk*, Bern 1968.

9 Op de leer van Kummer valt overigens veel af te dingen; zie Hugenholtz 1989, p. 33-35.

10 Schweizerisches Bundesgericht 5 september 2003, BGE 130 III 168 (*Bob Marley*).

11 Zie art. 2 lid 1 van de Tsjechische auteurswet, beschikbaar op <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2000-121> (vertaald): "Het voorwerp van auteursrecht is een werk van letterkunde en andere artistieke en wetenschappelijke werken dat het unieke resultaat is van de creatieve activiteit van de auteur [...]".

12 HR 21 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0513, NJ 1993/164 (*Barbie*); HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8456, NJ 2003/17 (*Una Voce Particolare*). In Duitsland geldt dezelfde bewijsregel; zie BGH 3 februari 1988, GRUR 1988/812 (*Ein bisschen Friede*).

13 Zie Quaadvlieg 1987, p. 159.

14 Hof Den Bosch 11 juli 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2253, IEF 21576, www.ie-forum.nl. Zie voor andere voorbeelden uit de rechtspraak Rb. Rotterdam (vzr.) 29 maart 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:2689 en Rb. Gelderland 20 maart 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:1524, *Auteursrecht* 2024-4, nr. 6, m.nt. P. Teunissen, alsmede de aldaar genoemde andere zaken.

Hoe deze jurisprudentie zich verhoudt tot het unierecht is een vraag die momenteel voorligt bij het Europese Hof van Justitie. In de zaak-Mio heeft de Zweedse appelrechter een aantal prejudiciële vragen gesteld over de wijze waarop de rechter het onderzoek naar de oorspronkelijkheid van een werk van toegepaste kunst dient te verrichten. Moet het onderzoek zich richten op het creatieve proces dat tot de schepping heeft geleid of op het voortbrengsel zelf? En welke rol speelt hierbij het bestaan van “identieke of gelijkaardige voorwerpen” die voor de totstandkoming van het werk in kwestie waren gecreëerd?¹⁵

Het is tragisch dat Antoon de beantwoording van deze belangwekkende vragen, die de kern raken van zijn dissertatie, niet meer heeft mogen meemaken.

¹⁵ C-580/23 (Mio). Zie tevens de vragen gesteld in de zaken C-649/23 (Institutul G. Călinescu) en C-795/23 (Konektra).

18 Prettig procederen

Toon Huydecoper*

1. Inleiding

Alweer een pittige vernieuwing van het burgerlijke procesrecht. Ooit bestudeerden we dat en zagen dat het nog grotendeels in de 19e-eeuwse spelling was geschreven – met juweeltjes als “de koop-schat” en “stellionaat” er in – geen mens die wist wat dat was.

Maar intussen is het dus grondig op de schop gegaan, met grote wijzigingen aan het begin van deze eeuw en in 2016 (KEI – geen opmerkelijk succes, maar wel een forse ingreep), en heel wat kleinere toevoegingen tussendoor.

En nu dus weer een grote wijziging, namelijk: het nieuwe bewijsrecht, dat op 1 januari jl. in werking is getreden (wet van 6 maart 2024, S. 62). Art. XIV stelt vast dat deze wet moet worden aangeduid als de Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht. Dat roept al direct een tegenwerping op, want ik zal hierna betogen dat deze wet lang niet alleen vereenvoudiging brengt. Maar wel modernisering, dat moet ik de wetgever nageven.

Wat de nieuwe wet brengt is voor beoefenaren van het recht van intellectuele eigendom intussen maar voor een beperkt deel vernieuwend, omdat veel van de nieuwe bepalingen erop neerkomen dat de regels die voor de IE aan de hand van de Handhavingsrichtlijn¹ zijn ingevoerd, overeenkomstig toepasselijk worden voor de andere rechtsgebieden – iets wat overigens al in de tussentijdse rechtspraak van de Hoge Raad voor de meeste gevallen was aanvaard. Codificatie, dus, van al geldend recht; maar er is ook heus wel nieuws.

Nieuw is bijvoorbeeld – en dit is wel degelijk voor de praktijk relevant – dat het verschoningsrecht dat tot dusver geldt voor de “officiële” partners en naaste familieleden, voortaan ook zal gelden voor “levensgezellen” die dus géén geformaliseerde relatie met elkaar hebben, zie bijv. art. 165 (nieuw).

Dat roept natuurlijk de vraag op, wie er zoal als “levensgezel” mogen gelden. Die vraag wordt allicht aan de rechtspraak geëndosseerd (de rechter krijgt overigens op p. 39 – 40 van de memorie van toelichting² wel een rijtje aspecten voorgehouden die hierbij een rol kunnen spelen – en waar ik, als rechter, mij niet veel verder mee geholpen zou voelen³).

Een interessante vraag lijkt mij of je, anders dan bij geformaliseerde relaties, méér dan één levensgezel (tegelijk) kunt hebben (of tegelijk een of meer levensgezellen én een formele partner kunt hebben). Zoals zo vaak, is er maar weinig houvast voor de beantwoording, maar geïnteresseerden verwijs ik graag naar “Harten” van drs. P.

Een andere “echte” vernieuwing bestaat erin, dat de regel die de rechter verbiedt om bewijs aan te nemen enkel op de verklaring van één “partijgetuige”, wordt afgeschaft. De Parlementaire Geschie-

* Mr. J.L.R.A. Huydecoper is oud-advocaat generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden.

¹ Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (PbEU 2004, L 157).

² Kamerstukken II 2019-20, 35 498 nr. 3 (MvT).

³ Zie ook F.J.P. Lock, ‘De Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht: wat er (niet) gaat veranderen’, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (TCR) 2024, afl. 3, p. 74.