

Noot onder Hoge Raad 29 maart 2013, 12/1003 (Broeren/Duijsens)

Gepubliceerd in NJ 2013, afl. 46, nr. 504, p. 5927-5929

P.B. Hugenholtz

Gerdine Duijsens is kunstschilderes en redelijk succesvol met haar collectie kleurrijke ‘Eettaferelen’, waarop voluptueuze dames en vlinderdasdragende heren met glazen in de hand en neuzen in de lucht feestelijk bij elkaar aan tafel zitten. Theo Broeren maakt schilderijen die – om het voorzichtig te zeggen – door het werk van Duijsens geïnspireerd lijken te zijn. Ook hier: vrolijke dames en heren in bonis die met de neuzen in de lucht en met volle teugen van de drank, de spijs en het leven in het algemeen lijken te genieten (de litigieuze werken zijn in kleur afgedrukt in AMI 2013/3, p. 110-111). Volgens Duijsens is er sprake van méér dan inspiratie, en het Bossche hof is het met haar eens. Het hof verklaart voor recht dat Broeren met een aantal werken inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Duijsens. Ten aanzien van enkele andere werken van Broeren is het oordeel nauwelijks milder. Volgens het hof wijken deze werken zozeer af van die van Duijsens dat er weliswaar geen sprake is van auteursrechtinbreuk, maar wel van onrechtmatig handelen jegens Duijsens “door nodeloos haar stijl na te bootsen”.

Conform de conclusie van A.-G. Verkade casseert de Hoge Raad dit onrechtmatigheidsoordeel. De Hoge Raad stelt voorop dat volgens vaste jurisprudentie het auteursrecht geen bescherming toekent aan degene die volgens een hem kenmerkende stijl werkt. “Aan deze rechtspraak ligt de gedachte ten grondslag dat de auteursrechtelijke bescherming van abstracties als stijlkenmerken een ontoelaatbare beperking van de vrijheid van creatie van de maker zou meebrengen, en aldus een rem op culturele ontwikkelingen zou vormen.” (r.o. 3.5). De Hoge Raad leidt hieruit af dat het recht om dezelfde reden ook geen ruimte laat voor bescherming van een stijl op grond van onrechtmatige daad, tenzij er sprake zou zijn van ‘bijkomende omstandigheden’, die in het arrest overigens niet worden aangeduid (te denken ware aan misleiding of bedrog, aldus J.C.S. Pinckaers, AMI 2013/3, p. 117).

Dat op de persoonlijke stijl van een kunstenaar geen auteursrecht rust, is vrij algemeen aanvaard en vaste jurisprudentie (Hoge Raad 28 juni 1946 (Van Gelder/Van Rijn), NJ 1946, 712; Hoge Raad 29 december 1995 (Decaux/Mediamax), NJ 1996, 546). Tegen stijlbescherming door het auteursrecht pleiten culturele en mededingingsrechtelijke argumenten, als ook het belang van de rechtszekerheid. Het monopoliseren van een stijl zou, zoals de Hoge Raad terecht overweegt, de culturele ontwikkeling belemmeren (zie Conclusie A.-G., nr. 3.5.2). Wat zou er bijvoorbeeld van het kubisme zijn geworden, als Picasso en Braque, die deze belangrijke kunststroming ooit hebben geïnitieerd, destijds auteursrecht op kubistisch schilderen hadden kunnen invoeren? Ook de artistieke uitingenvrijheid, beschermd door art. 10 EVRM, speelt hierbij een rol (Pinckaers, AMI 2013/3, p. 117). Vanuit een oogpunt van mededingingsrecht is een stijlmonopolie evenzeer ongewenst; stijl pioniers zouden de productmarkt voor werken in dezelfde stijl voor de zeer lange duur van het auteursrecht (tot 70 jaar post mortem auctoris) kunnen controleren. Stijlbescherming in het auteursrecht zou bovendien de rechtszekerheid in onaanvaardbare mate aantasten (A.-G., nr. 3.5.1). Het auteursrechtelijke werkbegrip vooronderstelt een concreet afgebakend werk. De beschermingsomvang is hieraan direct gerelateerd. Bij gebreke aan een duidelijk omlijnd werk kan de reikwijdte van het auteursrecht niet eenduidig worden vastgesteld, hetgeen ten koste gaat van de rechtszekerheid. Bedenk hierbij dat het auteursrecht geen

formaliteitsvereisten kent; anders dan in het merken-, modellen- of octrooirecht kan (de omvang van) een auteursrechtelijke aanspraak niet uit een openbaar register worden gekend.

Maar het bloed kruipt soms waar het niet gaan kan. Rechters hebben in het verleden meermalen aanvullende bescherming op basis van het onrechtmatige daadsrecht toegekend in gevallen van navolging van een markante persoonlijke stijl, bijv. die van illustrator Dick Bruna (Hof Arnhem 6 maart 1979, AMR 1980, p. 32, IEPT19790306 (Bruna/Rolf)). In een rechtsklimaat waarin op nabootsing wordt neergekeken en billijkheid centraal staat, ligt een dergelijk oordeel gemakkelijk op de loer. Volgens Visser spelen in IE-zaken de ‘onderbuikgevoelens’ van de rechter soms een grotere rol dan de grote beginselen van het recht (D.J.G. Visser, ‘Het ABC van iedere IE-inbreuk’, oratie Leiden (2004); idem, ‘De rechterlijke beslissing (in IE-zaken)’, IEF 8189). Ongetwijfeld hebben billijkheidsoverwegingen in casu bijgedragen aan het oordeel van het Bossche hof. Wie het oeuvre van Duijsens en Broeren naast elkaar legt kan moeilijk aan de gedachte ontkomen dat (zeer) zwaar tegen het werk van Duijsens is aangeleund – en erger.

Maar parasiteren of profiteren van andermans prestatie is op zichzelf niet onrechtmatig. Het systeem van het recht van intellectuele eigendom is gebaseerd op de premisse van de vrije mededinging, inclusief de vrijheid van nabootsing (Hoge Raad 26 juni 1953 (Hyster Karry Krane), NJ 1954, 90, m.nt. Houwing). De door de wet verleende rechten van intellectuele eigendom (auteursrecht, octrooirecht, merkrecht, etc.) zijn welomschreven uitzonderingen op dit beginsel. Hiervan uitgaande is voor aanvullende bescherming van objecten die niet door deze IE-rechten begrepen worden, in beginsel geen plaats. Dat geldt a fortiori als het gaat om prestaties, zoals een persoonlijke stijl, die door de wetgever of rechtspraak doelbewust buiten auteursrechtelijke bescherming zijn gelaten.

Dat neemt niet weg dat er onder bijzondere omstandigheden aanleiding kan bestaan voor het verlenen van aanvullende bescherming. Dat is bijvoorbeeld het geval voor gevallen van nabootsing van een product van een concurrent “indien men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen op bepaalde punten evengoed een anderen weg had kunnen inslaan en men door dit na te laten verwarring sticht”, aldus de Hoge Raad in het vermaarde arrest Hyster Karry Krane (NJ 1954, 90). Dit leerstuk van de *slaafse nabootsing* lag aan de basis van het onrechtmatigheidsoordeel van het Bossche hof. In zijn conclusie wijst A.-G. Verkade er op dat dit leerstuk zich niet zomaar laat overplaatsen naar het terrein van de stijlbescherming. Slaafse nabootsing betreft namaak van een concreet product; bij stijlbescherming zou een volledige productfamilie – een in beginsel oneindig aantal producten die in dezelfde stijl geschapen zijn – door een verbod worden getroffen, hetgeen als gezegd uit een oogpunt van vrije mededinging en culturele ontwikkeling ongewenst zou zijn. Hier komt bij dat stijlnavolging niet per se, en meestal niet, met herkomstverwarring gepaard gaat. Broeren liet zich weliswaar vergaand inspireren door het werk van Duijsens, maar signeerde zijn schilderijen wel steeds keurig met zijn eigen naam.

De door de Hoge Raad in Broeren/Duijsens gevolgde, m.i. onweerlegbare redenering roept de vraag op of het arrest wellicht wijdere implicaties heeft. De redenering komt er op neer dat er geen plaats is voor aanvullende bescherming als er voor de afbakening van het IE-recht zelf een reden van algemeen belang is aan te wijzen. Maar is dat niet vrijwel altijd het geval? De grenzen van de IE-wetgeving worden niet willekeurig getrokken (althans dat mag men hopen), maar zijn het product van een rationeel wetgevingsproces waarin de voors en tegens van bescherming, en de gerechtvaardigde duur ervan, worden afgewogen. Als, bijvoorbeeld, het modellenrecht bepaalt dat een modelrecht na maximaal 25 jaar is verlopen, dan is daarvan

de achterliggende reden dat gedurende deze periode de investering in het model (ontwerp) kan worden terugverdiend, en dat het daarna 'afgelopen' moet zijn met de bescherming. De redenering van de Hoge Raad volgend is ook hier geen plaats voor aanvullende bescherming; na het verstrijken van de wettelijke beschermingstermijn moet het concurrenten vrij staan identieke producten te vervaardigen en op de markt te brengen, zelfs als daardoor "nodeloze verwarring" zou ontstaan, hetgeen bij nabootsing van gebruiksvoorwerpen dikwijls het geval zal zijn (anders echter: Hoge Raad 31 mei 1991, NJ 1992, 391 m. nt. Verkade (Borsumij/Stenman)).

Afgezien van het leerstuk van de slaafse nabootsing is aanvullende bescherming uiterst zeldzaam. In het arrest Decca/Holland Nautic (Hoge Raad 27 juni 1986, NJ 1987, 191) stelde de Hoge Raad rechterlijke terughoudendheid voorop, maar overwoog vervolgens: "Ontbreekt een dergelijk absoluut recht [van intellectuele eigendom] dan is [...] voor een vergelijkbare bescherming via het recht van de ongeoorloofde mededinging in beginsel ten minste vereist dat wordt geprofiteerd van een prestatie van dien aard dat zij op één lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigen [...]". Ook hier zien we dus een verband met de ratio van het recht van intellectuele eigendom. Voor aanvullende bescherming is "in beginsel ten minste vereist" dat het gaat om een prestatie waarvoor een absoluut recht van intellectuele eigendom gerechtvaardigd zou zijn. Dat aan deze strenge voorwaarde niet gemakkelijk voldaan is, leert de latere jurisprudentie. Buiten de sfeer van de slaafse nabootsing heeft de Hoge Raad slechts eenmaal aanvullende bescherming willen aanvaarden, nota bene in een casus waarin op aanstaande IE-wetgeving (t.w. de Wet op de naburige rechten) kon worden geanticipeerd (Hoge Raad 24 februari 1989 (Elvis Presley), NJ 1989, 701).

Met dat al lijkt de logische consequentie van het arrest Broeren/Duijsens te zijn dat de rol van de aanvullende bescherming, afgezien van 'bijkomende omstandigheden', praktisch is uitgespeeld. Daar hoeft overigens niemand rouwig om te zijn; door de proliferatie van IE-rechten gedurende de afgelopen decennia (zie J.H. Spoor, 'De gestage groei van merk, werk en uitvinding', oratie VU Amsterdam, 1990) zijn de meeste, al dan niet vermeende, leemtes in het recht van intellectuele eigendom nu wel gedicht.