

Over wat (on)juist is, valt te twisten

Hoe stelt men vast dat (aandelen in) gesprekken al dan niet een persoonlijk stempel dragen? In ieder geval niet door hun inhoud en vorm te vereenzelvigen.

F.W. Grosheide
Prof. mr. F.W. is Emeritus-
hoogleraar intellectue-
le eigendom, Universiteit
Utrecht, en juridisch advi-
seur te Amsterdam.

In AMI 2013/6 annotteert S.J. van Gompel het arrest van het Haagse Hof in hoger beroep gewezen in de zogeheten *Endstra*-zaak.¹ Niettegenstaande het feit dat het Hof het ingestelde appel voor het overige wegens gebrek aan spoedeisendheid verwerpt, ziet het blijkens r.o. 5.1 niettemin aanleiding om in te gaan op het inhoudelijke geschil tussen partijen ‘veronderstellenderwijs aannemend dat de erven Endstra daarbij wél spoedeisend belang zouden hebben’. Daarmee komt het Hof in de rest van onderdeel 5 van zijn arrest te oordelen over het auteursrecht, meer in het bijzonder het auteursrechtelijke werkbegrip. Dit oordeel vormt op zijn beurt weer de aanleiding voor de annotatie van Van Gompel. Voor de inhoud van arrest en annotatie verwijs ik naar het desbetreffende nummer van AMI.

Zich beroepend op r.o. 5.13 waarin het Hof uitsprekt dat het door de erven Endstra ingeroepen auteursrecht niet is gelegen in de transcripties van de achterbankgesprekken maar in de achterbankgesprekken zelf, betoogt Van Gompel dat het Hof dusdoende bij zijn oordeel over de auteursrechtelijke kwaliteit van die achterbankgesprekken inhoud en vorm naar behoren uit elkaar heeft gehouden. In de bij deze passage behorende voetnoot 9 merkt Van Gompel op dat ik in een bijdrage aan IE-Forum.nl (*IEF* 13188) een andere lezing voordraag en het Hof verwijt inhoud en vorm te hebben vereenzelvigd ‘door vast te stellen dat, naast de transcripties, “ook aan de achterbankgesprekken geen touw is vast te knopen” (wat tussen dubbele aanhalingstekens staat, is van mij geciteerd). Dit (d.i. mijn betoog) is echter onjuist, laat Van Gompel op het van hem geciteerde zinsdeel volgen.

Het is duidelijk dat Van Gompel en ik ’s Hof’s arrest verschillend lezen. Dat komt onder de beste juristen voor. Ik neem dan ook aan dat Van Gompel heeft bedoeld te schrijven dat mijn lezing *zijns inziens* onjuist is. Ernstiger is echter dat Van Gompel kennelijk meent dat, door aan mijn bijdrage op IE-Forum.nl slechts in een voetnoot te refereren, hij er in zijn hoofdtekst aan kan voorbijgaan. Maar daarmee heeft hij het zich toch te gemakkelijk gemaakt. Immers, dusdoende blijft de door mij voor mijn lezing gegeven argumentatie onbesproken (laat staan dat deze wordt weerlegd) en wordt ook de AMI-lezer daarover in het ongewisse gelaten. Ernstig is ook dat het door Van Gompel uit mijn bijdrage overgenomen citaat volkomen uit zijn verband is gerukt. Wat dat betreft had hij voor zijn mening dat ik het arrest van het Hof verkeerd lees, beter een ander tekstgedeelte uit mijn bijdrage kunnen citeren.

Daarmee kom ik *in medias res*. Van Gompels ongereflecteerde voetnoot 9 wil ik niet onweersproken laten. Ik begin met het minste kwaad: het uit zijn context gehaalde citaat. Het citaat komt uit een gedeelte van mijn bijdrage op IE-Forum waarin ik signaleer dat in ’s Hof’s arrest een klaarblijkelijke tegenstrijdigheid bestaat ‘tussen een in overweging 5.12 [met instemming van het Hof, voeg ik nu toe] 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’, en ’s Hof’s constatering 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,

¹ Hof Den Haag 16 juli 2013, AMI 2013/6, nr. 13 m.nt. S.J. van Gompel (*Erven Endstra/Nieuw-Amsterdam c.s.*).

de formele opbouw/structuur daarvan volledig uit de transcripties is te kennen’.

Mijn punt was en is dat bij het volgen van Van het Reve’s bevinding in de *Endstra*-casus, het oordeel zou hebben moeten luiden dat het zeer wel mogelijk moest worden geacht dat de achterbankgesprekken in weerwil van het feit dat de transcripties ervan onzin opleverden, begrijpelijk, duidelijk, zinnig of wat niet al waren. Het Hof trekt echter niet de consequentie uit de zelf geïntroduceerde vergelijking met de bevinding van Van het Reve. Integendeel, het oordeelt dat de transcripties van de achterbankgesprekken en de inhoud daarvan één op één met elkaar overeenstemmen. Het Hof onderbouwt dit oordeel met de enigszins deftige frase dat ‘de formele opbouw/structuur (van de achterbankgesprekken) volledig uit de transcripties is te kennen.’ Daarmee naderen wij het hoofdpunt van mijn bezwaar tegen ’s Hofs arrest: de vereenzelviging van inhoud en vorm.

Immers, linksom via de Van het Reve-parallel of rechtsom via de onzinlezing zal moeten worden vastgesteld of de achterbankgesprekken gemeten aan het PS-element van de werktoets voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Duidelijkheid, begrijpelijkheid noch zinnigheid volstaan om tot het oordeel te komen dat de achterbankgesprekken het persoonlijk stempel van de spreker dragen. Evenmin – integendeel, zou ik menen – sluit het bezigen van wartaal uit dat het gesprokene dit wél doet. Alles wat Van Gompel in dit verband over het persoonlijk stempel schrijft, onderschrijf ik uiteraard. Het is allemaal vaste rechtsleer en rechtspraak van HvJ EU en HR, met inbegrip van het *Kecofa*-arrest waarnaar ook Van Gompel verwijst onder vermelding van alle annotaties met uitzondering van die van mij in *IER* 2006, 88.

Maar hoe stelt men nu vast dat (aandelen in) gesprekken al dan niet een persoonlijk stempel dragen? Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (2005), p. 99, voetnoot 187, schrijven dat daarbij praktische problemen kunnen optreden. Vgl. P.B. Hugenholtz, *Works of Literature, Science and Art, in A Century of Dutch Copyright Law*, Amsterdam: deLex 2012, p. 44-45. Het meest zich opdringende probleem is wel dat bij gesprekken inhoud en vorm zo danig verkleefd zijn dat het één niet of nauwelijks van het ander is te scheiden. In mijn IE-Forum-bijdrage uit ik het vermoeden dat om aan die praktische problemen te ontkomen de Amsterdamse rechters tot hun door de Hoge Raad gewraakte invulling van het PS-element zijn gekomen. Daarmee zat het Haagse Hof voor de opgave om het anders te doen dan de Amsterdamse collegae. En dat is ook wat vervolgens gebeurt. Het Haagse Hof komt

dusdoende per saldo – zij het met een andere motivering – tot dezelfde vaststelling als eerder gedaan door de Amsterdamse voorzieningenrechter en het Amsterdamse Hof: Endstra’s aandeel in de achterbankgesprekken kan geen aanspraak maken op auteursrechtelijke bescherming.

Dat het Haagse Hof met zijn motivering van dit oordeel uit de bocht is gevlogen, heb ik in mijn bijdrage – tentatief – als volgt verwoord:

Naar het voorkomt, bereikt het Hof de [...] afwijzing van auteursrechtelijke beschermbaarheid van de zogeheten achterbankgesprekken op basis van zowel een vereenzelviging van inhoud en vorm als een inhoudelijke beoordeling daarvan. De vereenzelviging van inhoud en vorm blijkt uit de woorden ‘de formele opbouw en structuur daarvan’, waarmee het Hof een brug slaat tussen de waargenomen inhoudelijke wartaal en de niet-creatief geoordeelde vorm. De inhoudelijke beoordeling van de achterbankgesprekken blijkt uit ’s Hofs karakterisering daarvan als een samenstel van ‘onafgemaakte, slechtlopende en ronduit kromme zinnen.’ In de hier voorgedragen interpretatie oordeelt het Hof dusdoende in strijd met de – door doctrine en rechtspraak gevolgde – auteursrechtelijke basisregels dat inhoud en vorm strikt van elkaar moeten worden onderscheiden, en dat de rechter zich van een inhoudelijk oordeel (mooi of lelijk, vernieuwend of traditioneel etc. etc.) moet onthouden. Een ander oordeel is ook niet in het Endstra-arrest van de Hoge Raad te lezen. Met zijn oordeel komt het Haagse Hof dan ook in strijd met ’s Hogen Raads oordeel dat het persoonlijk stempel uit het voortbrengsel zelf te kennen moet zijn.

Ik rond af. Aan het einde van zijn annotatie roept Van Gompel de rechters van Nederland op om het zijns inziens goede voorbeeld van het Haagse Hof te volgen bij het invullen van de werktoets. Met dit Hof zouden zij zich in voorkomende gevallen steeds moeten afvragen ‘of [...] de maker bij het creëren van een voortbrengsel wel creatieve keuzes heeft gemaakt.’ Creatieve keuzes? Moet daarvan blijken, wil sprake zijn van het persoonlijk stempel van de maker? In zijn met mijn bijdrage sporende, maar aanzienlijk fors(er) getoonzette (voor Van Gompel zonder twijfel *onjuiste*) opstel ‘Het persoonlijk stempel van de maker – hoe stel je dat vast?’ (*Middelen voor Meijer*, Den Haag: BJu 2013, p. 61) betoogt T. Cohen Jehoram m.i. terecht dat het verrichten van creatieve arbeid geen vereiste is voor auteursrechtelijke bescherming. Cohen Jehorams opstel illustreert bovendien fraai hoe zelfs tussen gelijkgestemden nog weer verschil in opvatting kan voorkomen. *Variis modis benefit*, zoals mijn grootvader placht te zeggen. Onjuist is in dit verband geen passende kwalificatie.