

[Opinie NJB]

## *Auteursrecht op alles*

P.B. Hugenholtz\*

Op 13 juni 2007 vierden wij het afscheid van de academie van een van de groten van het Nederlandse auteursrecht, prof.mr. J.H. (Jaap) Spoor. De oratie die hij zeventien jaar eerder aan de VU hield, trok destijds veel aandacht. *De gestage groei van merk, werk en uitvinding*<sup>1</sup> heette zijn rede, waarin hij de wildgroei van het recht van intellectuele eigendom helder aan de kaak stelde. Hoewel een visionaire buitenstaander als Koopmans al in 1983 had gewaarschuwd voor de gevaren van voortwoekerende IE-rechten ('minimonopolies'<sup>2</sup>), was Spoor de eerste IE-coryfee die het hardop durfde te zeggen. Aan het 'voorstommelende treintje van de intellectuele eigendom' (de term is van Koopmans) moest maar eens een halt worden toegeroepen. Korte tijd later deed Verkade in zijn Leidse entreerede er nog een schepje bovenop. De steeds ruimere IE-bescherming conflicteert volgens Verkade regelmatig met de informatievrijheid van art. 10 EVRM.<sup>3</sup>

Anno 2008 valt te constateren dat de waarschuwingen van Spoor en Verkade in de wind geslagen zijn. Het treintje van Koopmans is, met name in het auteursrecht en vooral de afgelopen jaren, doorgedenderd. De oorzaak ligt voor de verandering niet bij de EG, die op dit terrein weinig meer tot stand brengt, of bij de regering, die een terughoudend auteursrechtbeleid voert, maar bij ons hoogste rechtscollege, de Hoge Raad. De recente conclusie van (thans) advocaat-generaal Verkade in de Endstra-zaak<sup>4</sup> geeft een onthutsend beeld van de auteursrechtelijke jurisprudentie sinds 2001. Hoewel de HR over feitelijkheden natuurlijk niet mag oordelen, heeft hij recent ruim baan gegeven aan de auteursrechtelijke bescherming van triviale kinderspelletjes (waaronder vier op 'n rij en zeeslag), een kinetisch schema voor de productie van ethyleen en propyleen, de geur van een parfum en het ontwerp van eenvoudige vakantiewoningen.<sup>5</sup>

Daarmee staat Nederland zo langzamerhand aan kop van het Europese auteursrechtclasserement. Waren er na het KaZaA-arrest<sup>6</sup> onheilsprofeten die riepen dat ons land een *copyright haven* (vrijhaven voor piraten) dreigde te worden, bij nader inzien is het hier, althans voor rechthebbenden, *heaven on earth*.

Misschien verklaart deze jurisprudentie wel het *défaitisme* dat doorklinkt in de conclusie van de AG. Het gaat in de Endstra-zaak om de vraag of de 'achterbankgesprekken', die Willem Endstra in 2003-2004 voerde met politieambtenaren, auteursrechtelijk beschermd zijn.

---

\* P.B. Hugenholtz is hoogleraar Recht van de intellectuele eigendom en directeur van het Instituut voor Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam. Deze opinie is een bewerking van een rede gehouden tijdens het *IE-diner*, dat op 31 januari 2007 plaatsvond in Amsterdam. Hugenholtz heeft eerder in de Endstra-zaak een deskundigenadvies uitgebracht, zie [www.delex.nl/snelzoeken.aspx?prakgeb=ie&q=endstra](http://www.delex.nl/snelzoeken.aspx?prakgeb=ie&q=endstra).

<sup>1</sup> J.H. Spoor, *De gestage groei van merk, werk en uitvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

<sup>2</sup> T.Koopmans, 'Minimonopolies', RM Themis 1983, 342; id., 'Intellectuele eigendom, economie en politiek', *Informatierecht/AMI* 1994-6, p. 107.

<sup>3</sup> D.W.F. Verkade, *Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid*, Deventer: Kluwer 1990

<sup>4</sup> Conclusie AG Hoge Raad d.d. 18 januari 2007, LJN: BC2153 (erven Endstra/Nieuw Amsterdam).

<sup>5</sup> HR 29 juni 2001, NJ 2001, 602 (Impag/Hasbro); HR 24 februari 2006, NJ 2007, 37 (Technip/Goossen); HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585 (Lancôme/Kecofa); HR 8 september 2006, NJ 2006, 493 (Timans/Haarsma en Agricola).

<sup>6</sup> HR 19 december 2003, AMI 2004, p.9 (BUMA/KaZaA).

Volgens het Amsterdamse hof is dat niet het geval. Hoewel aan de gesprekken een zeker eigen karakter niet kan worden ontzegd, zijn ze door Endstra niet als werk geconcipeerd.

Verkade vindt deze conceptie-eis niet terug in het bestaande recht en concludeert tot cassatie. Maar geen woord over de gevaren van een uitdijend werkbegrip voor de informatievrijheid. Wel veel over Eigen Oorspronkelijk Karakter en Persoonlijk Stempel (EOK & PS), de toets die in het Nederlandse auteursrecht de moeder van alle criteria lijkt te zijn geworden. Ooit in de rechtspraak ontwikkeld om het werkbegrip te kwalificeren,<sup>7</sup> dreigt deze eis dat begrip nu geheel te gaan vervangen. Was na *Technip* en *Lancôme* van een afgebakend auteursrechtelijk domein ('letterkunde, wetenschap en kunst') al geen sprake meer, als de HR in het aanstaande Endstra-arrest zijn AG zou volgen, heeft ook het begrip 'werk' zijn zelfstandige betekenis verloren.

Op de gevaren van een fixatie op de oorspronkelijkheidseis wees Spoor al in zijn rede. Sportprestaties en vertolkingen – twee objecten die bol staan van EOK & PS – zijn dan niet meer buiten de auteursrechtelijke deur te houden. En wat te denken van een persoonlijke stijl of een origineel idee, objecten die van oudsher (en op zeer goede gronden) onbeschermd zijn gebleven? Zelfs de eenvoudige boodschappenlijst, het schoolvoorbeeld van een onbeschermd geschrift, komt als het enkel gaat om EOK&PS voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking.

Zo wordt het auteursrecht, als we niet oppassen, gereduceerd tot een verlengstuk van het privacyrecht. Al wat door mensenhand beroerd wordt, is een 'werk'; iedere menselijke communicatie is beschermd. Want lopen wij allen in het *iktijdperk* niet over van EOK&PS?

Een bijzonder sterk privacyrecht bovendien: een verbodsrecht dat voortduurt tot 70 jaar na de dood van de maker. De achterbankgesprekken zouden tot 2074 buiten het publiek domein blijven. Voor *voorbank*gesprekken geldt mutatis mutandis hetzelfde. Als de conclusie van de AG geldend recht zou zijn, had Joran van der S. de 'televisie-uitzending van de eeuw' op auteursrechtelijke gronden kunnen verbieden. *Idem dito* voor al het dagelijkse geklets in de publieke ruimte – op radio, televisie en het internet, in real of virtual reality. Daar moeten dan ook de auteursrechten voor worden geregeld. (Hier liggen prachtige nieuwe kansen voor het collectieve rechtenbeheer.)

Een oeverloos auteursrecht is niet alleen een bedreiging voor de informatievrijheid en de vrijheid van mededinging, maar ook voor het auteursrecht zelf. In het huidige maatschappelijke debat staan auteurs onder zware druk om hun tijdelijke monopolies te rechtvaardigen. Daarbij kunnen zij wijzen op de belangrijke bijdrage die hun prestaties leveren aan het algemeen cultuurgoed. Auteursrechtelijke bescherming van chemische formules, geurtjes en geleuter ondermijnt deze argumentatie.

Hoe verlossen we de Hoge Raad van zijn oorspronkelijkheidsobsessie? De sleutel ligt in een standaardarrest uit 1946.<sup>8</sup> De raad overwoog 'dat alleen de vormgeving, die de uiting is van datgene, wat den maker tot zijn arbeid heeft bewogen, de bescherming van het auteursrecht geniet'. Zoals Gerbrandy het later samenvatte: *zonder die, de maker innerlijk bewegende opzet, idee, is er geen 'werk'*.<sup>9</sup> En zo is het: een auteursrecht op alles is een auteursrecht van niets.

---

<sup>7</sup> HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355 (Explicator).

<sup>8</sup> HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712 (Van Gelder/Van Rijn).

<sup>9</sup> S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 61.