

Wer zu wenig philosophischen Geist hat, um sich auf solche Weise über das Alltägliche zu erheben, auf den brauchen wir keine Rücksicht zu nehmen! Er ist ja nach seiner eigenen Behauptung gar nicht vorhanden!¹

De totaalindruk: onjuist maar niet onbruikbaar

In de literatuur over de toepassing van het criterium van de overeenstemmende totaalindruk wordt gesteld dat de rechter bij toepassing hiervan voor een buitengewoon ingewikkelde taak staat.² Het criterium is controversieel omdat het zou uitlokken om ook niet auteursrechtelijk relevante trekken, zoals stijl en techniek mee te wegen bij de beschermingsomvang.³ Uit een nadere beschouwing van de totaalindruk, blijkt dat noch van een indruk, noch van een criterium sprake is en dat het als maatstaf bij de beoordeling van de overname van creatieve keuzes tekort schiet. Als indicatie van een inbreuk kan het in voorkomende (niet in alle) gevallen worden gehandhaafd.

M.R. de Zwaan
Mr. M.R. de Zwaan is
redacteur van dit blad en
advocaat bij Bremer &
De Zwaan.

Inleiding

Centraal bij de beantwoording van de inbreukvraag bij de vormgeving van gebruiksvoorwerpen staat de waarneming van een al dan niet bestaande overeenstemmende totaalindruk. In de jurisprudentie leest men een wat gekunsteld aandoende 'routebeschrijving' van de wijze waarop de rechter naar de gebruiksvoorwerpen zou hebben gekeken en zijn indruk zou hebben verkregen. De ingewikkeldheid van die routebeschrijving, waarin de nodige scherpe bochten en onverwachte afslagen zijn opgenomen, wordt in de juridische commentaren als een zware opgave voor de rech-

ter gezien en door bijvoorbeeld Quaedvlieg verklaard met de ontwikkelingen in hedendaags design waarin sprake zou zijn van een groeiende versmelting van vorm, idee, stijl en techniek.⁴

Persoonlijk heb ik deze ontwikkeling op het terrein van de productvormgeving niet waargenomen, maar dat laat onverlet dat de beantwoording van de originaliteits- en van de inbreukvraag bij de beoordeling van de vormgeving van gebruiksvoorwerpen uit de aard der zaak niet eenvoudig is. Bij de beantwoording van zowel de beschermings- als bij de inbreukvraag in de toegepaste kunst, krijgt de rechter te



Anders dan de introductie van het minimalisme in vormgeving en architectuur zo'n eeuw geleden, getuigen bijvoorbeeld de uitbundige vormgeving van de sinds deze eeuw geïntroduceerde retro-design modellen (Mini, Kever en Fiat 500) niet van een 'maximale integratie van functie en schoonheid' of van een groeiende versmelting van vorm, idee, stijl en techniek

1 Josef Kohler dient de critici van repliek die de voortdurende veranderlijkheid van het "imaginäre Bild" als te zweverig en ongrijpbaar afkeuren. Is immers niet al het organische aan voortdurende veranderlijkheid onderhevig en geldt die veranderlijkheid dus niet ook hen zelf? J. Kohler, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Verlag Ferdinand Enke, Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke 1907, Neuausgabe 1980, Scientia Verlag Aalen, p. 150.

2 D.J.G. Visser, *Het ABC van iedere IE-inbreuk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 13-15; K.J. Koelman, annotatie bij: *Stokke-arresten*, AMI 2013/5, p. 158-163; A.A. Quaedvlieg, 'Ideeën, techniek en stijl als dark matter van de auteursrechtelijke beschermingsomvang', AMI 2015/2, p. 29-37; A.A. Quaedvlieg, 'De totaalindruk, kern van het bewerkingsrecht', BIE november 2015, p. 240-245.

3 Zie bijvoorbeeld P.B. Hugenholtz in zijn annotatie NJ 2013, afl. 46, nr. 503, J. Spoor, 'Hoezo totaalindrukken?', *Dommeringbundel* 2008, p. 321-332 en Ch. Gielen in 'De totaalindruk in het auteursrecht', *IER* 2004, nr. 55, p. 255-259.

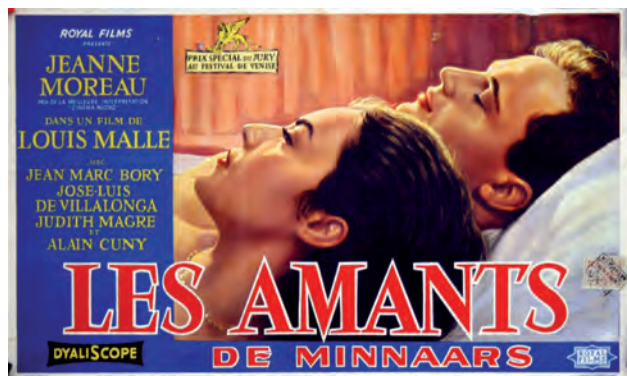
4 A.A. Quaedvlieg, 'De totaalindruk, kern van het bewerkingsrecht', BIE november 2015, p. 240-245. Elders stelt Quaedvlieg: 'Het hedendaagse design wil schoonheid en functie maximaal integreren: de functie is de schepper van het ontwerp en het ontwerp is de uitdrukking van de functie' (A.A. Quaedvlieg, 'Ideeën, techniek en stijl als dark matter van de auteursrechtelijke beschermingsomvang', AMI 2015/2, p. 29-37). Ook dit komt mij niet als hedendaags voor, althans het lijkt mij niet anders dan het welbekende Form Follows Function dat sinds het begin van de 20e eeuw een principe is in de moderne architectuur en industriële vormgeving. Persoonlijk zou ik denken dat met de introductie (bijna een eeuw geleden) van het minimalisme in de vormgeving ("less is more") de scheiding tussen vorm en functie een aanmerkelijk ingewikkelder exercitie is geworden.

maken met in elkaar overvloeiende functionele, esthetische, banale en originele eigenschappen en met de impact van de toegepaste techniek en de nagevolgde stijl op het uiterlijk van het product. Gegeven de lage werkdrempel zal hij de (overname van) creatieve keuzes moeten aanwijzen, die behalve in een louter originele vorm ook kunnen schuilen in de combinatie van beschermde en onbeschermde aspecten, of zelfs in de originele combinatie van louter onbeschermde aspecten. Het onderkennen en wegen van die keuzes bij de beoordeling van de beschermings- en van de inbreukvraag is zonder meer ingewikkeld en altijd subjectief.

De onvermijdelijke ingewikkeldheid en subjectiviteit van de beoordeling lijken mij niet te moeten worden toegerekend aan het criterium van de totaalindruk. Waarschijnlijker is het oorzakelijk verband omgekeerd en heeft de ingewikkeldheid en subjectiviteit van de toetsing geleid tot het criterium van de totaalindruk waarmee de beoordeling in goede banen wordt geleid en de illusie wordt opgeroepen van een formule die tot een eenduidige uitkomst leidt.

De moeilijkheid van het criterium is niet zijn ingewikkeldheid, maar zijn ongeloofwaardigheid; de beweerdelijk gevormde indruk. Ik acht het onwaarschijnlijk dat de rechter waarneemt en oordeelt op de wijze waarop dat volgens de regels der kunst van de overeenstemmende totaalindruk zou plaatsvinden. Ik vermoed allereerst dat rechters in de praktijk hun oordeel in niet onbelangrijke mate baseren op de indruk die zij zich vormen door vóór kennisname van de overige gedingstukken eerst naar (plaatjes van) de producten te gaan kijken. Die eerste indruk is waarschijnlijk al sterk richtinggevend voor het latere oordeel; om te spreken met de vroegere slogan van de anti-roosshampoo Head & Shoulders: *You'll never get a second chance to make a first impression*.⁵ In dit artikel zal ik echter geen verslag doen van een eigen onderzoek naar de werkwijze van de rechter en naar de betekenis van de eerste indruk op het latere oordeel. In deze bijdrage wil ik de vorming van de indruk zelf onder de loep nemen. Illustratief is het citaat uit een Amerikaanse zaak over het beweerd pornografische karakter van (een scène uit) *Les Amants* (*The Lovers*) van Louis Malle:

*I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description ("hard core pornography"), and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it, and the motion picture involved in this case is not that.*⁶



'I know it when I see it'; Kan een indruk bestaan uit een (niet bewuste gestuurde) gedachtegang, of worden gevormd door een 'georganiseerde' waarneming?

'I know it when I see it'; is dat wat er gebeurt bij de waarneming van een al dan niet overeenstemmende totaalindruk? En als dat zo is, dat zien en weten samenvalt, dan is dat toch iets heel anders dan de uitvoering van de uitvoerige gebruiksaanwijzing die wij moeten toepassen bij de beantwoording van de inbreukvraag?

In deze bijdrage wil ik de veronderstelde ongeloofwaardigheid van de rechterlijke totaalindruk onderzoeken op grond van de taalkundige betekenis van het begrip 'totaalindruk' en daartoe stilstaan bij de wijze waarop deze indruk wordt gevormd. Vervolgens wil ik bekijken hoe de opgedane inzichten zich verhouden tot de wijze waarop de totaalindruk functioneert in de door de Hoge Raad voorgescreven beoordelingswijze. Daarna zal ik de begripsmatige bezwaren tegen de term totaalindruk aanvullen met een enkele kanttekening vanuit het auteursrechtelijke perspectief. Tot slot zal ik mijn bedenkingen tegen het begrip totaalindruk in onderlinge samenhang bespreken en concluderen waarom de rechter, die dacht te mogen afgaan op zijn eigen totaalindruk, is aangewezen op 'vroom bedrog' om zijn oordeel te rechtvaardigen.⁷

Wat is een indruk?

Ter beantwoording van de vraag of de rechter daadwerkelijk zich een 'overeenstemmende totaalindruk' vormt, sta ik stil bij de vraag wat een indruk eigenlijk is. Deze vraag wordt in de juridische literatuur wel aangestipt, bijvoorbeeld door Spoor, maar niet met zoveel woorden beantwoord.⁸ De door Spoor als indruk aangeduide 'moeilijk scherp te omlijnen psychologische ervaring', wordt in de Van Dale omschreven als *'de uitwerking van iets op het gemoed of de geest'*.⁹ Met deze omschrijvingen wordt weliswaar

5 Zie ook het 'kleine veldonderzoek' van Visser naar de wijze waarop de kort geding rechter zijn oordeel vormt; D.J.G. Visser 'Beslissen in IE-zaken, verslag van een veldonderzoek', *NJB* 2008, p. 1918-1926.

6 *Jacobellis v. Ohio* (No. 11), 378 U.S. 184, June 22, 1964, at 197 (Stewart, J., concurring).

7 Ik ontleen de term aan de verwijzing van Visser (D.J.G. Visser, *Motiveren in IE-zaken*, Amsterdam: deLex 2011, p. 8) naar B.M. Telders, 'Rechtspraak en logica', *De Gids* 1937, p. 103-112, Verzamelde geschriften I, Den Haag 1947, p. 159-167.

8 J. H. Spoor, 'Hoezo, totaalindrukken?', in: N.A.N.M. van Eijk & P.B. Hugenholtz (red.), *Dommeringbundel*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2008, p. 323 (verder Spoor 2008).

9 *Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal*, Utrecht: Van Dale Lexicografie 2010 (ook online); zie ook de betekenissen gevonden op <http://www.encyclo.nl/begrip/indruk>.

enigszins duidelijk waar wij het moeten zoeken, maar wat een indruk in taalkundige zin nou precies is, blijft nog een raadsel. We zouden dat raadsel kunnen oplossen met behulp van wetenschappelijke beschrijvingen uit niet juridische disciplines zoals de neuropsychologie, maar dat gaat het bestek van deze bijdrage te buiten, nog daargelaten de nieuwe raadsels die bij een interdisciplinaire bespreking onvermijdelijk naar voren komen. Ik waag dus zelf een voorzichtig en slechts elementair uitstapje buiten de vertrouwde paden.¹⁰ Ik probeer iets meer zicht te krijgen op de betekenis van een indruk door de procesmatige kant ervan te benoemen. Het vormen van een indruk; wat is dat? Dat is de combinatie van een zintuiglijke waarneming van een prikkel en de verwerking van deze prikkel door de hersenen. Een indruk ontstaat door te zien, te ruiken, te voelen of te horen. Wat we ervaren, vertaalt zich in het brein zonder merk- of meetbare vertraging en zonder voorafgaande gedachte in een indruk. De snelheid waarmee een indruk wordt gevormd, wordt bepaald door de concreetheid, zintuiglijkheid en/of eenvoud van hetgeen wij waarnemen; de geur van versgemalen koffie, een harde knal, een schaars geklede schoonheid, of een stevige vloek verschaffen een onmiddellijke indruk. Zodra de prikkel abstracter en/of ingewikkelder is, verloopt de vorming van de indruk trager. Illustratief is het verschil in snelheid tussen de indruk die enerzijds de waarneming van een beeld en anderzijds die van een tekst maakt. Het beeld is concreet en de weergave van de zichtbare werkelijkheid. Het beeld veroorzaakt een onmiddellijke indruk ('pats-boem):



"Dit is Britt Dekker"¹¹

Tekst bestaat daarentegen uit abstracte letters die op niets anders lijken dan op zichzelf¹² De lezer zal de abstracte tekens moeten vertalen naar een mededeling, de lezer zal van de abstracte tekens een geconcretiseerde innerlijke

voorstelling moeten maken waarmee de indruk teweeg wordt gebracht:

*Zoals ze schaars gekleed in haar tere nachthemd in de schaduw stond, haar tengere figuur afgetekend in de zachte verlichting in de kamer (...) met haar ene hand haar mooie gelaat aanrakend.*¹³

Een indruk ontstaat zowel bij het lezen van een enkel woord bij het zien van een enkel beeld als bij het lezen van een langere tekst, zoals een gedicht of een roman, of bij het zien van een film. De 'uitwerking op het gemoed of de geest' kan immers ook het resultaat zijn van een langduriger waarneming en eventueel overdenking en bespiegeling. Het begrip indruk is dan niet meer die onmiddellijke verwerking van een zintuiglijke prikkeling, maar het begrip indruk wordt dan gebruikt als resultante van dat proces; de indruk die men heeft na lezing van de roman, de indruk die achterblijft na het bezoek van de voorstelling, enzovoorts. De verwantschap van de indruk die voortkomt uit een dergelijk proces met de onmiddellijke indruk schuilt in het summiere, of elementaire en weinig verbale karakter van beide. Bij een uitvoeriger verwoording van een indruk, denken wij immers eerder aan een analyse of aan een beoordeling. Bij een indruk is van een uitgewerkte gedachtegang of van een organisatie van de waarneming géén sprake; het is (maar) een indruk.

Behalve de gedachteloze wijze waarop een indruk wordt gevormd, springt, blijktens de taalkundige betekenis, het inherent subjectieve karakter van de indruk in het oog. De uitwerking van iets op het gemoed of de geest is onvermijdelijk een subjectieve aangelegenheid; de geest of het gemoed van iemand. Soms is die subjectiviteit van overweldigend belang, zoals wanneer iemand door de geur die hij of zij opsnuift onmiddellijk wordt teruggebracht naar zijn of haar jeugd. Maar ook bij minder persoonlijke indrukken is het subjectieve karakter evident en onoverkomelijk; dat karakter maakt deel uit van de betekenis van het begrip indruk. Aangezien er geen sprake is van een 'maatman' als onderdeel van het begrip indruk, laat de indruk zich niet objectiveren. Evenmin kan men aan het begrip indruk een absolute betekenis toekennen; de indruk zal altijd relatief zijn omdat men de omstandigheden, de context van hetgeen men waarneemt en de omstandigheden waaronder men waarneemt, niet van de waarneming kan scheiden; omstandigheden zijn er altijd en zij zijn sterk van invloed op de vorming van de indruk.¹⁴ Net zomin als een maatman, zijn deze omstandigheden gedefinieerd, waardoor zich aan de indruk geen absolute betekenis laat toekennen.

10 Ik maak daarbij gebruik van de inzichten die ik verwierf over het verschil in communicatie-eigenschappen en in 'impact' tussen woord en beeld; hoe uiteenlopend is de indruk die zij maken en waarom is dat zo? Zie M.R. de Zwaan, *Geen Beelden Geen Nieuws*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003, p. 32-45; zie ook de aldaar genoemde literatuur.

11 Britt Dekker, gefotografeerd door Carli Hermès voor Playboy, uitgave december 2011.

12 De Zwaan 2003, p. 33. Uiteraard bestaan er ook complexe beelden en eenvoudige teksten.

13 C. Kelly, *Echt verliefd*, Amsterdam: The House of Books 2016.

14 Zie voor de betekenis van de context en de waardering van de creativiteit D.J.G. Visser, 'Zo. Nu een artikel', *IJR* 2016, nr. 26, p. 185-186.



De context bepaalt functie, betekenis en indruk van het object¹⁵

Tot zover de elementaire verkenning van het begrip indruk. Met de door deze verkenning in kaart gebrachte betekenis van het begrip indruk gaan wij nu bezien hoe het begrip wordt toegepast in het auteursrecht en de toegepaste kunst.

Indruk en toegepaste kunst

Als vertrekpunt voor de wijze waarop het begrip bij de vormgeving van gebruiksvoorwerpen wordt toegepast, neem ik de omarming van het begrip *totaalindruk* als ‘bij uitstek geschikt inbreukcriterium’ in het arrest *Decaux/Mediamax*. Verkade kon zich destijds vinden in de toepassing van het criterium voor ‘overzichtelijke werken’ die zich lenen voor ‘enkelvoudige waarneming’, zoals bij werken van toegepaste vormgeving het geval zou zijn.¹⁶ Quaedvlieg wijst op andere werken, zoals de fotografie en ringtonnes die ook erg overzichtelijk kunnen zijn en omgekeerd op voorbeelden van industriële vormgeving die erg complex kunnen zijn. Quaedvlieg meent dat het criterium van de overeenstemmende totaalindruk ook bruikbaar is bij complexe werken en verwijst naar *Harry Potter/Tanja Grotter* waar het hof volgens hem perfect uit de voeten kon met het criterium van de totaalindruk.¹⁷

Wanneer men zich rekenschap geeft van de zo-even beschreven bandbreedte van het begrip ‘indruk’, te weten van de overwegend zintuiglijke ‘directe indruk’, zoals bij een prikkelend beeld, tot de meer cerebrale, uitgekristalliseerde, of althans achtergebleven indruk na lezing van een roman, dan valt op Quaedvliegs enthousiasme voor de bruikbaarheid van de totaalindruk, ongeacht de complexiteit van een werk, op het eerste gezicht weinig af te dingen. Bij nadere beschouwing trekken wij echter zowel bij de indruk van



een indruk is relatief

Quaedvlieg en Verkade aan een draadje, waarmee gaandeweg het hele breiwerk van de totaalindruk dreigt te worden uitgehaald. Niet de bandbreedte blijkt het probleem, maar het gedachteloze, onuitgewerkte karakter van een indruk in de taalkundige betekenis van het woord. In de auteursrechtelijke toepassing van de (totaal)indruk, heeft de indruk immers een plaats in de rechterlijke motivering, waarbij sprake is van een weloverwogen, beredeneerde en gestuurde waarneming en van de ontleding van de ‘indruk’ en daar wordt het minder geloofwaardig. De beschrijving van de totaalindruk, respectievelijk de wijze waarop de indruk moet worden gevormd en vergeleken om de aanwezigheid van een overeenstemmende totaalindruk te kunnen vaststellen, lijkt minder ingegeven door de betekenis van een indruk en veel meer door het auteursrechtelijke beoordelingskader en door de rechterlijke motiveringsplicht.

Volgens de Hoge Raad gelden, ook in kort geding, ‘de grondbeginselen van een goede procesorde waartoe behoort dat elke rechterlijke beslissing tenminste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken’.¹⁸ Allemaal heel juist, maar kan het criterium van de overeenstemmende totaalindruk hieraan ooit voldoen? Kan uit een totaalindruk de gedachtegang worden gestedileerd en verwoord die aan een rechterlijke beslissing ten grondslag ligt? Het antwoord op deze vraag moet ontkenkend zijn. Toegepast op het taalkundige begrip ‘indruk’, weten wij dat van een gedachtegang bij het vormen van de indruk geen sprake is. Ook bij de indruk waarop Verkade doelt is van een gedachtegang aanvankelijk geen sprake: de indruk die men krijgt door de waarneming ‘in één oogopslag’; je ziet het gebruiksvoorwerp, je ziet het origineel en

15 Marcel Duchamp signeerde het urinoir (porselein, standaardmodel „Bedfordshire“ van de firma J. L. Mott Iron Works uit New York) als R.Mutt, legde het op zijn kant en stelde het tentoon op de expositie van de Society of Independent Artists in New York (Grand Central Palace ,april 1917)

16 HR 29 december 1995, ECLI:NL:HR:ZC1942, NJ 1995/546, m.nt. D.W.F. Verkade; zie ook A.A. Quaedvlieg, ‘De totaalindruk, kern van het bewerkingsrecht’, *BIE* november 2015, p. 242-243, voetnoot 23 & 24.

17 A.A. Quaedvlieg, ‘De totaalindruk, kern van het bewerkingsrecht’, *BIE* november 2015, p. 242, 243.

18 HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986, NJ 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade, r.o. 3.4; RvdW 1993/124; IER 1993/35 m.nt. SdW, *BIE* 1994, 77.

het beweerdelijk inbreukmakende voorwerp in één beeld en je hebt een indruk; waarneming en verwerking tot indruk vallen min of meer samen; “I know it when I see it” De indruk is zonder bewuste gedachte gevormd en laat zich ook niet meer verwijderen. In een rechterlijke beslissing kan men hiermee echter niet volstaan en moet de zogenaamde indruk beredeneerd worden. Er moet een gedachtegang, die, althans bij het vormen van de indruk, nooit heeft plaatsgehad, zichtbaar gemaakt worden. Bij de *Stokke*-arresten zien wij het resultaat.

De leer van de Hoge Raad: de totaalindruk is geen indruk maar een oordeel

In de *Stokke*-arresten¹⁹ zegt de Hoge Raad:

Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van inbreuk op een auteursrecht op een gebruiksvoorwerp dient beoordeeld te worden in welke mate de totaalindrukken van het beweerdelijk inbreuk makende werk en het beweerdelijk bewerkte of nagebootste werk overeenstemmen. De auteursrechtelijk beschermde trekken of elementen van laatstbedoeld werk zijn daarbij bepalend, met dien verstande dat ook een verzameling of bepaalde selectie van op zichzelf niet beschermde elementen, een (oorspronkelijk) werk kan zijn in de zin van de Auteurswet, mits die selectie het persoonlijk stempel van de maker draagt. Bij de vergelijking van de totaalindrukken dienen dus ook onbeschermde elementen in aanmerking te worden genomen, voor zover de combinatie van al deze elementen in het beweerdelijk nagebootste werk aan de “werktoets” beantwoordt. Voorts geldt dat de enkele omstandigheid dat het werk of bepaalde elementen daarvan, passen binnen een bepaalde mode, stijl of trend niet betekent dat het werk of deze elementen zonder meer onbeschermd zijn. Onderzocht moet worden of de vormgeving van de (combinatie van de) verschillende elementen zodanig is dat aangenomen kan worden dat met het ontwerp door de maker op een voldoende eigen wijze uiting is gegeven aan de vigerende stijl, trend of mode (HR 29 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1942, NJ 1996/546 (Decaux/Mediamax)).²⁰

Terzake van de beschermenswaardigheid van de functionele elementen die onderdeel zijn van de vormgeving van het gebruiksvoorwerp memoreerde de Hoge Raad:

Het feit dat het werk voldoet aan technische en functionele eisen laat onverlet dat de ontwerpmarges of keuzemogelijkheden zodanig kunnen zijn dat voldoende ruimte bestaat voor creatieve keuzes van de maker die een werk in auteursrechtelijke zin kunnen opleveren (vgl. HR 8 september 2006, LjN AX3171, NJ 2006/493 (Slotermeervilla's)).²¹

‘De totaalindruk is geen criterium maar een voorschrift’

Spoor noemde het vergelijken van totaalindrukken waar- toe de Hoge Raad ons sinds 1995 (*Decaux/Mediamax*) aanzet ‘een aansprekend, attractief en overzichtelijk aandoend criterium’ om vervolgens te constateren dat het om een curieus, ietwat ongepolijst fenomeen gaat, dat in feite helemaal geen criterium is, maar een voorschrift hoe men bij de beoordeling te werk moet gaan.²² Inderdaad is het vergelijken geen criterium, maar een bezigheid. Laten we spreken van een methodiek. Wanneer de toepassing van deze methodiek, die vergelijking van totaalindrukken van de betreffende voorwerpen, resulteert in een ‘overeenstemmende totaalindruk’, dan kan men wellicht spreken van een criterium, maar dat criterium kan dan moeilijk een ‘totaalindruk’ worden genoemd. Na toepassing van de instructies van de Hoge Raad over de wijze waarop de gebruiksvoorwerpen *selectief* (het wegdenken van onbeschermde elementen) en *fictief* (het er weer bij denken van de beschermenswaardige wijze waarop onbeschermde elementen tot uitdrukking zijn gebracht of gecombineerd) moeten worden waargenomen, is geen sprake meer van een ‘totaalindruk’, maar van een conclusie dat wel of geen inbreuk wordt gemaakt. Het is geen indruk, maar een oordeel dat beredeneerd wordt door de toepassing van de door de Hoge Raad voorgeschreven methodiek.

Het bezwaar van het gebruik van de term indruk is dat deze term het waarnemings- en beoordelingsprocedé dat de Hoge Raad voorschrijft niet dekt en dat dat procedé in termen van waarnemen en een indruk vormen niet mogelijk is en alleen als analyse en argumentatie achteraf kan dienen. Het gebruik van de term *totaalindruk* suggereert ten onrechte dat de rechter zijn zintuiglijke prikkeling kan sturen en beperken tot de auteursrechtelijk beschermde trekken, tot het originele aspect van de combinatie van niet beschermde elementen, tot de eigen wijze waarop uitdrukking is gegeven aan de vigerende mode of stijl, tot de creatieve keuzes waarmee de ontwerpmarges bij de functionele elementen zijn benut. Koelman schreef in zijn noot bij de *Stokke*-arresten dat het wachten was op afbeeldingen in een vonnis waarin de niet beschermde onderdelen waren weg-gephotoshopt, die de rechter er vervolgens weer moest bij denken.²³ Bij de afbeeldingen in de processtukken kan inderdaad worden gefotoshopt, maar de rechter kan bij de vorming van zijn eigen indruk niet photoshoppend te werk gaan; hij ziet het voorwerp in zijn geheel, zijn brein zet het om en krijgt een ‘totaalindruk’. Wat volgt is een juridisch construct. De aanduiding ‘totaalindruk’ wekt de indruk (daar is hij weer) als ware sprake van de ‘enkelvoudige waarneming’ van Verkade, terwijl sprake is van

19 HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529, NJ 2013/501 (*Stokke/H3 Products*), HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532, NJ 2013/502 (*Stokke/Fikszó*) en HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1533, NJ 2013/503 (*Hauck/Stokke*) m.nt. Hugenholtz; zie ook K.J. Koelman, annotatie bij *Stokke*-arresten, AMI 2013/5, p. 158-163.

20 *Stokke/Fikszó* r.o. 3.4 sub e.

21 *Stokke/Fikszó* r.o. 3.4 sub d.

22 Spoor 2008, p. 321-333.

23 K.J. Koelman, annotatie bij: *Stokke*-arresten, AMI 2013/5, p. 158-163.

een daarop volgende analyse en een gedachtegang die het oordeel controleerbaar en aanvaardbaar moet maken.²⁴

De conclusie na deze verkenning is helder; de terminologie 'totaalindruk' en het vergelijken van 'totaalindrucken' zet ons op het verkeerde been. De werkwijze die de Hoge Raad voorschrijft, heeft niet of nauwelijks van doen met het vormen van een indruk, maar is een zeer overwegend cerebrale ontleding en interpretatie van hetgeen de rechter ter beoordeling krijgt voorgelegd.

Totaalindruk: geen indruk, maar een analyse, geen criterium, maar een methodiek. Nou ja, en verder?

Hoe belangrijk de taal ook is voor het recht, het louter afserven van een juridisch begrip omdat het niet overeenkomt met de betekenis in het gewone taalgebruik, is niet voldoende voor afschaffing tenzij er een betere term voorhanden is. Dat zou het geval kunnen zijn met het al door Limperg gebruikte en ook door Spoor aangehaalde begrip 'totaalbeeld', dat vanwege het minder subjectieve en meer concluderende karakter meer op zijn plaats lijkt dan 'totaalindruk'.²⁵ Het vergelijken, analyseren en motiveren van het al dan niet overeenstemmen van het totaalbeeld lijkt niet onder de zintuiglijke, primaire (in één oogopslag en enkelvoudig waargenomen) en subjectieve lading die met het begrip *totaalindruk* is verbonden.

Het is echter de vraag of het vervangen van de *totaalindruk* door een *totaalbeeld* zal aanslaan. Het is immers juist dat inherent subjectieve karakter en de ogenschijnlijke eenvoud waaraan het criterium zijn verleidelijkheid en misschien wel onweerstaanbaarheid ontleent; de rechter hoeft slechts zijn richtinggevende indruk te peilen. Het begrip lijkt waarschijnlijk ook voor de lezer een heel adequate term om de eigen oriëntatie tussen goed en fout, die onvermijdelijk gebaseerd is op de waarneming van het gehele voorwerp, respectievelijk de beide gebruiksvorwerpen (lijkt het teveel, is er voldoende afstand gehouden) op compacte wijze te verwoorden. Laten wij daarom nog eens de sterke en minder sterke kanten van het begrip *totaalindruk* op een rij zetten, alvorens te besluiten of het begrip het veld moet ruimen.

Sterk 1: eenvoudige, passende toets die niet eenvoudig te bekritisieren is

Het *totaalindruk*criterium vereist ogenschijnlijk een onweerstaanbaar eenvoudige beoordeling ('lijkt het op elkaar') die elke rechter wel aandurft. De rechter hoeft zich niet al te veel in de kaart te laten kijken bij zijn appreciatie van de creatieve kwaliteiten van het voortbrengsel. Het cri-

terium is, vanwege zijn over-all kwaliteit, een ideaal verstopplekje waarin alle onzekerheid over de eigen waarneming en waardering (ben ik niet te ondeskundig en te subjectief) kan worden weggemoffeld, onder het uitspreken van een geruststellende toverformule die de methodiek verwoordt die bij de beoordeling zou zijn toegepast.²⁶

Sterk 2: bij beoordeling moet het gehele voorwerp worden bekeken c.q. vergeleken

Het begrip *totaalindruk* brengt goed tot uitdrukking dat de vorm van het gebruiksvoorwerp in zijn geheel en dus opgebouwd uit beschermde en onbeschermde elementen bescherming kan verdienen, respectievelijk dat in de mate van overeenstemming van de vormgeving van het gehele voorwerp de grond gevonden wordt om een inbreuk of het ontbreken daarvan vast te stellen. Met het begrip *totaalindruk* kan men waarde toekennen aan de originele combinatie en/of de wisselwerking tussen beschermde en onbeschermde vormen, tussen vorm en functie en tussen vorm, functie en materiaal. Dat bij de integrale beoordeling van de vormgeving de trouw aan auteursrechtelijke beginselen op de proef wordt gesteld en het verraad op de loer ligt door bijvoorbeeld de waardering van het originele idee en van inventiviteit in plaats van originaliteit, is geen reden om de creativiteit die door de beoordeling van het geheel kan worden herkend en benoemd, te miskennen.

Minder sterk: 'meer acht slaan op de auteursrechtelijk beschermde trekken'

Bij de vorming van een indruk, bij de enkelvoudige waarneming van Verkade, is bewuste sturing niet mogelijk. De te vergelijken voorwerpen worden waargenomen en 'werken op het gemoed of de geest'. Al hetgeen de Hoge Raad vervolgens voorschrijft (kijken, weglaten, wegen), is niet onjuist, laat staan onzinnig, maar betreft een nadere beschouwing en beoordeling die plaatsvindt na de indruk en die heel wel tot een ander oordeel kan leiden dan de aanvankelijke – al dan niet overeenstemmende – (*totaal*)indruk.

Behalve de onmogelijkheid om de nadere beschouwing en beoordeling te doen geschieden op het moment dat de indruk wordt gevormd, is een belangrijk bezwaar tegen de *totaalindruk* dat juist de nadere beschouwing en beoordeling, de aanvankelijk opgedane indruk op theoretisch-normatieve gronden moet uitdrijven. Niet de aanvankelijk opgedane indruk is immers het criterium, maar de achteraf geanalyseerde en beredeneerde doorgronding van de beide voorgelegde gebruiksvorwerpen. Niet de indruk van de rechter, maar zijn waarneming, begrip en weging van alle eigenschappen van de te beoordelen vormgeving bepalen de uitkomst; beschermde elementen moeten van onbeschermde worden onderscheiden, de eigenheid van de uit-

²⁴ Zie supra noot 3.

²⁵ Th. Limperg, *Bescherming van vormgeving tegen plagiaat*, Amsterdam, Brussel; Kluwer 1971, p. 64, Spoor 2008, p. 324.

²⁶ D.J.G. Visser, *Het ABC van iedere IE-inbreuk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004. In deze bijdrage betitelde Visser het toenmalige werkcriterium als de heersende toverformule, zie p. 11.

drukkingswijze moet worden gewaardeerd en de overeenkomsten en verschillen moeten worden gewogen.

De zalige eenvoud van de eigen, primaire indruk als maatstaf wordt bovendien niet alleen verstoord door de *complexiteit* van de methodiek waarmee de geschoolde beoordeling alsnog moet plaatsvinden, maar ook door het gebrek aan *exactheid* dat onvermijdelijk gepaard gaat met een dergelijke beoordeling.²⁷

Interessant in dit verband is overweging 4.13.2 van Verkade als A-G bij de *Stokke*-arresten over de waardering van overeenkomsten en verschillen bij de vergelijking van twee ontwerpen.²⁸ Verkade vindt dat het begrip indruk duidt op de vereiste *inschatting* van het gewicht van alle in aanmerking te nemen verschillen en overeenkomsten bij het vergelijken van de gebruiksvoorwerpen. Het is geen exacte wetenschap:

Tekstanalyse leert dat het door het hof geformuleerde criterium eensdeels cirkelvorming is: er is geen inbreuk op auteursrecht als de totaalindrukken zodanig verschillend zijn dat van inbreuk op auteursrecht niet gesproken kan worden.

De doorbreking van de cirkel zit hierin dat de vergelijking van de totaalindrukken bepalend moet zijn. En dat dus niet beslissend moet zijn (bijv.): de loutere aanwezigheid van één of meer overeenkomsten naast verschillen, of de loutere aanwezigheid van één of meer verschillen naast overeenkomsten.

Het komt – door mij geenszins vernieuwend maar variërend gezegd – aan op het door de rechter te bepalen totaalgewicht van de meer of minder vergaande overeenkomsten en de meer of minder vergaande verschillen. Daarbij kan de aanwezigheid van één overeenkomst zwaarder gewogen worden dan tien verschillen; de aanwezigheid van één verschil kan zwaarder gewogen worden dan tien overeenkomsten. Nu hierbij (uiteraard) niet met exacte getallen rekenkundig kan worden opgeteld en afgetrokken, komt het in wezen aan op een (in)schatting. Het woorddeel ‘indrukken’ (in tegenstelling tot bijv.: ‘factoren’) duidt daar op. Daarin zit tegelijk een tweede doorbreking van de cirkel.

Helemaal niet sterk: geen inbreuk zonder overeenstemmende totaalindruk?

Niet een overeenstemmende totaalindruk, maar de overname van auteursrechtelijk beschermde trekken maakt inbreuk op het auteursrecht.²⁹ Het auteursrecht beschermt

het eigen, oorspronkelijke en persoonlijke karakter dat tot uitdrukking komt in de eigen, vrije, creatieve keuzes. Deze auteursrechtelijk beschermde trekken mogen niet zonder toestemming worden overgenomen, ongeacht de vraag of er sprake is van een overeenstemmende totaalindruk.³⁰ Ook bij een overeenstemmende totaalindruk is van inbreuk immers geen sprake, wanneer de overeenstemming is veroorzaakt door louter niet beschermde elementen. Omgekeerd zal ook zonder overeenstemmende totaalindruk van inbreuk sprake zijn wanneer juist een auteursrechtelijk beschermd deel van het werk is overgenomen.³¹ Ondanks de beschreven positieve kwaliteiten van het begrip totaalindruk zal de totaalindruk als inbreukcriterium daarom moeten verdwijnen.

Slot

De aanleiding voor het schrijven van deze bijdrage was mijn idee dat de taalkundige betekenis van het begrip indruk niet leek te rijmen met de wijze waarop wij volgens de rechtspraak de vormgeving van gebruiksvoorwerpen zouden moeten vergelijken. Bij mijn verkenning is mij gebleken dat de vergelijking van totaalindrukken weinig tot niets van doen heeft met het vormen van een indruk in de eigenlijke zin van het woord. Het is veeleer een methodiek waarmee de inbreuk op het auteursrecht wordt berekend en vastgesteld. Het gebruik van de term indruk als maatstaf is daarom misleidend en zet de rechter, die zijn eigen indruk tot maatstaf wil nemen bij de beantwoording van de inbreukvraag, op het verkeerde been.

Men kan zich afvragen of het bezwaarlijk is dat de betekenis van het begrip in het taalgebruik en in juridische zin niet overeenstemmen. Wanneer duidelijk is dat de begrippen niet overeenstemmen, staat de rechter immers zo weer op zijn goede been, wetende dat hij wel vaker moet werken met juridisch gekwalificeerde begrippen. De totaalindruk als compacte term voor de beoordeling heeft een zekere praktische waarde en begrijpelijke aantrekkingskracht als ‘catch all’ van de te beoordelen vormgeving; als een van binnen donker, maar van buiten goed ogend containerbegrip.³² In het licht van de rechtszekerheid en onderweg naar een toekomst van een in toenemende mate geautomatiseerde rechtspraak zou je echter willen dat je het gebruik van vage verzameltermen, zoals totaalindruk, waar moge-

27 Quaedvlieg spreekt bijvoorbeeld ter zake van de waardering van de betekenis voor het ontwerp van ideeën, stijl en techniek, als altijd beeldend, van drie grote schuiven aan de soundmixer van de bewerkingsvraag en van een ‘vrijwel weerstandsloze discretionaire beslissingsruimte voor de feitenrechter’: A.A. Quaedvlieg, ‘Ideeën, techniek en stijl als dark matter van de auteursrechtelijke beschermingsomvang’, *BIE* 2015, 2.

28 HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529, NJ 2013, 501 (*Stokke/H3 Products*), HR 12 april 2014, ECLI:NL:HR:2013:BY1532, NJ 2013, 502 (*Stokke/Fikszo*) en HR 12 april 2014, ECLI:NL:HR:2013:BY1533, NJ 2013, 503 (*Hauck/Stokke*).

29 Zie onder meer J.H. Spoor, D.W.F. Verkade, D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 158-163 en Ch. Gielen in ‘De totaalindruk in het auteursrecht’, *IER* 2004, nr. 55, p. 255-259. De systematische voorwaarde voor een verbod is sinds de invoering van artikel 18a Auteurswet dan wel dat de betreffende trekken van kwantitatief en/of kwalitatief meer dan ondergeschikt belang zijn.

30 Zie onder meer voetnoot 19 van de reeds aangehaalde noot van Koelman bij de *Stokke*-arresten.

31 Zie hierover bijvoorbeeld S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, artikel 13, aantekening 8.

32 Niet voor niets komt het begrip in meerdere i.e. disciplines voor. De behoefte aan of juist afkeer van uniforme beoordelingscriteria (auteurs-, merken- en modellenrechtelijke bescherming) heeft geleid tot veel debat; zie onder meer F.W. Grosheide, ‘Zwakke werken’, in: *Bremerbundel* 1998, p. 122-135, Ch. Gielen, ‘De totaalindruk in het auteursrecht’, t.a.p. voetnoot 29, Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 163-165, H. Cohen Jehoram, ‘De Hoge Raad erkent verwatering van auteursrecht door merkenrechtelijke verwording van een werk tot onbeschermde stijl. Een uniek monstrum en een nieuw obstakel voor het Europese vrij verkeer van goederen’, *BIE* 2007, nr 1, p. 12-16, D.J.G. Visser, ‘Verwatering, “verknoddeling” en verandering van wezenlijke waarde’, *BIE* 2007, nr 1, p. 16.



...eenvoudige werken



... enkelvoudige waarneming



... in wezen een (in)schatting?

lijk, kunt vervangen door de ontwikkeling van nauwkeu-
riger begrippen. De eerste stap daartoe is het doorgronden
van de betekenis. Mij bleek dat de taalkundige betekenis
een breed begrip is, als aanduiding van een elementair niet
bewust stuurbaar mentaal proces, respectievelijk van de
'weinig verbale' resultante daarvan. Wanneer wij die aan-
duiding gebruiken als maatstaf na 'de enkelvoudige waar-
neming' (één oogopslag) en/of de meervoudige waarneming
(de Stokke leer) en hem geschikt achten vanwege de gebo-
den ruimte voor de vele inschattingen, dan moge duidelijk
zijn dat er alle reden is om zeer kritisch te zijn over het
begrip totaalindruk als rationele maatstaf.

Vanwege zijn terminologische en systematische gebreken
kan de totaalindruk niet de maatstaf, maar in voorkomen-
de gevallen wel een indicatie voor inbreuk zijn. Die indica-
tie is evenwel niet doorslaggevend. Wanneer de overeen-
stemmende indruk wordt veroorzaakt door niet
beschermde elementen en voldoende creatieve keuzes bij
de selectie en/of toepassing daarvan ontbreken, zal immers
van inbreuk geen sprake zijn.³³ Omgekeerd kan ook zonder
overeenstemmende totaalindruk van inbreuk sprake zijn
wanneer auteursrechtelijk beschermde trekken zijn over-

genomen. Verschillende auteurs hebben vanwege hun
bezwaren tegen de ingewikkeldheid van de methodiek
geopperd om de toepassing van de totaalindruk te beper-
ken tot enkel werken van toegepaste kunst en/of uitslui-
tend tot 'eenvoudige werken'. Ik meen dat ingewikkelde
werken in elke werkcategory voorkomen en vrees dat juist
'eenvoudige werken' niet zelden ingewikkeld zijn om te
beoordelen, terwijl de afbakeningen tussen eenvoudige en
ingewikkelde werken geen sinecure is.

Maar eenmaal bij een toepassing van de totaalindruk uit-
sluitend bij 'eenvoudige werken' blijft de toets onvermijde-
lijk vaag vanwege de vele inschattingvragen bij toepassing
van de receptuur van de Hoge Raad. Alles bijeen (zintuig-
lijke indruk, beredeneerde indruk en alle inschattings-
ruimte die daartoe wordt benut) blijft het verschil tussen
de taalkundige en de juridische betekenis niet te verklaren
met het verschil tussen het vormen van het oordeel, in ter-
men van een indruk, en de motivering ervan. Wie dat doet,
belandt in het vrome bedrog van Telders.³⁴ De rechter die
niet 'mentaal' kan photoshoppen en die zijn waarneming
niet kan sturen, moet immers een indruk motiveren die als
zodanig nooit is gevormd.

Mr. G.J.H.M. Mom heeft besloten afscheid te nemen van de redac-
tie van AMI. Gerard Mom heeft zich meer dan 25 jaar met veel
betrokkenheid voor AMI ingezet, eerst als vaste medewerker en
sinds 1981 als redacteur van dit blad. Naast Gerards waardevolle
inbreng tijdens de redactievergaderingen, heeft hij AMI verrijkt
met een aantal bijzonder lezenswaardige publicaties en door
jarenlang de rubriek 'Rechtspraak in het kort' voor zijn rekening
te nemen. Daarnaast fungeerde Gerard als het redactionele gewen-
ten van het blad door de talloze 'mommificaties' (taalkundige cor-
recties) die hij aanbracht in vrijwel alle artikelen en andere bij-
dragen die in de afgelopen kwart eeuw in AMI zijn verschenen.

Voor deze enthousiaste en gedreven inzet is de redactie hem veel
dank verschuldigd.

Mr. drs. A.C. Beunen heeft eveneens besloten de redactie van
AMI te verlaten. Annemarie was sinds 2010 redacteur van dit blad
en publiceerde een aantal belangwekkende artikelen en annota-
ties. De redactie dankt ook haar voor de bijdrage die zij gedurende
de afgelopen jaren aan het blad heeft geleverd.

33 Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 158, voetnoot 15.

34 T.a.p. voetnoot 4.