

Over vorm en inhoud gesproken

S.J. van Gompel

Een juiste of onjuiste kwalificatie? Dat mag de lezer wat mij betreft zelf beoordelen. Feit is in elk geval dat, in tegenstelling tot wat Grosheide in zijn bijdrage aan IE-Forum.nl (IEF 13188) suggereert, het Haagse Hof in zijn uitspraak in de Endstra-zaak (AMI 2013/6, nr. 13) nergens beweert dat aan de gesprekken die Endstra voerde met de Amsterdamse recherche geen touw is vast te knopen. Grosheide lijkt daarover echter anders te denken. Ik citeer een passage uit zijn bijdrage, waaruit ik in voetnoot 9 van mijn annotatie een zinsnede heb overgenomen die, zoals hierna zal blijken, helemaal niet ‘volkomen uit zijn verband is gerukt’.

Grosheide schrijft (IEF 13188, punt 5):

Daartoe signaleer ik om te beginnen de klaarblijkelijke onverenigbaarheid van een in overweging 5.12 opgenomen citaat van K. van het Reve waarin deze schrijft dat tussen een op de band opgenomen gesprek en de uitgetypte versie ervan dit verschil bestaat dat aan het laatste geen touw is vast te knopen, met 's Hofs vaststelling in overweging 5.13 dat ook aan de achterbankgesprekken geen touw is vast te knopen, maar aangezien de transcripties daarvan letterlijke weergaven zijn van die gesprekken, de formele opbouw/structuur daarvan volledig uit de transcripties is te kennen. De bedoelde onverenigbaarheid zit hierin dat bij Van het Reve het afluisteren van de bandopname van een gesprek voor de luisteraar helemaal niet onbegrijpelijk behoeft te zijn, terwijl dit juist wel het geval is voor de lezer van de uitgetypte tekst van dezelfde bandopname, terwijl door het Hof tussen de opname en de schriftelijke vastlegging van de achterbankgesprekken geen onderscheid wordt gemaakt: beide leveren één-op-één onzin op.

Deze lezing strookt niet met mijn lezing van het arrest (en ja, ik had de woorden ‘mijns inziens’ aan de kwalificatie ‘onjuist’ kunnen toevoegen, maar het moge voor de lezer toch duidelijk zijn dat waar twee juristen andere standpunten innemen het om verschillende interpretaties gaat). Ik zie allereerst nergens dat het Hof in r.o. 5.13 – of elders in zijn uitspraak – vaststelt ‘dat ook aan de achterbankgesprekken geen touw is vast te knopen’. Sterker nog, het Hof geeft duidelijk aan dat de door Endstra uitgesproken teksten ‘voor de CIE-ambtenaren met wie Endstra de gesprekken voerde, kennelijk begrijpelijk genoeg’ waren. Daarnaast maakt het Hof wel degelijk onderscheid tussen de door Endstra uitgesproken en op tape opgenomen teksten en de opschriftstelling daarvan. Immers, auditief

waren de gesprekken ‘kennelijk voldoende duidelijk’. Alleen aan de transcripties was volgens het Hof ‘niet of nauwelijks een touw [...] vast te knopen’. Dit lijkt me te rijmen met de Van het Reve-parallel. Het Hof oordeelt in elk geval niet dat de gesprekken van Endstra waarop auteursrecht werd geclaimd en de transcripties daarvan beide ‘één-op-één onzin’ opleveren.

Grosheide schrijft verder:

Het Van het Reve-citaat kan dan ook geen steun bieden aan de motivering van het Hof die immers berust op de één-op-één-benadering. De vereenzelviging van inhoud en vorm heeft het Hof echter nodig om uit te komen waar het wezen wil. Dit blijkt uit de door mij hierboven gecursiveerde woorden de formele opbouw/structuur daarvan, gebezigd ter karakterisering van de vorm van de achterbankgesprekken. Met die woorden slaat het Hof een brug tussen de inhoudelijke wartaal en de niet-creatief geoordeelde vorm. Omdat inhoudelijk sprake is van wartaal is (ook) sprake van een banale c.q. triviale vorm.

Ook deze brug vind ik nergens terug in de uitspraak van het Hof. In elk geval de laatste zin, waarin Grosheide een verband legt tussen de inhoudelijke wartaal en de banale c.q. triviale vorm van de op schrift gestelde uitspraken, is mijns inziens ongegrond. Net als Grosheide lees ik dat het Hof de transcripties, die het even daarvoor kwalificeert als moeilijk leesbaar en onbegrijpelijk, ook gebruikt om daaruit de vorm c.q. de formele structuur/opbouw van de gesprekken te kennen. Ik trek daaruit echter niet meteen de conclusie dat het Hof, vanwege de inhoudelijke onbegrijpelijkheid van de transcripties, ook de vorm van de gesprekken als banaal c.q. triviaal kwalificeert. Integendeel, het Hof kijkt naar de manier waarop Endstra zijn uitspraken heeft vormgegeven en oordeelt dat die bestaan uit ‘een schier eindeloze reeks onafgemaakte, slecht lopende en ronduit kromme zinnen (waardoor de transcripties [sic] ook zo moeilijk leesbaar zijn)’. Dat is mijns inziens een vrij neutrale en niet-inhoudelijke observatie over de vormgeving van de teksten. Het Hof concludeert vervolgens dat de gesprekken door Endstra te banaal of triviaal zijn vormgegeven om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen. Daarmee kun je het eens of oneens zijn, maar 's Hofs oordeel is wel conform de criteria ter beoordeling van auteursrechtelijke beschermbaarheid.

Bij het invullen van de auteursrechtelijke werktoets zijn 'creatieve keuzes', in tegenstelling tot wat Grosheide suggereert, wel degelijk van belang. Het verbaast mij dat Grosheide dit in twijfel trekt. Hij schrijft letterlijk: 'Creatieve keuzes? Moet daarvan blijken, wil sprake zijn van het persoonlijk stempel van de maker?' Ja, daarvan moet blijken. De Hoge Raad zegt (nota bene in de *Endstra* zaak zelf): '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 ook het Hof van Justitie van de EU heeft meerdere keren bevestigd dat (vrije en) creatieve keuzes onderdeel zijn van het auteursrechtelijk werkbegrip (zie bijvoorbeeld de uitspraken in *Eva-Maria Painer*, punten 88-89 en *Football Dataco I*, punt 38).¹ Mijn betoog dat bij de invulling van het originaliteitscriterium serieuzer moet worden onderzocht 'of, in de omstandigheden van het geval, de maker bij het creëren van een voortbrengsel wel creatieve keuzes heeft gemaakt' bouwt dus voort op vaste rechtspraak. Ik geef toe dat het 'creatieve keuze'-vereiste ruimte laat voor verschillende (subjectieve) opvattingen, maar het is wel een van de weinige criteria die de auteursrechtelijke originaliteitstoets nog tanden kan geven. Laat rechters dit vereiste dan ook serieus toepassen en er nadere invulling aan geven.

Ik ben het overigens met Grosheide eens dat het wat ongemakkelijk aanvoelt dat het Hof de inhoudelijk lastig te begrijpen transcripties gebruikt om daaruit de vorm van de gesprekken af te leiden. Maar wat zou het alternatief zijn geweest? Waaruit zou het Hof de vorm van de gesprekken kunnen kennen anders dan uit de letterlijke weergave daarvan in de transcripties? De raadsheren die over de zaak moesten beslissen waren immers niet bij de gesprekken aanwezig en ook de tapes waarop de gesprekken waren opgenomen zijn – voor zover ik weet – nooit in de procedure betrokken geweest. Het Hof zou de onderzoekers wellicht hebben kunnen horen, maar die kunnen toch moeilijk oordelen over het persoonlijke stempel van Endstra.

Ook zou het Hof de transcripties door figuranten hebben kunnen laten voorlezen om zo de gesprekken na te bootsen, maar zou het dan anders hebben geoordeeld over de vorm waarin Endstra zijn gedachten tot uitdrukking heeft gebracht? Dat lijkt me vrij onaannemelijk. Daar komt nog bij dat – zoals Grosheide zelf ook aangeeft – bij gesprekken inhoud en vorm lastig te scheiden zijn. Dit betekent evenwel dat beide ook uit de transcripties kunnen blijken, zoals het Hof in r.o. 5.13 ook aangeeft. Dat bij gesprekken inhoud en vorm doorgaans samenvallen betekent echter niet dat de twee qua aard te vereenzelvigen zijn. Zo kan een gesprek met een niet-alledaagse inhoud best een alledaagse vorm hebben en *vice versa*. In zoverre zijn inhoud en vorm dus – in elk geval tot op zekere hoogte – van elkaar te scheiden.

Wellicht zit de kern van het verschil van interpretatie tussen Grosheide en mij in het gedeelte tussen haakjes waar het Hof oordeelt dat de gesprekken bestaan uit 'een schier eindeloze reeks onafgemaakte, slecht lopende en ronduit kromme zinnen (waardoor de transcripties [*sic*] ook zo moeilijk leesbaar zijn)'. Grosheide zal hierin misschien bewijs zien van de door hem veronderstelde 'vereenzelving van inhoud en vorm' en 'inhoudelijke beoordeling' van de gesprekken door het Hof. *Mijns inziens* is het gedeelte tussen haakjes echter niet meer dan een onnodige verwijzing naar de eerdere – *mijns inziens* totaal overbodige – exercitie over de inhoudelijke onbegrijpelijkheid van de transcripties van de achterbankgesprekken. Het Hof zegt in de eerste regels van r.o. 5.13 immers zelf dat het voortbrengsel waarvoor de erven Endstra auteursrecht inroepen niet in de transcripties van de achterbankgesprekken is gelegen, maar in de achterbankgesprekken zelf. Elk inhoudelijk oordeel over de transcripties is dus volkomen overbodig. Wat mij betreft had het Hof de hele exercitie in r.o. 5.12 en het begin van r.o. 5.13, met inbegrip van de vergelijking met het Van het Reve-citaat, dus achterwege mogen laten. Dan was de uitspraak een stuk makkelijker te volgen geweest en hadden we deze discussie waarschijnlijk nooit hoeven voeren.

¹ HvJ EU 1 december 2011, zaak C-145/10, AMI 2012/2, nr. 6 m.nt. M.M.M. van Eechoud (*Painer/Standard Verlags*); HvJ EU 1 maart 2012, zaak C-604/10, AMI

2012/4, nr. 15 (*Football Dataco*) en de bijdrage van A.C. Beunen in hetzelfde nummer.