

Nr. I Cofemel/G-Star

Hof van Justitie van de Europese Unie

12 september 2019, IEF 18680; ECLI:EU:C:2019:721

Vervaardiging van overeenstemmende modellen (kleding) ook inbreuk auteursrecht? De Auteursrechtlijn (2001/29) laat het bestaan en de werkingssfeer van de geldende bepalingen inzake modellen (artikel 17 richtlijn, artikel 96, lid 2, verordening) in stand, met inbegrip van het beginsel van cumulatieve bescherming. Voor design is het werkbegrip geharmoniseerd. Noodzakelijk en voldoende voor bescherming zijn oorspronkelijkheid van de schepping en bepaalbaarheid van de bestanddelen die de uitdrukking van een dergelijke schepping zijn. Het voorwerp van bescherming moet daartoe objectief en nauwkeurig uitgedrukt en waarneembaar zijn. Het Portugese criterium dat voor bescherming van het model het opwekken van een vanuit esthetisch oogpunt opvallend visueel effect vereist, voldoet hier niet aan.

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

In zaak C-683/17,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Supremo Tribunal de Justiça (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Portugal) bij beslissing van 21 november 2017, ingekomen bij het Hof op 6 december 2017, in de procedure

Cofemel – Sociedade de Vestuário SA,

tegen

G-Star Raw CV,

wijst

HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: A. Prechal, kamerpresident, F. Biltgen, J. Malenovský (rapporteur), C. G. Fernlund en L. S. Rossi, rechters, advocaat-generaal: M. Szpunar, griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur, gezien de stukken en na de terechtzitting op 12 december 2018, gelet op de opmerkingen van:

- Cofemel – Sociedade de Vestuário SA, vertegenwoordigd door I. Bairrão en J. P. de Oliveira Vaz Miranda de Sousa, advogados,
- G-Star Raw CV, vertegenwoordigd door A. Grosso Alves en G. Paiva e Sousa, advogados,

- de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes, M. Figueiredo en P. Salvação Barreto als gemachtigden,
- de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door M. Smolek en J. Vlácil als gemachtigden,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door F. De Luca, avvocato dello Stato,
- de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door S. Brandon en Z. Lavery als gemachtigden, bijgestaan door J. Moss, barrister,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door J. Samnada, B. Rechenca en F. Wilman als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 2 mei 2019, het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 2, onder a), van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PB 2001, L 167, blz. 10).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Cofemel – Sociedade de Vestuário SA (hierna: “Cofemel”) en G-Star Raw CV (hierna: “G-Star”) over de naleving van door G-Star geclaimde auteursrechten.

Toepasselijke bepalingen

Internationaal recht

Berner Conventie

3 Artikel 2 van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst (Akte van Parijs van 24 juli 1971), zoals gewijzigd op 28 september 1979 (hierna: “Berner Conventie”), bepaalt in lid 7:

“Het is [...] aan de wetgeving van de landen van de [bij deze Conventie opgerichte] Unie voorbehouden om het toepassingsgebied te bepalen van hun wetten betreffende werken van toegepaste kunst en tekeningen en modellen van nijverheid alsmede betreffende de voorwaarden voor de bescherming van deze werken, tekeningen en modellen. Voor werken die in het land van oorsprong alleen als tekeningen en modellen zijn beschermd, kan in een ander land van de [bij deze Conventie opgerichte] Unie slechts de bijzondere bescherming worden ingeroepen welke in dat land aan tekeningen en modellen wordt verleend; indien echter in dat land geen zodanige bijzondere bescherming wordt toegekend, worden deze werken beschermd als werken van kunst.”

WIPO-Verdrag inzake auteursrecht

4 De Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom (WIPO) heeft op 20 december 1996 te Genève het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht vastgesteld, dat namens de Europese Gemeenschap is goedgekeurd bij besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000 (PB 2000, L 89, blz. 6) (hierna: “WIPO-verdrag inzake het auteursrecht”).

5 Artikel 1, lid 4, van het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht, met het opschrift “Verhouding tot de Berner Conventie”, bepaalt:

“De verdragsluitende partijen dienen te voldoen aan de artikelen 1 tot en met 21 en het aanhangsel van de Berner Conventie.”

Unierecht*Richtlijn 2001/29*

6 Overweging 60 van richtlijn 2001/29 luidt:

“De bescherming waarin deze richtlijn voorziet, mag geen afbreuk doen aan nationale of communautaire wettelijke bepalingen op andere gebieden, zoals industriële eigendom, [...]”

7 De artikelen 2 tot en met 4 van deze richtlijn zijn respectievelijk getiteld “Reproductierecht”, “Recht van mededeling van werken aan het publiek en recht van beschikbaarstelling van ander materiaal voor het publiek” en “Distributierecht”. Deze bepalingen verplichten de lidstaten met name tot het waarborgen van het uitsluitende recht van auteurs om de reproductie van hun werken toe te staan of te verbieden [artikel 2, onder a)], van het uitsluitende recht de mededeling van hun werken toe te staan of te verbieden (artikel 3, lid 1) en van het uitsluitende recht om de distributie ervan toe te staan of te verbieden (artikel 4, lid 1).

8 Artikel 9 van deze richtlijn, met het opschrift “Voortgezette toepassing van andere wettelijke bepalingen”, bepaalt dat deze richtlijn geen afbreuk doet aan de bepalingen betreffende andere gebieden. In verschillende taalversies van dit artikel, waaronder de Duitse, Engelse, Spaanse, Franse en Italiaanse, wordt gespecificeerd dat deze gebieden met name octrooirechten, handelsmerken, rechten inzake tekeningen of modellen en gebruiksmodellen omvatten. De Portugese versie van dit artikel verwijst naar de gebieden van octrooirechten, handelsmerken en gebruiksmodellen, zonder het gebied van de rechten inzake tekeningen of modellen te noemen.

Richtlijn 98/71/EG

9 De achtste overweging van richtlijn 98/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1998 inzake de rechtsbescherming van modellen (PB 1998, L 289, blz. 28) luidt als volgt:

“Overwegende dat het bij het ontbreken van harmonisatie van het auteursrecht van belang is het beginsel vast te leggen van cumulatie van bescherming uit hoofde van specifieke wetgeving voor ingeschreven modellen en van auteursrechtelijke bescherming, waarbij de lidstaten vrij blijven om de omvang van de auteursrechtelijke bescherming en de voorwaarden waaronder deze wordt verleend, te bepalen”.

10 Artikel 1 van deze richtlijn, met het opschrift “Definities”, preciseert onder punt a) dat het begrip “model” verwijst naar “de verschijningsvorm van een voortbrengsel of een deel ervan, die wordt afgeleid uit de kenmerken van met name de lijnen, de omtrek, de kleuren, de vorm, de textuur en/of de materialen van het voortbrengsel zelf en/of de versiering ervan”.

11 Artikel 17 van die richtlijn, met het opschrift “Verhouding tot het auteursrecht”, bepaalt:

“Een model dat overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn in of ten aanzien van een lidstaat is ingeschreven, kan tevens beschermd worden door het auteursrecht van die lidstaat vanaf de datum waarop het model is gecreëerd of in vorm is vastgelegd. Elke lidstaat bepaalt de omvang en de voorwaarden van die bescherming, met inbegrip van het vereiste gehalte aan oorspronkelijkheid.”

Verordening (EG) nr. 6/2002

12 Overweging 32 van verordening (EG) nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen (PB 2002, L 3, blz. 1) luidt:

“Bij gebreke van een volledige harmonisatie van het auteursrecht is het belangrijk het beginsel vast te leggen dat de bescherming uit hoofde van het Gemeenschapsmodel en die uit hoofde van het auteursrecht kunnen worden gecumuleerd, waarbij het de lidstaten vrijstaat de omvang van de auteursrechtelijke bescherming en de voorwaarden waaronder deze wordt verleend, te bepalen.”

13 In artikel 3, onder a), van die verordening wordt het begrip “model” in dezelfde bewoordingen gedefinieerd als in artikel 1, onder a), van richtlijn 98/71.

14 Artikel 96 van voornoemde verordening, met het opschrift “Verhouding tot andere vormen van bescherming waarin de nationale wetgeving voorziet”, bepaalt in lid 2:

“Een model dat wordt beschermd door een Gemeenschapsmodel, kan tevens worden beschermd door het auteursrecht van lidstaten vanaf de datum waarop het model is gecreëerd of in vorm is vastgelegd. Elke lidstaat bepaalt de omvang en de voorwaarden van die bescherming, met inbegrip van het vereiste gehalte aan oorspronkelijkheid.”

Portugees recht

15 In artikel 2 van de Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (Portugees wetboek van het auteursrecht en de naburige rechten; hierna: “CDADC”), met het opschrift “Oorspronkelijke werken”, is lid I als volgt geformuleerd:

“I – Intellectuele werken van letterkunde, wetenschap en kunst, ongeacht het genre, de wijze van uitdrukking, de kwaliteit, de wijze van communicatie en het doel ervan, omvatten in het bijzonder:

[...]

i) werken van toegepaste kunst, industriële tekeningen en modellen en designwerken die een artistieke creatie vormen, onafhankelijk van de bescherming van de industriële eigendom;

[...]”

Hoofdeding en prejudiciële vragen

16 Cofemel en G-Star zijn vennootschappen die beide actief zijn op het gebied van het ontwerp, de productie en het in de handel brengen van kledingstukken.

17 G-Star exploiteert sinds de jaren negentig, als eigenaar of in het kader van exclusieve licentieovereenkomsten, de merken G-STAR, G-STAR RAW, G-STAR DENIM RAW, GS-RAW, G-RAW en RAW. De kledingstukken die onder deze merken worden ontworpen, geproduceerd en in de handel gebracht, omvatten onder meer een jeansmodel genaamd ARC en een sweatshirt- en T-shirtmodel met de naam ROWDY.

18 Ook Cofemel ontwerpt, produceert en verkoopt jeans, sweatshirts en T-shirts, en wel onder de merknaam TIFFOSI.

19 Op 30 augustus 2013 heeft G-Star bij een Portugese rechtbank van eerste aanleg een vordering ingesteld ertoe strekkende dat Cofemel wordt gelast de inbreuk op haar auteursrecht en het plegen van daden van oneerlijke mededinging jegens haar te staken, de als gevolg daarvan door haar geleden schade te vergoeden en haar in geval van een nieuwe inbreuk een dagelijkse dwangsom te betalen tot aan de beëindiging daarvan. In het kader van deze vordering stelde G-Star met name dat sommige van de door Cofemel geproduceerde jeans-, sweatshirt- en T-shirtmodellen vergelijkbaar waren met de modellen ARC en ROWDY. G-Star voerde voorts aan dat laatstgenoemde modellen oorspronkelijke intellectuele creaties vormden en om die reden als auteursrechtelijk beschermde “werken” moesten worden aangemerkt.

20 Cofemel verdedigde zich met name met het betoog dat deze kledingmodellen niet konden worden aangemerkt als “werken” die een dergelijke bescherming genieten.

21 De door G-Star aangezochte rechter in eerste aanleg heeft deze vordering gedeeltelijk toegewezen, door Cofemel onder meer te gelasten niet langer inbreuk te maken op het auteursrecht van G-Star, en haar te veroordelen tot betaling van een bedrag dat

overeenkomt met de winst uit de verkoop van de kleding die in strijd met deze auteursrechten was geproduceerd alsook tot betaling aan G-Star van een dagelijkse dwangsom in geval van een nieuwe overtreding.

22 Cofemel is tegen dat vonnis in beroep gegaan bij de Tribunal da Relação de Lisboa (rechter in tweede aanleg Lissabon, Portugal), die het vonnis heeft bevestigd. Ter onderbouwing van zijn beslissing heeft die rechter om te beginnen vastgesteld dat artikel 2, lid 1, onder i), CDADC, in het licht van richtlijn 2001/29, zoals uitgelegd door het Hof in zijn arresten van 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), en 1 december 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798), aldus moest worden opgevat dat de auteursrechtelijke bescherming ten goede komt aan werken van toegepaste kunst, industriële tekeningen en modellen en designwerken, op voorwaarde dat zij een oorspronkelijk karakter hebben, dat wil zeggen dat zij het resultaat zijn van een intellectuele schepping die eigen is aan de auteur ervan, zonder dat een bepaalde mate van esthetische of artistieke waarde is vereist. Vervolgens oordeelde voornoemde rechter dat in de onderhavige zaak de kledingmodellen ARC en ROWDY van G-Star door het auteursrecht beschermde werken zijn. Ten slotte heeft hij vastgesteld dat bepaalde door Cofemel geproduceerde kledingstukken inbreuk maakten op de auteursrechten van G-Star.

23 De verwijzende rechter, de Supremo Tribunal de Justiça (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Portugal), bij wie Cofemel cassatieberoep heeft ingesteld, is in de eerste plaats van mening dat vaststaat dat de in het kader van dat cassatieberoep aan de orde zijnde G-Star-kledingstukken ontworpen zijn door ontwerpers die hetzij in dienst waren bij G-Star, hetzij in opdracht van G-Star werkten en hun auteursrechten contractueel aan G-Star hadden overgedragen. Ten tweede zijn deze kledingstukken het resultaat van ontwerpen en fabricageprocedures die in de modewereld als innovatief zijn erkend. Ten derde bevatten zij een aantal specifieke elementen (driedimensionale vorm, de manier waarop de stukken in elkaar worden gezet, plaatsing van bepaalde onderdelen, enzovoort) die gedeeltelijk door Cofemel zijn overgenomen voor de vervaardiging van kledingstukken van haar merk.

24 In de tweede plaats merkt de verwijzende rechter op dat artikel 2, lid 1, onder i), CDADC duidelijk werken van toegepaste kunst, industriële tekeningen en modellen en designwerken in de lijst van auteursrechtelijk beschermde werken opneemt, maar niet aangeeft welk gehalte aan oorspronkelijkheid vereist is om bepaalde voorwerpen als werken van dit type te kwalificeren. Hij wijst er ook op dat over deze kwestie, die centraal staat in het geding tussen Cofemel en G-Star, in de Portugese rechtspraak en doctrine geen consensus bestaat. Daarom vraagt de verwijzende rechter zich af of, in het licht van de uitlegging van richtlijn 2001/29 die het Hof in de arresten van 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), en 1 december 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798), heeft gegeven, niet moet worden aangenomen dat dergelijke werken auteursrechtelijk op dezelfde basis – en dus op voorwaarde dat zij een oorspronkelijk karakter hebben in die zin dat zij het resultaat zijn van een intellectuele schepping die eigen is aan de auteur – worden beschermd als werken van letterkunde en kunst, dan wel of de verle-

ning van een dergelijke bescherming afhankelijk kan worden gesteld van het bestaan van een bepaalde mate van esthetische of artistieke waarde.

25 In deze omstandigheden heeft de Supremo Tribunal de Justiça de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- “1) Staat de door het Hof gegeven uitlegging van artikel 2, onder a), van richtlijn 2001/29 in de weg aan een nationale wettelijke regeling – in de onderhavige zaak artikel 2, lid 1, onder i), van het [Portugees] wetboek van het auteursrecht en de naburige rechten – die auteursrechtelijke bescherming verleent aan werken van toegepaste kunst, industriële tekeningen en modellen en designwerken die, afgezien van het utilitaire doel dat ze nastreven, een eigen, vanuit esthetisch oogpunt opvallend, visueel effect opwekken, waarbij de oorspronkelijkheid van het werk het fundamentele criterium is voor de verlening van auteursrechtelijke bescherming?
- 2) Staat de door het Hof gegeven uitlegging van artikel 2, onder a), van richtlijn 2001/29 in de weg aan een nationale wettelijke regeling – in de onderhavige zaak artikel 2, lid 1, onder i), van het [Portugees] wetboek van het auteursrecht en de naburige rechten – die aan werken van toegepaste kunst, industriële tekeningen en modellen en designwerken auteursrechtelijke bescherming verleent indien zij na een zeer grondige beoordeling van het artistieke karakter ervan en rekening houdend met de heersende ideeën in culturele en institutionele kringen de kwalificatie ‚artistieke creatie‘ of ‚kunstwerk‘ verdienen?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

26 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2, onder a), van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een bepaling van nationaal recht die aan modellen zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde kledingmodellen auteursrechtelijke bescherming verleent op grond dat zij, afgezien van het utilitaire doel dat ze nastreven, een eigen, vanuit esthetisch oogpunt opvallend, visueel effect opwekken.

27 Ingevolge artikel 2, onder a), van richtlijn 2001/29 zijn de lidstaten verplicht om ten behoeve van auteurs te voorzien in het uitsluitende recht de reproductie van hun werken toe te staan of te verbieden.

28 De term “werk”, waarnaar deze bepaling verwijst, komt ook voor in artikel 3, lid 1, en in artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/29, die betrekking hebben op de uitsluitende rechten van de auteur van een werk met betrekking tot de mededeling aan het publiek en de verspreiding ervan, alsmede in de artikelen 5, 6 en 7 van die richtlijn, die betrekking hebben op, ten eerste, de beperkingen of restricties die kunnen worden gesteld aan deze uitsluitende rechten en, ten

tweede, de technische en informatiemaatregelen ter bescherming van deze exclusieve rechten.

29 Het begrip “werk”, als bedoeld in al deze bepalingen, vormt, zoals volgt uit vaste rechtspraak van het Hof, een autonoom begrip van het recht van de Unie, dat op uniforme wijze moet worden uitgelegd en toegepast en de combinatie van twee cumulatieve elementen veronderstelt. Ten eerste impliceert dit begrip dat het betrokken voorwerp oorspronkelijk is, in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan. Ten tweede kunnen alleen de bestanddelen die de uitdrukking van een dergelijke intellectuele schepping zijn, als een “werk” worden aangemerkt (zie in die zin arresten van 16 juli 2009, Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:465, punten 37 en 39, en 13 november 2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU:C:2018:899, punten 33 en 35-37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30 Wat dit eerste element betreft, volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat het, om een voorwerp als oorspronkelijk te kunnen beschouwen, zowel noodzakelijk als voldoende is dat dit voorwerp een intellectuele schepping van de auteur is die de persoonlijkheid van deze laatste weerspiegelt en tot uiting komt door de vrije creatieve keuzen van die auteur bij de totstandkoming ervan (zie in die zin arresten van 1 december 2011, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, punten 88, 89 en 94, en 7 augustus 2018, Renckhoff, C-161/17, EU:C:2018:634, punt 14).

31 Wanneer daarentegen voor de vervaardiging van een voorwerp technische overwegingen, regels of andere beperkingen gelden die geen ruimte laten voor creatieve vrijheid, kan dat voorwerp niet worden geacht de oorspronkelijkheid te hebben die vereist is om een werk te kunnen vormen (zie in die zin arrest van 1 maart 2012, Football Dataco e.a., C-604/10, EU:C:2012:115, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32 Wat betreft het tweede element waarnaar in punt 29 van dit arrest wordt verwezen, heeft het Hof verduidelijkt dat het begrip “werk”, waarnaar in richtlijn 2001/29 wordt verwezen, noodzakelijkerwijs een uitdrukkingsvorm impliceert van het voorwerp van de auteursrechtelijke bescherming waardoor dit voorwerp voldoende nauwkeurig en objectief kan worden geïdentificeerd (zie in die zin arrest van 13 november 2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU:C:2018:899, punt 40).

33 Ten eerste moeten de autoriteiten die belast zijn met het toezicht op de bescherming van de aan het auteursrecht inherente uitsluitende rechten, namelijk duidelijk en nauwkeurig kunnen onderkennen welk voorwerp aldus wordt beschermd. Hetzelfde geldt voor de derden tegen wie de bescherming waarop de auteur van dat voorwerp aanspraak maakt, kan worden ingeroepen. Ten tweede vereist de noodzaak om elke – de rechtszekerheid aantastende – subjectiviteit bij de vaststelling van het voorwerp van de bescherming uit te sluiten, dat dit voorwerp nauwkeurig en objectief is uitgedrukt (zie in die zin arrest van 13 november 2018, Levola Hengelo, C-310/17, EU:C:2018:899, punt 41).

34 Zoals het Hof heeft opgemerkt, voldoet een identificatie die voornamelijk berust op de intrinsiek subjectieve gevoelens van de persoon die het betrokken voorwerp waarneemt, niet aan de vereiste nauwkeurigheid en objectiviteit (zie in die zin arrest van 13 november 2018, *Levola Hengelo*, C-310/17, EU:C:2018:899, punt 42).

35 Wanneer een voorwerp de in de punten 30 en 32 van dit arrest beschreven kenmerken heeft en derhalve een werk is, moet het in die hoedanigheid auteursrechtelijke bescherming genieten overeenkomstig richtlijn 2001/29, waarbij moet worden opgemerkt dat de omvang van die bescherming niet afhangt van de mate van creatieve vrijheid waarover de auteur ervan beschikt en derhalve niet geringer is dan de bescherming die elk werk dat onder die richtlijn valt, geniet (zie in die zin arrest van 1 december 2011, *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:798, punten 97-99).

36 In het licht van deze rechtspraak houdt de beantwoording van de door de verwijzende rechter gestelde vraag in de eerste plaats in dat moet worden nagegaan of modellen in het algemeen als “werken” in de zin van richtlijn 2001/29 kunnen worden aangemerkt.

37 Dienaangaande zij er om te beginnen op gewezen dat krachtens artikel 17, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie de intellectuele eigendom wordt beschermd.

38 Uit de formulering van deze bepaling volgt dat voorwerpen die intellectuele eigendom vormen, bescherming genieten op grond van het recht van de Unie. Dit betekent echter niet dat al die voorwerpen of categorieën van voorwerpen dezelfde bescherming moeten genieten.

39 Zo heeft de wetgever van de Unie verschillende handelingen van afgeleid recht vastgesteld ter waarborging van de bescherming van de intellectuele eigendom, en met name, ten eerste, van de bescherming van auteursrechtelijk beschermde werken als bedoeld in richtlijn 2001/29, en, ten tweede, van de bescherming van modellen die ofwel vallen onder richtlijn 98/71, die van toepassing is op modellen die in of ten aanzien van een lidstaat zijn ingeschreven, ofwel onder verordening nr. 6/2002, die van toepassing is op modellen die op het niveau van de Unie worden beschermd.

40 De Uniewetgever was daarbij van mening dat voorwerpen die zijn beschermd als model in beginsel niet vergelijkbaar zijn met voorwerpen die werken vormen die zijn beschermd door richtlijn 2001/29.

41 Deze keuze van de wetgever lijkt in overeenstemming te zijn met de artikelen 1 tot en met 21 van de Berner Conventie, waarnaar de Unie, al is zij weliswaar geen partij bij die conventie, zich niettemin krachtens artikel 1, lid 4, van het WIPO-Verdrag inzake het auteursrecht, waarbij zij wel partij is, moet voegen (zie in die zin arrest van 13 november 2018, *Levola Hengelo*, C-310/17, EU:C:2018:899, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

42 Artikel 2, lid 7, van de Berner Conventie machtigt de partijen bij die conventie immers om aan modellen van nijverheid een speci-

fieke, andere en eventueel uitsluitende bescherming te verlenen ten opzichte van de bescherming van de werken van letterkunde en kunst die onder die conventie vallen, en om de voorwaarden voor een dergelijke bescherming te bepalen. Tegelijkertijd sluit deze bepaling ook niet uit dat deze twee beschermingen kunnen worden gecumuleerd.

43 Binnen die context heeft de Uniewetgever gekozen voor een systeem waarbij modelbescherming en auteursrechtelijke bescherming elkaar niet uitsluiten.

44 Wat modellen betreft, bepaalt artikel 17 van richtlijn 98/71 in zijn eerste zin namelijk dat modellen die overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn in of ten aanzien van een lidstaat zijn ingeschreven, vanaf de datum waarop zij zijn gecreëerd of in vorm zijn vastgelegd tevens beschermd kunnen worden door het auteursrecht van de lidstaat waarin of ten aanzien waarvan zij zijn ingeschreven. Datzelfde artikel preciseert vervolgens in de tweede zin dat elke lidstaat de omvang en de voorwaarden van die bescherming, met inbegrip van het vereiste gehalte aan oorspronkelijkheid, bepaalt. Wat de op het niveau van de Unie beschermde modellen betreft, voorziet artikel 96, lid 2, van verordening nr. 6/2002 in een soortgelijke regeling als die van artikel 17 van richtlijn 98/71.

45 Deze twee bepalingen moeten zelf worden gezien in het licht van de achtste overweging van richtlijn 98/71 en van overweging 32 van verordening nr. 6/2002, waarin uitdrukkelijk melding wordt gemaakt van het beginsel van “cumulatie” van modelbescherming enerzijds met auteursrechtelijke bescherming anderzijds.

46 Wat het auteursrecht betreft, volgt uit artikel 9 van richtlijn 2001/29 – met het opschrift “Voortgezette toepassing van andere wettelijke bepalingen”, dat moet worden uitgelegd met inachtneming van met name alle taalversies ervan (zie in die zin arrest van 4 februari 2016, *C & J Clark International en Puma*, C-659/13 en C-34/14, EU:C:2016:74, punt 122 en aldaar aangehaalde rechtspraak) alsmede in het licht van overweging 60 van die richtlijn – dat die richtlijn geen afbreuk doet aan de bestaande nationale of Uniebepalingen op andere gebieden, met name die betreffende modellen.

47 Zo laat richtlijn 2001/29 het bestaan en de werkingssfeer van de geldende bepalingen inzake modellen in stand, met inbegrip van het in punt 45 van dit arrest genoemde beginsel van “cumulatie”.

48 Gelet op al deze bepalingen moet ervan worden uitgegaan dat modellen als “werken” in de zin van richtlijn 2001/29 kunnen worden aangemerkt indien zij aan de twee in punt 29 van dit arrest genoemde vereisten voldoen.

49 In deze omstandigheden moet in de tweede plaats worden onderzocht of, gelet op die vereisten, modellen als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde kledingmodellen, die, afgezien van het utilitaire doel dat ze nastreven, volgens de verwijzende rechter een eigen, vanuit esthetisch oogpunt opvallend visueel effect opwekken, als “werk” kunnen worden beschouwd, waarbij moet worden opgemerkt dat die rechter met zijn vraag wenst te vernemen of een

dergelijk element van esthetische oorspronkelijkheid het centrale criterium vormt voor het verlenen van de in richtlijn 2001/29 voorziene bescherming.

50 In dit verband moet meteen al duidelijk worden gemaakt dat modelbescherming enerzijds en auteursrechtelijke bescherming anderzijds fundamenteel verschillende doelstellingen nastreven en aan verschillende regelingen onderworpen zijn. Zoals de advocaat-generaal in de punten 51 en 55 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, heeft modelbescherming namelijk tot doel voorwerpen te beschermen die niet alleen nieuw en geïndividualiseerd zijn, maar daarnaast ook een utilitair karakter hebben en bedoeld zijn om op grote schaal te worden geproduceerd. Bovendien is deze bescherming gewoonlijk gedurende een beperkte, maar voldoende lange periode van toepassing om de investeringen die nodig zijn voor de creatie en vervaardiging van die voorwerpen te laten renderen, zonder de concurrentie echter al te zeer te belemmeren. De bescherming van het auteursrecht, waarvan de duur aanzienlijk langer is, is daarentegen voorbehouden aan voorwerpen die het verdienen om als werk te worden gekwalificeerd.

51 Daarom kan de verlening van auteursrechtelijke bescherming aan een als model beschermd voorwerp er niet toe leiden dat het doel en de doeltreffendheid van deze twee vormen van bescherming worden aangetast, zoals ook de advocaat-generaal in punt 52 van zijn conclusie heeft opgemerkt.

52 Hieruit volgt dat modelbescherming en auteursrechtelijke bescherming krachtens het recht van de Unie weliswaar cumulatief kunnen worden verleend aan hetzelfde voorwerp, maar dat een dergelijke cumulatie slechts in bepaalde situaties kan worden overwogen.

53 Dienaangaande moet om te beginnen worden opgemerkt, enerzijds, dat, zoals volgt uit de gebruikelijke betekenis van het begrip “esthetiek”, het esthetisch effect dat door een model kan worden opgewekt het resultaat is van een intrinsiek subjectieve sensatie van schoonheid die wordt ervaren door elke persoon die ernaar kijkt. Bijgevolg maakt dit subjectieve effect het op zichzelf niet mogelijk om te concluderen dat er sprake is van een met voldoende nauwkeurigheid en objectiviteit identificeerbaar voorwerp in de zin van de in de punten 32 tot en met 34 van dit arrest genoemde rechtspraak.

54 Anderzijds is het inderdaad zo dat esthetische overwegingen deel uitmaken van de creatieve activiteit. Het feit dat een model een esthetisch effect opwekt, maakt het echter op zich niet mogelijk om vast te stellen of het een intellectuele schepping is die de

keuzevrijheid en de persoonlijkheid van de auteur ervan weerspiegelt en dus voldoet aan het in de punten 30 en 31 van dit arrest genoemde vereiste van oorspronkelijkheid.

55 Hieruit volgt dat de omstandigheid dat modellen als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde kledingmodellen, afgezien van het utilitaire doel dat ze nastreven, een eigen, vanuit esthetisch oogpunt opvallend visueel effect opwekken, niet van dien aard is dat zij als “werken” in de zin van richtlijn 2001/29 kunnen worden aangemerkt.

56 Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 2, onder a), van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling die aan modellen zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde kledingmodellen auteursrechtelijke bescherming verleent op grond dat zij, afgezien van het utilitaire doel dat ze nastreven, een eigen, vanuit esthetisch oogpunt opvallend visueel effect opwekken.

Tweede vraag

57 Gelet op het antwoord op de eerste vraag hoeft deze vraag niet te worden beantwoord.

Kosten

58 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking. Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 2, onder a), van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, moet aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling die aan modellen zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde kledingmodellen auteursrechtelijke bescherming verleent op grond dat zij, afgezien van het utilitaire doel dat ze nastreven, een eigen, vanuit esthetisch oogpunt opvallend visueel effect opwekken.



Mr. M.R. de Zwaan is advocaat te Amsterdam (Bremer & De Zwaan) en redacteur van dit blad.

In het arrest *Cofemel/G-Star* maakt het Europese Hof een einde aan de onzekerheid over het al dan niet geharmoniseerde werkbegrip bij de vormgeving van gebruiksvoorwerpen. In het geding was de vervaardiging door Cofemel van met modellen van G-Star overeenstemmende spijkerbroeken, sweat- en T-shirts. De verwijzende rechter, de Supremo Tribunal de Justiça (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Portugal) vroeg zich af of het Europese recht ruimte biedt voor nationale regels die auteursrechtelijke bescherming afhankelijk stellen van het bestaan van een bepaalde mate van esthetische of artistieke waarde. Het Hof (punt 26) draait dit om door niet de vraag te stellen of er bovenop het geharmoniseerde werkcriterium nog ruimte is voor nationale eisen, maar zich af te vragen of auteursrechtelijke bescherming al mag worden verleend op grond van de aanwezigheid van een eigen, vanuit esthetisch oogpunt opvallend visueel effect. Het HvJ EU antwoordt – via de invalshoek van het werkbegrip en het reproductierecht – dat dit niet het geval is omdat een werk oorspronkelijk en bepaalbaar ('nauwkeurig en objectief identificeerbaar') moet zijn om als werk te worden beschermd. Het esthetisch effect zou nog niet hoeven te betekenen dat sprake is van de vereiste bepaalbaarheid van het voorwerp van bescherming, terwijl evenmin louter door dit effect de oorspronkelijkheid zou kunnen worden vastgesteld. Voor auteursrechtelijke bescherming zijn volgens het Hof (punt 28-35) oorspronkelijkheid en bepaalbaarheid de enige vereisten en dat geldt voor voortbrengsels in alle werkcategoryën, inclusief modellen. Het Hof stelt hiermee niet alleen vast dat het werkcriterium voor alle scheppingen geldt, maar ook dat er geen afwijkende boven- of ondergrens kan bestaan (voor het vaststellen van oorspronkelijkheid is het werkcriterium 'zowel noodzakelijk als voldoende'; punt 30). Aldus staat volgens het HvJ EU (punt 56) artikel 2 onder a van richtlijn 2001/29 in de weg aan een nationale wettelijke regeling die aan modellen auteursrechtelijke bescherming verleent omdat zij, afgezien van het utilitaire doel dat ze nastreven, een eigen, vanuit esthetisch oogpunt opvallend visueel effect opwekken.

Voor de Nederlandse rechtspraak zal de cumulatieve bescherming van modellen op grond van een Europees geharmoniseerd werkbegrip niet als een verrassing komen.¹ In diverse andere lidstaten is dit minder vanzelfsprekend. Ringnalda behandelt in zijn noot bij het arrest de samenloop van auteurs- en modelrechtelijke bescherming.² Hij schetst de in een lang verleden van uiteenlopen-

de rechtstradities gewortelde opvattingen in de lidstaten over de vereisten die aan model- en mogelijk ook auteursrechtelijke bescherming van de vormgeving van gebruiksvoorwerpen worden gesteld en de nu door het Hof verstrekte duidelijkheid.

In deze noot beperk ik mij tot het auteursrecht en in het bijzonder het tweeledige werkcriterium dat het HvJ EU na *Levola*³ opnieuw centraal stelt in *Cofemel*. Het Hof eist naast de oorspronkelijkheid een objectieve en nauwkeurige bepaalbaarheid en die nadere eisen lijken niet beperkt tot voorwerpen waar een luchtje of een smaakje aan zit. Nu de tweeledige werktroets geen eendagsvlieg is gebleken⁴ en de nadere eisen van objectiviteit en nauwkeurigheid bovendien worden aangelegd bij werken in alle werkcategoryën en uitdrukingsvormen, verdienen twee vragen een nadere beschouwing:

1. Wat is het precies dat, volgens de overwegingen van het HvJ EU, objectief en nauwkeurig bepaalbaar moet zijn?
2. Past de eis van het nauwkeurig en objectief uitdrukken en waarnemen in het auteursrecht en is het dan een juridische fictie zoals de 'maatman' of is het een reëel vereiste?

Uit de beantwoording van deze vragen komt naar voren dat het Hof zelf niet erg nauwkeurig te werk gaat bij het aanleggen van de nadere eisen, terwijl de behoefte aan objectiviteit en nauwkeurigheid omwille van de rechtszekerheid weliswaar zonder meer wenselijk, maar helaas niet reëel is.

Vraag 1: het Hof en de nadere eisen van nauwkeurigheid en objectiviteit

De motivering door het Hof van de afwijzing van het Portugese voorschrift steunt en bouwt voort op de eerdere overwegingen in het arrest *Levola*.⁵ In dat arrest stonden niet de eisen centraal die aan oorspronkelijkheid, of zoals in Portugal, aan een esthetisch effect, moeten worden gesteld maar de eisen die moeten worden gesteld aan de uitdrukingsvorm van een werk, in casu de smaak. In *Cofemel* lijkt het erop dat het Hof smaak als uitdrukingsvorm van een (mogelijk) werk heeft verward met smaak als synoniem voor een (volstrekt subjectief) waardeoordeel. Niet alleen op dit punt is de motivering in *Cofemel* moeilijk te volgen. Voor ik toekom aan de overwegingen van het Hof is een korte aanloop naar de afbakeningsbehoefte op zijn plaats.

Uitdrukken, waarnemen, bepalen, afbakenen en interpreteren

Elke geestelijke schepping, een voortbrengsel van de geest, moet waarneembaar zijn om voor bescherming in aanmerking te kunnen komen ('Gedanken sind frei'). Deze *conditio sine qua non* voor bescherming gaat vooraf aan de nadere beschermingsvereisten in de verschillende domeinen binnen de geestelijke eigendom. Om te

1 De Hoge Raad veronderstelde dit bijvoorbeeld evident in het vuurkorf-arrest; HR 25 oktober 2013, NJ 2015, 178.

2 A. Ringnalda, noot bij HvJ EU 12 september 2019 (*Cofemel/G-Star*), BIE 2019-6, nr. 27, p. 334-343.

3 Zie voor een uitvoerige bespreking van dat arrest S.J. van Gompel, 'Smaak, auteursrecht en objectafbakening: over perceptie en bepaalbaarheid', AMI 2019-1, p. 9-16.

4 Die ook in de Nederlands rechtspraak al navolging vond in onder meer Rb. Den Haag 7 augustus 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8166 (*MSVA & Shoebaloo*) en Hof Den Haag 23 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3060 (*Groep Educatieve Uitgeverijen c.s./Stichting Snappet*) en zelfs *Cofemel* is al toegepast door Rb. Gelderland 14 november 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5227 (*Krakatau/The Sting*).

5 HvJ EU 13 november 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (*Levola Hengelo*).

kunnen bepalen in welk domein het voortbrengsel bescherming verdient en welke nadere vereisten daartoe moeten worden vervuld, moeten de domeinen van elkaar kunnen worden onderscheiden en afgebakend. De noodzaak van bepaalbaarheid, afbakening en interpretatie is niet beperkt tot het onderscheid tussen de diverse domeinen van de geestelijke eigendom onderling, maar strekt zich uit van de bepaling van het (mogelijk) beschermde voorwerp, het vervullen van de beschermingsvereisten, respectievelijk de bepaling van de beschermingsomvang, tot de bepaling van de overeenstemming op grond van het inbreukcriterium tot de vaststelling van de reikwijdte van een mogelijk toepasselijke beperking. Bij al deze afbakeningsvragen zijn formele criteria in woord of getal, zoals territorium, nationaliteit of beschermingsduur relatief eenvoudig toepasbaar, maar vormt de bepaling van de inhoud van materiële begrippen zoals 'oorspronkelijkheid', 'overeenstemming' of de sleutelbegrippen in een wettelijke beperking, een nooit opdrogende bron van juridisch debat.

De afbakening van het voorwerp van bescherming door het HvJ EU

Sinds *Levola* lijkt het HvJ EU omwille van de rechtszekerheid deze bron op te willen drogen met betrekking tot de afbakening van het voorwerp van auteursrechtelijke bescherming door aan de bepaalbaarheid van het voorwerp eisen te stellen van objectiviteit en nauwkeurigheid. Deze eisen worden zowel gesteld aan de uitdrukking als aan de waarneembaarheid van het voorwerp. Onder verwijzing naar *Levola* overweegt het Hof in *Cofemel* (punt 32) dat het begrip 'werk' als bedoeld in richtlijn 2001/29 noodzakelijkerwijs een *uitdrukkingsvorm* impliceert van het voorwerp van de auteursrechtelijke bescherming waardoor dit voorwerp voldoende nauwkeurig en objectief kan worden geïdentificeerd omdat de autoriteiten die belast zijn met het toezicht op de bescherming van de aan het auteursrecht inherente uitsluitende rechten, *duidelijk en nauwkeurig* kunnen onderkennen welk voorwerp aldus wordt beschermd. Hetzelfde geldt voor de derden tegen wie de bescherming waarop de auteur van dat voorwerp aanspraak maakt, kan worden ingeroepen. De noodzaak voor rechters en medemakers en mogelijke inbreukmakers om het voorwerp van bescherming nauwkeurig en duidelijk te kunnen identificeren, vereist volgens het HvJ EU dat de identificatie niet voornamelijk berust op de intrinsiek subjectieve gevoelens van de persoon die het betrokken voorwerp waarneemt (punt 34). Maar niet alleen de waarnemer moet nagenoeg *vrij zijn van 'intrinsiek subjectieve gevoelens'*, ook de maker (punt 33) moet vanwege de noodzakelijk *uitsluiting van elke – de rechtszekerheid aantastende – subjectiviteit bij de vaststelling* van het voorwerp van de bescherming, het voorwerp nauwkeurig en objectief hebben uitgedrukt. Het Hof refereert daarbij in *Cofemel* aan punt 41 in het arrest *Levola*. Aldaar vervolgde het HvJ EU in punt 42 dat de smaak van een voedingsmiddel niet nauwkeurig en objectief kan worden uitgedrukt. In tegenstelling tot – volgens het Hof – wat bijvoorbeeld geldt voor een letterkundig werk, een schilderij, een film of een muziekstuk, dat een nauwkeurige en objectieve uitdrukkingsvorm is, berust de identificatie van de smaak van een voedingsmiddel immers hoofdzakelijk op smaakbeleving en smaakervaring, die subjectief en variabel zijn, aangezien zij met name afhankelijk zijn van factoren die eigen zijn aan de persoon die het betrokken product proeft, zoals diens leeftijd, voedselvoorkeuren en consumptiege-

woonten, alsmede van de omgeving en de context waarin het product wordt geproefd.

Daargelaten de beantwoording van de niet onbelangrijke vraag of de aannames van het Hof en de gekozen insteek juist zijn om het beroep op bescherming van smaak als werk te verwerpen, maakt de motivering van de eisen die het Hof stelt aan de beschermbaarheid van zoiets ongrijpbaars als smaak op het eerste gezicht nog wel een plausibele indruk. Smaak valt niet te beschermen omdat er over te twisten valt, zo lijkt deze wijsheid te worden vertaald in de eisen die worden gesteld aan de uitdrukking en waarneming van het voorwerp van bescherming. Het is echter niet alleen zeer de vraag of dit *Levola*-fundament waarop de overwegingen in *Cofemel* zijn gebouwd, wel stand houdt. Door de meervoudige betekenis van het begrip 'smaak' en door de inherente subjectiviteit en slordigheid van de voortbrengselen van de menselijke geest is het Hof in *Cofemel* mogelijk nog meer in verwarring geraakt. Deze zorgen en bedenkingen zal ik in het navolgende verder uiteenzetten.

Bepaalbaarheid van wat?

Bepaalbaarheid is voor het HvJ EU de remedie tegen onhanteerbare vaagheid, maar wat bepaalbaar moet zijn volgens het Hof, wordt helaas niet voldoende duidelijk. De volgende vragen worden door het voortbouwen in *Cofemel* op *Levola* door het arrest opgeroepen.

1. De aanleiding voor het benadrukken van de rechtszekerheid door te hameren op de noodzaak van het objectief en nauwkeurig kunnen uitdrukken en identificeren werd in het arrest *Levola* ingegeven door de ogenschijnlijk moeilijk objectief waarneembare uitdrukkingsvorm van de smaak. In *Cofemel* bestond deze moeilijkheid niet. De uitdrukkingsvorm die daar in het geding was, betrof de kleding waarin het ontwerp van die kledingstukken was uitgedrukt. Nergens in het arrest is aan de orde dat het identificeren van die ontwerpen ingewikkeld zou zijn. De moeilijkheid in *Cofemel* die verwant lijkt aan het probleem in *Levola*, maar in werkelijkheid van een andere aard is, betreft het Portugese auteursrechtelijke beschermingsvereiste voor industriële vormgeving, te weten het opwekken van een eigen, vanuit esthetisch oogpunt opvallend visueel effect. Is dat niet ook enorm een kwestie van smaak, zal het Hof misschien hebben gedacht. In dat geval laten de overwegingen uit *Levola* over de uitdrukkingsvorm smaak, zich ogenschijnlijk immers moeiteloos toepassen op de motivering van de afwijzing van het beschermingscriterium bestaande uit een 'opvallend esthetisch effect'. Is een esthetisch effect niet ook hoofdzakelijk gebaseerd op de subjectieve beleving en ervaring van de waarnemer?
2. Naast het met elkaar verbinden en naar het voorkomt verwarren van de eisen gesteld aan de uitdrukkingsvorm (smaak) en het beschermingscriterium esthetisch effect (een kwestie van smaak), valt er nog een eigenaardigheid op in de redenering van het Hof. Het Hof stelt met betrekking tot de bepaalbaarheid nadere eisen van objectiviteit en nauwkeurigheid. Deze eisen worden door het Hof zowel zelfstandig aan de uitdrukking van het voorwerp van bescherming (zie punt 33 in *Cofemel* en 41 in *Levola*), als aan de waarneming (*Cofemel* 34, *Levola* 42) daarvan gesteld. Het Hof acht – door vermeende gebreken in de objectieve waarneming – de uitdrukking van het voorwerp niet nauw-

keurig en objectief. De stelling dat iets niet objectief en nauwkeurig is omdat het niet objectief en nauwkeurig kan worden waargenomen, lijkt onjuist, of wringt op zijn minst. Het lijkt juist om te onderkennen dat 'smaak' de schepping is en de kaas, de uitdrukkingvorm en vastlegging, zoals, daargelaten domeinvragen, ook de genoteerde of voorgedragen receptuur een uitdrukkingvorm van het smaakwerk kan zijn.⁶

3. De a-contrario-vergelijking waarmee het HvJ EU in *Levola* (punt 42) zijn aanvechtbare stelling (dat niet objectief en nauwkeurig is uitgedrukt wat zich niet als zodanig laat waarnemen) wil verduidelijken, roept nieuwe vragen op: 'In tegenstelling tot wat bijvoorbeeld geldt voor een letterkundig werk, een schilderij, een film of een muziekstuk, dat een nauwkeurige en objectieve uitdrukkingvorm is, berust de identificatie van de smaak van een voedingsmiddel immers hoofdzakelijk op smaakbeleving en smaakervaring, die subjectief en variabel zijn.' Wat bedoelt het Hof hier met 'een nauwkeurige en objectieve uitdrukkingvorm'? Het antwoord zou moeten blijken uit punt 39, 40, waar het HvJ EU overweegt waar de objectieve en nauwkeurige identificatie van het voorwerp van bescherming op gericht moet zijn: '... Bovendien kunnen [...] alleen uitdrukkingvormen en niet denkbeelden, procedures, werkwijzen of mathematische concepten als zodanig auteursrechtelijk worden beschermd [...]. Bijgevolg impliceert het begrip "werk" als bedoeld in richtlijn 2001/29 noodzakelijkerwijs een uitdrukkingvorm van het voorwerp van de auteursrechtelijke bescherming waardoor dit voorwerp voldoende nauwkeurig en objectief kan worden geïdentificeerd ...' De nauwkeurigheid en objectiviteit waarop hier wordt gedoeld is dus vereist bij het onderscheiden van het concrete beschermde werk van denkbeelden, concepten, werkwijzen enz. die daarin besloten liggen. In dit verband bezien is de verwijzing naar een schilderij, film en muziekstuk, als zijnde nauwkeuriger en objectievere uitdrukkingvormen dan een smaak bepaald niet verhelderend. Zou het (kunnen) maken van een onderscheid tussen de 'denkbeelden, procedures, werkwijzen enz.' en de uitdrukkingvorm 'smaak' in de gedachtegang van het Hof meer berusten op ervaring en beleving, dan het cerebraal maken van een onderscheid tussen de 'denkbeelden etc.' als zodanig en een schilderij waarin deze zijn verwerkt? Het ligt niet voor de hand, maar wanneer men in de tegenstelling tussen smaak en schilderij, de smaak vervangt door de kaas, worden de bedoelde tegenstelling en het misverstand duidelijk terwijl de abusievelijke tegenstelling door de vervanging in de vergelijking ook wordt opgeheven.

De subjectieve en variabele beleving en ervaring van het waargenomen werk klemt niet zozeer bij de vaststelling van het voorwerp van bescherming, maar met name bij de waardering, bij hoogst persoonlijke waardeoordelen zoals mooi, lelijk, vies, lekker, oorspronkelijk, esthetisch. Het maken van een onderscheid tussen de uitdrukkingvorm van het werk en de daarin besloten liggende ideeën, concepten, methoden is echter zoals opgemerkt een overwegend cerebrale bezigheid van onderzoeken, determineren, analyseren. De geschooldheid van de waarnemer zal van groot belang zijn bij,

bijvoorbeeld, de vraag of hij het begrip *Nouvelle Vague* kent, in staat is om de belangrijkste kenmerken van deze stroming die tot uitdrukking komen in een concrete film te herkennen, beoordelen en om te verwoorden hoe de maker uitdrukking heeft gegeven aan deze wetten van het genre. Ervaring en/of beleving spelen een zeer ondergeschikte rol bij deze 'schoolse' bezigheid. Een culinair geschoolde waarnemer zal een vergelijkbare exercitie kunnen uitvoeren bij de smaak van een voedingsmiddel. Dat de omstandigheden bij de waarneming gedefinieerd moeten zijn (de film wordt bij voorkeur in het donker bekeken ...), spreekt net zo voor zich als het besef dat de onvermijdelijke subjectiviteit van elke waarneming (zie hierna) flink wordt gereduceerd wanneer ook de categorie van waarnemers, de maatmannen, is gedefinieerd.

Samenvattend moet worden vastgesteld dat smaak van een voedingsmiddel niet moet worden verward met de smaak als waardeoordeel van willekeurig wat, waaronder het al dan niet esthetische karakter van kleding. Evenmin moet smaak – in plaats van als schepping of als beschermde trek van een werk – als een uitdrukkingvorm worden gekwalificeerd en vervolgens verward met smaak als waarneming, respectievelijk als waardeoordeel van de waarnemer.

Vraag 2: objectief uitdrukken en waarnemen in het auteursrecht en in het echt?

De maker moet volgens het Hof (*Cofemel* punt 33) vanwege de noodzakelijk *uitsluiting van elke – de rechtszekerheid aantastende – subjectiviteit bij de vaststelling* van het voorwerp van de bescherming, het voorwerp nauwkeurig en objectief hebben uitgedrukt. Deze aan de uitdrukking van een werk gestelde eis die de echo is van het *Sieckmann*-arrest⁷ in het merkenrecht en van het arrest *Jägermeister*⁸ in het modellenrecht, is in het auteursrecht definitioneel onbestaanbaar. Oorspronkelijkheid, persoonlijk stempel, eigen intellectuele schepping; in alle gevallen is het menselijk scheppen en de subjectiviteit het fundament. Aangezien het persoonlijk stempel ook uit het werk zelf moet blijken (*Endstra*⁹) kan de uitdrukking nooit objectief zijn.

Maar de verlangde objectiviteit en nauwkeurigheid van de waarneming is al evenzeer, zij het om andere redenen, onbestaanbaar. Deze absolute bedenkingen bij de nadere eisen van het Hof worden niet weggenomen door het gebruik bij de formulering van de gestelde vereisten, van de 'escapes' *voldoende, voornamelijk en nagenoeg*. Ter toelichting moeten wij ons begeven op het terrein van de wetenschap dat zich in het bijzonder bezighoudt met het functioneren van de menselijke geest, de neurologie en de psychologie.

Objectiviteit en nauwkeurigheid, laat staan de overwegende afwezigheid van 'intrinsiek subjectieve gevoelens' die het HvJ EU verlangt bij de waarneming van een uiting, blijken eenvoudigweg niet te bestaan. Enkele aansprekende voorbeelden en citaten uit het boek van de Groningse hoogleraar, neuroloog en psychiater Iris Sommer, aan wiens wijsheid ik mijn inzichten ontleen, bevestigen dit.

6 vgl de noot van J.H. Spoor bij HR 16 juni 2006 (*Trésor*), NJ 2006/585 (al. 8). Anders dan het parfum ('geurwerk') in *Trésor*, is kaas, niet louter een smaakwerk, maar zullen ook de objectvorm en de kleur onderdeel van de vormgeving/uitdrukking kunnen zijn.

7 HvJ EG 12 december 2002, C-273/00 (*Sieckmann*).

8 HvJ EU 5 juli 2018, C-217/17, ECLI:EU:C:2018:534 (*Jägermeister*).

9 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra*).

‘Waarnemen is een combinatie van input vanuit de zintuigen en een groot deel interpretatie, samenvatting en selectie vanuit de hersenen. Ze is subjectief, gekleurd en slordig. En soms behoorlijk benevens de waarheid.’¹⁰ Dat waarnemen geen louter objectieve registratie is van dat wat is, maar een hoogst persoonlijke, subjectieve en dus ook door de eigen geschiedenis en cultuur bepaalde aangelegenheid, verduidelijken de volgende citaten: ‘Via de zintuigen nemen we de wereld om ons heen waar. Hoe wij zien, horen, voelen, proeven en ruiken, bepaalt onze kijk op de wereld. Andersom bepaalt onze kijk op de wereld ook wat we waarnemen. Waarnemen is teamwork van de zeven zintuigen en de hersenen. De zintuigen leveren kleine brokjes informatie aan, de hersenen maken er een logisch geheel van, door aan te vullen wat je eerder hebt meegemaakt of verwacht. Waarnemen is altijd subjectief. Het wordt bepaald door je verwachting, je angst, door je verleden. Je kunt niet objectief waarnemen.’¹¹ Dat deze subjectieve, situationele en cultuurbepaalde wijze van waarnemen door een samenspel van zintuigelijke input en cerebrale verwerking haaks staat op de door het HvJ EU geëiste objectiviteit en nauwkeurigheid is duidelijk. Is objectieve en nauwkeurige menselijke waarneming dan helemaal niet mogelijk?

Nee, maar reëler dan de absolute uitsluiting van subjectiviteit is de aanvaarding van het inzicht dat volledige subjectiviteit het uitgangspunt is. Vervolgens kunnen wij echter, door bewust na te denken onze hoogst persoonlijke waarneming (de combinatie van zintuigelijke input en verwerking door de hersenen aan de hand van eigenheden in het brein van die waarnemer), objectiveren. Princeton hoogleraar Daniel Kahneman ontving in 2002 een nobelprijs in de economie (!) voor diens inzicht in de manier waarop wij denken en keuzes maken.¹² Hij maakte het belangrijke onderscheid tussen het waarnemen in combinatie met het onbewuste, woordeloze nadenken dat de hele dag doorgaat en met behulp waarvan wij kunnen leven en functioneren; denk aan de razendsnelle processen die ongemerkt plaatsvinden in het hoofd van de verkeersdeelnemer in de drukke stad. Kahneman noemt dat ‘systeem 1’. In ons spraakgebruik passen bijvoorbeeld indrukken in systeem 1, zoals smaakindrukken in termen van vies, lekker, etc., maar ook zoals de indruk van de Amerikaanse rechter die moest oordelen over het beweerd pornografische karakter van een film: *I know it when I see it*.¹³ ‘Systeem 2’ noemt Kahneman het bewuste nadenken dat niet razendsnel en volautomatisch plaatsvindt, maar waarbij wij bewust, rationeel en logisch onze denkcapaciteit optimaal proberen te gebruiken, bijvoorbeeld door waarnemingen uit systeem 1 nader te bestuderen, te vergelijken met andere waarnemingen en inzichten enz. De eerste indruk dat alle Chinezen op elkaar lijken zal langs die weg veranderen in het inzicht dat dit niet juist is. Op auteursrechtelijk vlak zou men de *indruk* uit systeem 1 kunnen vergelijken met de resultante in systeem 2 van de toepassing van de formule van de *totaalindruk* om een inbreuk vast te stellen.

Samenvattend stel ik met betrekking tot vraag 2 vast dat de eis aan de maker om zich objectief en nauwkeurig uit te drukken niet past in het auteursrecht dat eigen intellectuele scheppingen van de menselijke geest beschermt. Deze uitingen zijn naar hun aard subjectief. Ook de eis om objectief en nauwkeurig waar te (kunnen) nemen miskent de menselijke aard.

Anders dan bij de definitionele onbestaanbaarheid van de eis om een auteursrechtelijk beschermd voortbrengsel objectief en nauwkeurig uit te drukken, valt aan de subjectiviteit en slordigheid van de menselijke waarneming nog wel iets te doen. Namelijk door de waarneming waar deze eisen aan worden gesteld niet toe te passen op de enkelvoudige eigen en eerste waarneming door willekeurig wie en onder niet gedefinieerde omstandigheden. Een waarneming in systeem 1 kortom. Wanneer men namelijk de waarnemer (de maatman) en de omstandigheden waaronder men waarneemt, definieert en bij voorkeur de waarneming van meerdere identieke ‘voorwerpen’ door meerdere maatmannen in rust doet plaatsvinden, dan zal de waarneming ongetwijfeld objectiever en nauwkeuriger zijn en door het bewuste nadenken en redeneren in systeem 2 ook tot een weloverwogen keuze of oordeel kunnen leiden. Bezien vanuit het voorwerp dat wordt waargenomen zal de waarneming bovendien nauwkeuriger en objectiever mogelijk zijn naarmate het voorwerp minder persoonlijk is uitgedrukt. Daarmee komen wij misschien meer in de buurt van een overweging van het Hof, maar helaas eveneens meer uit de buurt van het auteursrecht. Aangezien wij ons binnen dat auteursrecht moeten uitzetten met de waarneming en de waarde-oordeelsvorming (oorspronkelijkheid) met betrekking tot creatieve, menselijke scheppingen, betekent dit dat wij nooit kunnen spreken van objectiviteit en nauwkeurigheid; de waarneming kan enigszins worden geobjectiveerd en verscherpt, maar ons waardeoordeel over de oorspronkelijkheid zal in objectiverende zin niet verder kunnen komen dan de uitkomst van een ‘majority vote’ door de waarnemers, tenzij men iedere waarneembare benutting van een keuzemogelijkheid als een creatieve keuze kwalificeert.¹⁴

Slot

De jurist dwaalt door de mist die het onvermijdelijke gevolg is van de inherente onnauwkeurigheid van de taal waarmee hij moet werken. Hij verlangt ter legitimatie van zijn oordeel of advies innig naar de objectiviteit en nauwkeurigheid die de taal hem helaas niet kan bieden. Het HvJ EU geeft in *Levola* en *Cofemel* gehoor aan dit verlangen, maar lijkt het spoor kwijt te raken bij de bepaling van wat precies objectief en nauwkeurig moet zijn. De ongemakkelijke realiteit is dat oorspronkelijkheid en esthetisch effect vage waardeoordelen zijn, waarbij voor nauwkeurige en objectieve bepaalbaarheid geen plaats is.

10 I. Sommer, *De zeven zintuigen, over waarnemen en onwaarnemen*, Amsterdam: Prometheus 2018, p. 11.

11 Sommers t.a.p. p. 11, 12.

12 Sommer zet zijn inzichten uiteen in haar boek op p. 225, 226. Kahneman zelf heeft zijn theorie ook in een populaire uitgave beschreven: *Thinking fast and slow*, Allen Lane 2011, Ned. vert. *Ons feilbare Denken*, Business Contact 2012.

13 Voluit: ‘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 (geciteerd in M.R. de Zwaan, ‘De Totaalindruk; onjuist, maar niet onbruikbaar’, *AMI* 2016-4, p. 106.

14 Zie Spoor/Verkade/Visser, p. 95.