

Hoge Raad, 30 mei 2008, Endstra-tapes**AUTEURSRECHT****Eigen oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel werk**

- [Persoonlijk stempel is een kenmerk dat uit voortbrengsel te kennen is, zonder dat de eis gesteld mag worden de maker bewust een werk heeft willen scheppen, welke eis ook onoverkomelijke bewijsproblemen kan veroorzaken](#)
- [persoonlijk stempel betekent dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en die aldus voortbrengsel is van de menselijke geest.](#)
- [Persoonlijk stempel ontbreekt in elk geval bij vorm die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt te aan te wijzen.](#)
- [dat het voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter moet bezitten, houdt, kort gezegd, in dat de vorm niet ontleend mag zijn aan die van een ander werk](#)

Het middel strekt vanuit verschillende invalshoeken ten betoge, dat het hof, door te oordelen dat op de achterbankgesprekken geen auteursrecht rust nu deze door Endstra niet als coherente creatie zijn geconcipieerd, dat niet blijkt dat Endstra bewust een geestelijke creatie wilde scheppen en dat in die gesprekken niet tot uiting is gekomen dat Endstra er bewust voor heeft gekozen het voortbrengsel in deze vorm te gieten, de maatstaf heeft miskend die moet worden aangelegd bij beoordeling of een voortbrengsel als 'werk' in de zin van art. 1 in verbinding met art. 10 Aw moet worden aangemerkt. (...).

Naar vaste rechtspraak geldt dat, wil een voortbrengsel kunnen worden beschouwd als een werk van letterkunde, wetenschap of kunst als bedoeld in art. 1 in verbinding met art. 10 Aw, vereist is dat het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt ([HR 4 januari 1991, nr. 14449, NJ 1991, 608](#) en [HR 24 februari 2006, nr. C04/350, NJ 2007, 37](#)). Het hof heeft deze maatstaf (in rov. 4.4) ook vooropgesteld.

De gedachtegang van het hof, neergelegd in rov. 4.7, is - mede gelet op de door het hof instemmend aangehaalde passage uit het advies van prof. mr. J.H. Spoor - kennelijk deze geweest dat de omstandigheid dat End-

stra de door hem verschaft informatie op zijn manier heeft verwoord, weliswaar meebrengt dat de gesprekken een door die wijze van verwoording bepaald ('daarmee samenhangend') eigen karakter hebben, maar dat voor de eigenschap dat zij ook het persoonlijk stempel van de maker dragen, vereist is dat zij het resultaat zijn van menselijk scheppen, waarbij creatieve keuzes zijn gemaakt. Om aan die eis te voldoen is naar het oordeel van het hof nodig dat het werk door de maker als een coherente creatie is geconcipieerd en door hem bewust in een bepaalde vorm(geving) is gegoten. Het hof heeft aldus terecht de beide elementen van de aan te leggen maatstaf onderscheiden: dat het voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter moet bezitten, houdt, kort gezegd, in dat de vorm niet ontleend mag zijn aan die van een ander werk (vgl. art. 13 Aw). De eis dat het voortbrengsel het persoonlijk stempel van de maker moet dragen betekent dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en die aldus voortbrengsel is van de menselijke geest. Daarbuiten valt in elk geval al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt te aan te wijzen.

4.5.2 Het gaat hierbij evenwel om een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen. Daarom mag niet de eis worden gesteld dat de maker bewust een werk heeft willen scheppen en bewust creatieve keuzes heeft gemaakt, welke eis betrokkenen bovendien voor onoverkomelijke bewijsproblemen kan stellen. Om dezelfde reden kan niet worden geëist dat de maker bewust voor de vorm heeft gekozen die het werk heeft gekregen. Het in 4.5.1 overwogene brengt voorts mee dat een schepping, om een werk in auteursrechtelijke zin te kunnen zijn, niet het karakter van een coherente creatie behoeft te hebben.

PROCESRECHT**Volledige proceskosten dienen te worden gevorderd en gespecificeerd**

[Vergoeding van volledige proceskosten op de voet van art. 14 Handhavingsrichtlijn dient daarom te worden gevorderd, en de gevorderde kosten dienen zo tijdig opgegeven en gespecificeerd te worden dat de wederpartij zich daartegen naar behoren kan verweren.](#)

Ten tijde van de uitspraak van het hof (8 februari 2007) was de uiterste implementatiedatum van de Handhavingsrichtlijn (29 april 2006) reeds verstreken, terwijl de wet tot implementatie van die richtlijn eerst nadien (op 1 mei 2007) in werking is getreden. Het hof diende daarom de Nederlandse voorschriften inzake de proceskosten zoveel mogelijk richtlijnconform uit te leggen.

Hoewel art. 14 Handhavingsrichtlijn niet met zoveel woorden bepaalt dat voor toeschatting van de volledige proceskosten sprake moet zijn van een daartoe strekkende vordering, aanspraak of verzoek - in tegenstelling tot het bij de implementatiewet ingevoerde art. 1019h Rv., dat bepaalt dat die kosten

'desgevorderd' worden toegewezen - moet worden aangenomen dat die eis ook in art. 14 Handhavingsrichtlijn besloten ligt. Zonder dat de betrokken partij op enigerlei wijze aanspraak maakt op vergoeding van de volledige proceskosten die art. 14 Handhavingsrichtlijn de in het gelijk te stellen partij in het vooruitzicht stelt, en daarvan een gespecificeerde opgave doet, is de rechter immers niet in staat een daartoe strekkende veroordeling uit te spreken. Vergoeding van volledige proceskosten op de voet van art. 14 Handhavingsrichtlijn dient daarom te worden gevorderd, en de gevorderde kosten dienen zo tijdig opgegeven en gespecificeerd te worden dat de wederpartij zich daartegen naar behoren kan verweren. Dat verweer kan zich toespitsen niet slechts op het aantal in rekening te brengen uren van de behandelend advocaat en het daarop toe te passen uurtarief, maar ook op de vraag of die kosten 'redelijk en evenredig' zijn en of de billijkheid zich wellicht tegen die vergoeding verzet, alsmede, indien in het geding ook andere vorderingen dan ter handhaving van intellectuele-eigendomsrechten zijn ingesteld - zoals ook in het onderhavige geval - op de vraag welk gedeelte van de in rekening gebrachte kosten op die handhaving betrekking heeft.

Vindplaatsen: LJN: [BC2153](#); NJ 2008, nr. 556; IER 2008, nr. 58, p. 227, m.nt. Seignette; AMI 2008, nr. 12, p. 136, m.nt. Senftleben; AA 2008, p. 818, m.nt. Hugenholtz

Hoge Raad, 30 mei 2008

(D.H. Beukenhorst, O. de Savornin Lohman, E.J. Numann, A. Hammerstein en F.B. Bakels)

30 mei 2008

Eerste Kamer

Nr. C07/131HR

JMH/AG

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

1. [...] ENDSTRA,

wonende te [...],

2. [...] ENDSTRA,

wonende te [...],

EISERS tot cassatie, verweerders in het incidentele cassatieberoep,

advocaat: mr. T. Cohen Jehoram,

t e g e n

1. UITGEVERIJ NIEUW AMSTERDAM B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

2. [...]MIDDELBURG,

wonende te Amsterdam,

3. [...] VUGTS,

wonende te Amsterdam,

VERWEERDERS in cassatie, eisers in het incidentele cassatieberoep,

advocaat: mr. R.S. Meijer.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid onderscheidenlijk als de zonen Endstra en Nieuw Amsterdam c.s., verweerders ook afzonderlijk als Nieuw Amsterdam, Middelburg en Vugts.

1. Het geding in feitelijke instanties

De zonen Endstra hebben bij exploit van 4 mei 2006 Nieuw Amsterdam c.s. in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam en gevorderd, kort gezegd, Nieuw Amsterdam c.s. te bevelen alle door hen uitgegeven boeken onder de naam 'De Endstra-tapes' uit de handel te nemen, de teruggenomen en in voorraad zijnde boeken te vernietigen en Nieuw Amsterdam c.s. te verbieden om de integrale gesprekken opnieuw op deze wijze in boekvorm uit te brengen of tot herdruk over te gaan, een en ander op verbeurde van dwangsommen.

Nieuw Amsterdam c.s. hebben de vordering bestreden.

De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 11 mei 2006 de gevraagde voorziening geweigerd.

Tegen dit vonnis hebben de zonen Endstra hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam. Zij vorderden in hoger beroep niet langer het uit de handel nemen en vernietigen van de boeken.

Bij [arrest van 8 februari 2007](#) heeft het hof het bestreden vonnis bekrachtigd. Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben de zonen Endstra beroep in cassatie ingesteld. Nieuw Amsterdam c.s. hebben incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen mondeling toegelicht door hun advocaten, voor de zonen Endstra mede door mrs. A.P. Groen en M.H. de Boer, beiden advocaat te 's-Gravenhage.

De conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade strekt in het principale beroep tot vernietiging en verwijzing en in het incidentele beroep tot verwerping, alsmede tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen ten aanzien van de kostenveroordelingen in cassatie en de begroting van kosten vallende op de behandeling bij dat Hof.

2.1 De advocaat van Nieuw Amsterdam c.s. heeft bij brief van 4 februari 2008 op die conclusie gereageerd.

2.2 De advocaat van Endstra c.s. heeft zich in een brief aan de Hoge Raad van 6 februari 2008 op het standpunt gesteld dat deze brief van de advocaat van Nieuw Amsterdam c.s. niet kan worden gekwalificeerd als commentaar op de conclusie van de Advocaat-Generaal, maar dient te worden gezien als een pleidooi over de zaak ten gronde, los van de inhoud van die conclusie.

2.3 Dit betoog wordt verworpen. De reactie van de advocaat van Nieuw Amsterdam c.s. gaat in op telkens nauwkeurig aangeduide passages uit de conclusie van de Advocaat-Generaal en is beperkt tot een reactie daarop. De omvang van de reactie is, gelet op die van de conclusie, ook niet disproportioneel, zodat zij blijft binnen de grenzen van het 'schriftelijk commentaar' als bedoeld in art. 44 lid 3 Rv.

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De zonen Endstra zijn (meerderjarige) kinderen en mede-erfgenamen van wijlen de vastgoedhandelaar Willem Endstra (hierna: Endstra).

(ii) In de periode van 20 maart 2003 tot 28 januari 2004 heeft Endstra in het geheim vijftien gesprekken gevoerd met drie ambtenaren van de Criminele Inlichtingen Eenheid (hierna: C.I.E.) van de Amsterdamse politie.

(iii) De eerste veertien gesprekken vonden plaats in een rondrijdende auto van de C.I.E., het laatste gesprek was een telefoongesprek.

(iv) Op 17 mei 2004 is Endstra in Amsterdam op straat doodgeschoten.

(v) Van de gesprekken (hierna ook: de achterbankgesprekken) zijn geluidsopnamen gemaakt. De C.I.E. heeft deze opnamen op schrift gesteld, en wel als volgt: van gesprek 1 en de gesprekken 11-14 een weergave van de inhoud (samenvatting); van de gesprekken 2-10 een letterlijke weergave (transcript); van gesprek 15 (het telefoongesprek) gedeeltelijk een letterlijke weergave en gedeeltelijk een samenvatting.

(vi) Deze uitwerkingen van de gesprekken zijn op 13 september 2004 door de C.I.E. ter beschikking gesteld aan de Nationale Recherche, die daarvan op 25 januari 2006 een proces-verbaal (hierna: het p-v) heeft opge maakt.

(vii) Op 30 januari 2006 heeft de Nationale Recherche veertien verdachten aangehouden op verdenking van, kort gezegd, afpersing van Endstra en andere vastgoedhandelaren.

(viii) Middelburg en Vugts hebben de beschikking gekregen over een kopie van het p-v en hebben hiervan melding gemaakt in artikelen in Het Parool van 20 maart, 25 maart en 13 april 2006. Ook in andere media zijn artikelen verschenen over het p-v.

(ix) Op 2 mei 2006 heeft Nieuw Amsterdam het boek 'De Endstra tapes', hierna ook: het boek, van Middelburg en Vugts uitgegeven. Het boek bevat een inleiding van veertien pagina's van de hand van Middelburg en Vugts, de transcripten van de gesprekken 2-10 - met een enkele bewerking door het weglaten van te veel 'eeh's', puntjes en bepaalde persoonlijke gegevens, alsmede met de toevoeging op enkele plaatsen van een korte toelichting tussen vierkante haken - een herschreven versie van de samenvatting van de gesprekken 1 en 11-14, alsmede een nawoord van vijf pagina's.

3.2 De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat op de achterbankgesprekken geen auteursrecht rust en de door de zonen Endstra gevraagde voorzieningen afgewezen. Daartoe is overwogen dat de gesprekken zijn aan te merken als zakelijke informatieoverdracht en voorts dat Endstra wel op eigen wijze heeft gesproken in een soort vraag- en antwoordmodel maar dat hij voor de vorm van het gesprek geen creatieve keuzes heeft gemaakt en dat in de wijze waarop hij zijn verhaal heeft verteld niet tot uiting komt dat hij bewust een geestelijke creatie heeft willen scheppen. Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd.

Voorts heeft het hof, ondanks een door Nieuw Amsterdam c.s., onder overlegging van een specificatie van advocatenkosten, bij pleidooi gemaakte aanspraak op toeschatting van proceskosten op de voet van art. 14 van Richtlijn 2004/48/EG - hierna: de Handhavingsrichtlijn -, die aanspraak, als te laat verwoord en begroot, in strijd met een goede procesorde geoordeeld, deze van de hand gewezen en de proceskosten op de voet van art. 237 Rv. toegeschat.

3.3 Voorzover in cassatie van belang heeft het hof - samengevat - het volgende overwogen.

(a) Vooropgesteld dient te worden dat voor het bestaan van auteursrecht op een voortbrengsel vereist is, dat sprake is van een werk in de zin van de Auteurswet (Aw). Als zodanig kan ingevolge art. 10 lid 1, aanhef en slot, Aw worden aangemerkt ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze of in welke vorm ook tot uitdrukking gebracht. Om als werk beschermd te kunnen zijn dient dat voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter te hebben en het persoonlijk stempel van de maker te dragen. (rov. 4.4)

(b) Het hof sluit zich aan bij het oordeel van de voorzieningenrechter. Het moge zo zijn dat aan de achterbankgesprekken, waarin Endstra de door hem op vragen van de rechercheurs verschaft informatie op zijn manier heeft verwoord, een daarmee samenhangend eigen karakter en een persoonlijk stempel niet kan worden ontzegd, dit betekent nog niet dat er een auteursrechtelijk werk is ontstaan. Het vereiste van een persoonlijk stempel drukt immers ook uit, dat het werk het resultaat moet zijn van menselijk scheppen. Het hof onderschrijft de door Nieuw Amsterdam c.s. in het geding gebrachte opinie van prof. mr. J.H. Spoor, waar deze stelt: "Uit het feit dat een werk een eigen karakter moet hebben om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen mag niet omgekeerd worden afgeleid dat, als iets maar een eigen karakter heeft, er dan ook sprake is van een auteursrechtelijk beschermd werk." Zoals de voorzieningenrechter terecht heeft overwogen, zijn de vereisten die voor auteursrechtelijke bescherming van een vormgegeven geestelijke schepping gelden laag, maar niettemin is er een drempel. Om van een werk in auteursrechtelijke zin te kunnen spreken moet, zoals uit de meergenoemde criteria voortvloeit, dat werk door zijn maker als coherente creatie zijn geconcipieerd. Het werk moet het resultaat zijn van enige, hoe gering dan ook, scheppende activiteit van de maker. Die eis kan ook worden afgeleid uit het nog steeds maatgevende standaardarrest uit 1946 waarin de Hoge Raad heeft uitgemaakt "dat alleen de vormgeving, die de uiting is van datgene, wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen, de bescherming van het auteursrecht geniet" ([HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712, Van Gelder/Van Rijn](#)). Het is dan ook evenzeer terecht dat de voorzieningenrechter, wiens oordeel het hof overneemt, van belang heeft geacht dat niet blijkt dat door Endstra creatieve keuzes zijn gemaakt voor de vorm van de achterbankgesprekken en evenmin dat hij bewust een geestelijke creatie wilde scheppen. De als transcript weergegeven gesprekken vertonen veeleer

het beeld van een spontaan uit de mond gerolde zakelijke informatieoverdracht door Endstra in antwoord op aan hem gestelde vragen. Hoewel Endstra ook wel zal hebben nagedacht over wat hij wel en niet tegenover de rechercheurs wilde loslaten en daarbij selectief te werk zal zijn gegaan, komt bepaald niet tot uiting dat hij er bewust voor heeft gekozen zijn verhaal in deze vormgeving te gieten. De voorzieningenrechter is dan ook terecht en volgens de juiste maatstaf tot het oordeel gekomen dat op de achterbankgesprekken geen auteursrecht rust en dat met de uitwerking van de gesprekken in het p-v en de publicatie hiervan in het litigieuze boek geen auteursrecht van (de erfgenamen van) Endstra is geschonden. (rov. 4.7)

(c) In de memorie van antwoord hebben Nieuw Amsterdam c.s. geconcludeerd tot veroordeling van de zonen Endstra in de kosten van het geding, "de advocatenkosten van geïntimeerden daaronder begrepen". Eerst aan het eind van het pleidooi heeft de raadsman te kennen gegeven dat aanspraak wordt gemaakt op toeschatting van proceskosten op de voet van art. 14 van de Handhavingsrichtlijn, die op 29 april 2006 in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd had moeten zijn. Hij heeft daarbij een specificatie van advocatenkosten overgelegd tot een totaal van € 29.957,65. Het is in strijd met een goede procesorde om de aldus verlangde kostenveroordeling, die niet althans onvoldoende duidelijk valt af te leiden uit de bewoordingen van de memorie van antwoord, in een zo laat stadium expliciet te verwoorden en pas dan een begroting te overhandigen aan de wederpartij, waardoor deze zich daartegen ongenoegzaam heeft kunnen verweren. Bij de veroordeling in de proceskosten zullen deze daarom op de gebruikelijke wijze op de voet van art. 237 Rv worden toegeschat. (rov. 4.13)

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1 Het middel strekt vanuit verschillende invalshoeken ten betoge, dat het hof, door te oordelen dat op de achterbankgesprekken geen auteursrecht rust nu deze door Endstra niet als coherente creatie zijn geconcipieerd, dat niet blijkt dat Endstra bewust een geestelijke creatie wilde scheppen en dat in die gesprekken niet tot uiting is gekomen dat Endstra er bewust voor heeft gekozen het voortbrengsel in deze vorm te gieten, de maatstaf heeft miskend die moet worden aangelegd bij beoordeling of een voortbrengsel als 'werk' in de zin van art. 1 in verbinding met art. 10 Aw moet worden aangemerkt.

4.2 Bij de beoordeling van het middel wordt vooropgesteld dat de auteursrechtelijke aanspraken van de zonen Endstra in dit geding, naar het hof kennelijk en in casatie onbestreden heeft aangenomen, slechts betrekking hebben op de in het boek opgenomen transcripten van de gesprekken 2-10 en 15 (gedeeltelijk), bedoeld hiervoor in 3.1 onder (v). Van de gesprekken 1 en 11-14 is in het boek immers slechts in de eigen woorden van Middelburg en/of Vugts de inhoud van die gesprekken weergegeven, welke inhoud het auteursrecht niet beschermt.

4.3 Naar vaste rechtspraak geldt dat, wil een voortbrengsel kunnen worden beschouwd als een werk van

letterkunde, wetenschap of kunst als bedoeld in art. 1 in verbinding met art. 10 Aw, vereist is dat het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt ([HR 4 januari 1991, nr. 14449, NJ 1991, 608](#) en [HR 24 februari 2006, nr. C04/350, NJ 2007, 37](#)). Het hof heeft deze maatstaf (in rov. 4.4) ook vooropgesteld.

4.4 De gedachtegang van het hof, neergelegd in rov. 4.7, is - mede gelet op de door het hof instemmend aangehaalde passage uit het advies van prof. mr. J.H. Spoor - kennelijk deze geweest dat de omstandigheid dat Endstra de door hem verschafte informatie op zijn manier heeft verwoord, weliswaar meebrengt dat de gesprekken een door die wijze van verwoording bepaald ('daarmee samenhangend') eigen karakter hebben, maar dat voor de eigenschap dat zij ook het persoonlijk stempel van de maker dragen, vereist is dat zij het resultaat zijn van menselijk scheppen, waarbij creatieve keuzes zijn gemaakt. Om aan die eis te voldoen is naar het oordeel van het hof nodig dat het werk door de maker als een coherente creatie is geconcipieerd en door hem bewust in een bepaalde vorm(geving) is gegoten.

4.5.1 Het hof heeft aldus terecht de beide elementen van de aan te leggen maatstaf onderscheiden: dat het voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter moet bezitten, houdt, kort gezegd, in dat de vorm niet ontleend mag zijn aan die van een ander werk (vgl. art. 13 Aw). De eis dat het voortbrengsel het persoonlijk stempel van de maker moet dragen betekent dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en die aldus voortbrengsel is van de menselijke geest. Daarbuiten valt in elk geval al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt te aan te wijzen.

4.5.2 Het gaat hierbij evenwel om een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen. Daarom mag niet de eis worden gesteld dat de maker bewust een werk heeft willen scheppen en bewust creatieve keuzes heeft gemaakt, welke eis betrokkenen bovendien voor onoverkomelijke bewijsproblemen kan stellen. Om dezelfde reden kan niet worden geëist dat de maker bewust voor de vorm heeft gekozen die het werk heeft gekregen. Het in 4.5.1 overwogene brengt voorts mee dat een schepping, om een werk in auteursrechtelijke zin te kunnen zijn, niet het karakter van een coherente creatie behoeft te hebben.

Waar het hof in andere zin heeft overwogen geeft het bestreden arrest dus blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Hetgeen is beslist in [HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712](#) kan, anders dan het hof oordeelde, niet dienen ter ondersteuning van de bewustheidsseis, aangezien in de door het hof aangehaalde zinsnede tot uitdrukking is gebracht dat het (slechts) de vorm van de afzonderlijke door Van Gelder vervaardigde voorwerpen was, die voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking kwam, niet het 'bijzondere kunsteffect' daarvan. De bijzin 'die uiting is van datgene, wat den maker tot zijn arbeid heeft bewogen' bedoelde de voorafgaande term 'vormgeving' dus niet te beperken.

4.6 Het vorenstaande betekent dat de onderdelen I.2-I.5, die uitgaan van een andere lezing van 's hofs arrest dan hiervoor als de juiste is aangemerkt, bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie kunnen leiden, dat hetzelfde geldt voor de onderdelen I.11-12 - onderdelen met nummer I.9 en I.10 ontbreken - maar dat de onderdelen I.6 en I.7 slagen; onderdeel I.8 behoeft geen behandeling. Onderdeel I.1 mist zelfstandige betekenis. Onderdeel II is voorgesteld voor het geval geen van de onderdelen I tot cassatie leidt, zodat het geen behandeling behoeft.

Het hof waarnaar de zaak verwezen wordt, zal opnieuw moeten beoordelen of de achterbankgesprekken voortbrengenselen zijn die het persoonlijk stempel van Endstra als maker dragen, met inachtneming van hetgeen in dit arrest daaromtrent is overwogen.

5. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

5.1 Het middel in het incidentele beroep richt zich tegen de afwijzing in rov. 4.13 (zie hiervoor in 3.3 onder c) van de door Nieuw Amsterdam c.s. gemaakte aanspraak op een veroordeling van Endstra c.s. in de volledige proceskosten op de voet van art. 14 van de Handhavingsrichtlijn en tegen het in plaats daarvan begroten van de proceskosten conform 'het gebruikelijke liquidatietarief'.

5.2 Het klaagt in onderdeel 1, kort gezegd, (i) dat het hof miskend heeft dat de rechter ingevolge art. 237 lid 1 Rv. een kostenveroordeling behoort uit te spreken ook zonder dat daartoe een vordering of aanspraak is geformuleerd, (ii) dat het hof ingevolge art. 14 Handhavingsrichtlijn zonedig ambtshalve, en in elk geval gezien de conclusie van de memorie van antwoord en de toelichting daarop ter terechtzitting, art. 14 Handhavingsrichtlijn had behoren toe te passen, (iii) dat het, gelet op de evenbedoelde conclusie, voor de advocaat van de zonen Endstra duidelijk had moeten zijn dat door Nieuw Amsterdam c.s. toepassing van art. 14 Handhavingsrichtlijn beoogd werd, mede gelet op de aandacht die aan dit aspect van die richtlijn in literatuur en rechtspraak voordien al was besteed, (iv) dat noch Europese bepalingen, noch die van het Nederlandse procesrecht of de eisen van een goede procesorde voorschrijven dat een partij, naast het inroepen van het beoogde rechtsgevolg, ook de specifieke rechtsbron daarvoor zou moeten noemen, en (v) dat niet valt in te zien waarom de zonen Endstra rechtens onvoldoende gelegenheid zouden hebben gehad - zo nodig na een korte schorsing - inhoudelijk op de aanspraak van Nieuw Amsterdam c.s. te reageren. Onderdeel 2 gaat ervan uit dat de grond voor afwijzing door het hof niet alleen, dan wel zozeer, gelegen is geweest in het ontbreken van een (voldoende duidelijk) verzoek, maar met name in het eerst bij pleidooi presenteren van de kostenopgave en -specificatie. Het klaagt dat ook dan 's hofs oordeel onjuist dan wel ontoereikend gemotiveerd is, (i) omdat die opgave slechts twaalf tekstregels besloeg, (ii) het daarbij, gelet op de maatstaven van art. 14 Handhavingsrichtlijn voornamelijk om het aantal aan het appelverweer bestede uren en het daarvoor gehanteerde uurtarief ging, (iii) dat daarom niet valt in te

zien dat daarop van de advocaat van de zonen Endstra geen inhoudelijke reactie kon worden verwacht, zo nodig na een korte schorsing, en (iv) dat niets het hof belette voor de toepassing van art. 14 Handhavingsrichtlijn de zonen Endstra in de gelegenheid te stellen op korte termijn nog een akte terzake te nemen, zodat het hof daarmee, eventueel na een tussenarrest over de overige geschilpunten, alsnog rekening kon houden. Onderdeel 3 somt een aantal omstandigheden op die het in de onderdelen 1 en 2 betoogde volgens dit onderdeel nog klemmender maken.

5.3 Het hof heeft geoordeeld dat Nieuw Amsterdam c.s. met de conclusie in hun memorie van antwoord in appel, inhoudende dat aanspraak werd gemaakt op een veroordeling van de zonen Endstra in de kosten van het geding "de advocatenkosten van geïntimeerden daaronder begrepen" niet, althans onvoldoende duidelijk tot uitdrukking hebben gebracht dat zij vergoeding verlangden van proceskosten op de voet van art. 14 Handhavingsrichtlijn en dat het in strijd met een goede procesorde is om een zo onduidelijke vordering eerst aan het einde van het pleidooi in hoger beroep uitdrukkelijk te verwoorden en pas op dat moment een begroting van die kosten aan de wederpartij te overhandigen, waardoor deze zich daartegen niet voldoende heeft kunnen verweren.

5.4.1 Ten tijde van de uitspraak van het hof (8 februari 2007) was de uiterste implementatiedatum van de Handhavingsrichtlijn (29 april 2006) reeds verstreken, terwijl de wet tot implementatie van die richtlijn eerst nadien (op 1 mei 2007) in werking is getreden. Het hof diende daarom de Nederlandse voorschriften inzake de proceskosten zoveel mogelijk richtlijnconform uit te leggen.

Hoewel art. 14 Handhavingsrichtlijn niet met zoveel woorden bepaalt dat voor toeschatting van de volledige proceskosten sprake moet zijn van een daartoe strekkende vordering, aanspraak of verzoek - in tegenstelling tot het bij de implementatiewet ingevoerde art. 1019h Rv., dat bepaalt dat die kosten 'desgevorderd' worden toegewezen - moet worden aangenomen dat die eis ook in art. 14 Handhavingsrichtlijn besloten ligt. Zonder dat de betrokken partij op enigerlei wijze aanspraak maakt op vergoeding van de volledige proceskosten die art. 14 Handhavingsrichtlijn de in het gelijk te stellen partij in het vooruitzicht stelt, en daarvan een gespecificeerde opgave doet, is de rechter immers niet in staat een daartoe strekkende veroordeling uit te spreken. Vergoeding van volledige proceskosten op de voet van art. 14 Handhavingsrichtlijn dient daarom te worden gevorderd, en de gevorderde kosten dienen zo tijdig opgegeven en gespecificeerd te worden dat de wederpartij zich daartegen naar behoren kan verweren. Dat verweer kan zich toespitsen niet slechts op het aantal in rekening te brengen uren van de behandelend advocaat en het daarop toe te passen uurtarief, maar ook op de vraag of die kosten 'redelijk en evenredig' zijn en of de billijkheid zich wellicht tegen die vergoeding verzet, alsmede, indien in het geding ook andere vorderingen dan ter handhaving van intellectuele-eigendomsrechten zijn

ingesteld - zoals ook in het onderhavige geval - op de vraag welk gedeelte van de in rekening gebrachte kosten op die handhaving betrekking heeft.

5.4.2 Het hof kon derhalve zonder schending van enige rechtsregel oordelen dat de eerst aan het slot van het pleidooi verstrekte verduidelijking van de vordering en presentatie van de begroting van de kosten zo laat kwam dat de zonen Endstra zich daartegen niet meer voldoende hebben kunnen verweren. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk. Daaraan doet niet af dat de advocaat van de zonen Endstra uit de meerbedoelde zinsnede in de memorie van antwoord mogelijk heeft kunnen opmaken dat Nieuw Amsterdam c.s. op vergoeding van proceskosten op de voet van art. 14 Handhavingsrichtlijn aanspraak maakten. Bij deze stand van zaken behoefde het hof zijn beslissing omtrent de proceskosten niet aan te houden totdat de zonen Endstra alsnog op de overgelegde cijfers behoorlijk hadden kunnen reageren. Op dit een en ander stuiten alle klachten van het middel, voor zover zij geen feitelijke grondslag missen, af.

6. In het principale en het incidentele beroep

Als de in het ongelijk gestelde partij dienen Nieuw Amsterdam c.s. zowel in het principale als in het incidentele beroep te worden verwezen in de proceskosten. Nu partijen overeenstemming hebben bereikt over de terzake toe te schatten kosten, zal dienovereenkomstig worden beslist.

7. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 8 februari 2007;

verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Nieuw Amsterdam c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de zonen Endstra begroot op € 371,34 aan verschotten en €20.000,- voor salaris;

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Nieuw Amsterdam c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de zonen Endstra begroot op €71,34 aan verschotten en €5.000,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president D.H. Beukenhorst als voorzitter en de raadsheren O. de Savornin Lohman, E.J. Numann, A. Hammerstein en F.B. Bakels, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 30 mei 2008.

Conclusie Advocaat-Generaal Verkade

(...)

Inhoudsopgave

1. Inleiding
2. Feiten
3. Procesverloop
4. Inleidende beschouwingen over de 'werktoets'
- 4.A. Inzet van het principale cassatiemiddel

(4.3. Beredeneerde opgave van de verdere inhoud van deze conclusie)

4.B. Gesprekken als zodanig niet van auteursrecht uitgesloten

4.C. Jurisprudentie van de Hoge Raad in verband met de werktoets

4.D. Voorlopige bevindingen

4.E. Overgelegde opinies van partijdeskundigen en gepubliceerde commentaren op de uitspraken in feitelijke instanties

5. Bespreking van het principale cassatieberoep

6. Bespreking van het incidentele cassatieberoep

7. Proceskosten in cassatie

8. Conclusie

1. Inleiding

1.1. Eisers worden hierna tezamen aangeduid als de zonen Endstra, verweerders tezamen als Nieuw Amsterdam c.s. en afzonderlijk als Nieuw Amsterdam, Middelburg en Vugts.

1.2. In 2003-2004 heeft de vastgoedhandelaar W. Endstra in het geheim een vijftiental gesprekken gevoerd met politieambtenaren. Deze gesprekken, die merendeels in een rondrijdende auto plaats hadden en waarvan geluidsopnamen werden gemaakt, staan bekend als 'de achterbankgesprekken'.(1)

W. Endstra is op 17 mei 2004 doodgeschoten.

1.3. Deze procedure heeft betrekking op de uitgave door Nieuw Amsterdam, in 2006 van een boek getiteld 'De Endstra-tapes', waarin de achterbankgesprekken zijn weergegeven. De zonen Endstra vroegen hiertegen een verbod op (onder meer) auteursrechtelijke gronden.

1.4. Evenals de rechtbank heeft het hof de vordering van de zonen afgewezen. Het hof overwoog daartoe, kort gezegd, dat aan de achterbankgesprekken, waarin Endstra de door hem op basis van vragen van rechters verschaftte informatie op zijn manier heeft verwoord, weliswaar een daarmee samenhangend eigen karakter en een persoonlijk stempel niet kan worden ontzegd, maar dat niet voldaan was aan het vereiste dat het werk het resultaat moet zijn van menselijk scheppen, omdat daarvoor nodig is dat het werk door zijn maker als coherente creatie is geconcipieerd, en in de achterbankgesprekken niet tot uiting komt dat Endstra er bewust voor heeft gekozen zijn verhaal in deze vormgeving te gieten.

1.5. Het principale cassatiemiddel dan de zonen Endstra keert zich met name tegen de hiervoor geursiveerde strofen, nu het hof daarin een eis zou hebben gesteld die het Nederlandse auteursrecht niet kent. Ik meen dat dit middel slaagt.

1.6. Het incidentele middel heeft betrekking op de proceskosten in hoger beroep. Nieuw Amsterdam c.s. hadden het hof kostenveroordeling, inclusief advocaatkosten, op de voet van art. 14 van Richtlijn 200/48/EG (handhaving van intellectuele eigendomsrechten) gevraagd, maar kregen die niet. M.i. faalt dit middel.

1.7. De conclusie geeft nog afzonderlijke aandacht aan de kostenveroordeling in cassatie, waarbij de vraag is of die proceskosten op de voet van Richtlijn 200/48/EG dienen te worden begroot. Ik meen dat die kwestie in

aanmerking komt voor prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EG.

2. Feiten(2)

2.1. De zonen Endstra zijn (meerderjarige) kinderen van wijlen de vastgoedhandelaar W. Endstra (hierna: Endstra).

2.2. In de periode van 20 maart 2003 tot 28 januari 2004 heeft Endstra in het geheim een vijftiental gesprekken gevoerd met drie ambtenaren van de Criminele Inlichtingen Eenheid (hierna: C.I.E.) van de Amsterdamse politie.

2.3. De eerste veertien gesprekken vonden plaats in een rondrijdende auto van de C.I.E., het laatste gesprek was een telefoongesprek.

2.4. Op 17 mei 2004 is Endstra in Amsterdam op straat doodgeschoten.

2.5. Van de gesprekken (hierna ook: 'de achterbankgesprekken') zijn geluidsopnamen gemaakt. De C.I.E. heeft deze opnamen uitgewerkt als volgt: van gesprek 1 en gesprekken 11 tot en met 14 werd een weergave van de inhoud (samenvatting) op papier gezet; van gesprekken 2 tot en met 10 werd een letterlijke weergave (transcript) op papier gezet; en van gesprek 15 (het telefoongesprek) werd gedeeltelijk een letterlijke weergave en gedeeltelijk een samenvatting op papier gezet.

2.6. De uitwerkingen van de gesprekken zijn op 13 september 2004 door de C.I.E. ter beschikking gesteld aan de Nationale Recherche, die daarvan op 25 januari 2006 een proces-verbaal (hierna: het PV) heeft opgemaakt.

2.7. Op 30 januari 2006 heeft de Nationale Recherche 14 verdachten, waaronder Willem H., aangehouden op verdenking van, kort gezegd, afpersing van vastgoedhandelaren als Endstra.

2.8. Middelburg en Vugts hebben de beschikking gekregen over een kopie van het PV en hiervan melding gemaakt in artikelen in het Parool van 20 maart, 25 maart en 13 april 2006. Ook in andere media zijn artikelen verschenen over het PV.

2.9. Op 2 mei 2006 heeft de Uitgeverij Nieuw Amsterdam BV het boek 'De Endstra-tapes' van Middelburg en Vugts uitgegeven. Het boek bevat een inleiding van 14 pagina's van Middelburg en Vugts, de schriftelijke uitwerking van de transcripten - met een enkele bewerking door het weglaten van teveel 'eeh's', puntjes en bepaalde persoonlijke gegevens, alsmede op enkele plaatsen een korte toelichting tussen vierkante haakjes -, een herschreven versie van de gesprekken 1 en 11 tot en met 14, alsmede een nawoord van 5 pagina's.

3. Procesverloop

3.1. Bij dagvaarding van 4 mei 2006 hebben de zonen Endstra Nieuw Amsterdam c.s. in kort geding gedagvaard.

3.2. Ter terechtzitting van 8 mei 2006 hebben de zonen Endstra overeenkomstig de dagvaarding - samengevat - gevorderd Nieuw Amsterdam c.s. te bevelen om binnen 24 uur na betekening van het vonnis alle door Nieuw Amsterdam uitgegeven boeken onder de naam 'De Endstra-tapes' uit de handel te halen, hen te bevelen alle teruggenomen en in voorraad zijnde boeken binnen

twee dagen na voldoening van het hierboven genoemde bevel te vernietigen onder gelijkwaardige toezending van bewijsstukken, die daarop betrekking hebben en hen te verbieden om de integrale gesprekken opnieuw op deze wijze in boekvorm uit te brengen of tot druk over te gaan, alles op straffe van een dwangsom van € 1.000.000 per dag, en met veroordeling van gedaagden in de proceskosten.

3.3. Nieuw Amsterdam c.s. voerden gemotiveerd verweer.

3.4. Bij vonnis van 11 mei 2006(3) weigerde de voorzieningenrechter de gevraagde voorzieningen. Zij oordeelde, na een algemene uiteenzetting in rov. 5, in rov. 6 dat op de gesprekken geen auteursrecht rust:

'5. Uitgangspunt in deze zaak is dat ingevolge artikel 10 Aw een werk van letterkunde, wetenschap of kunst dat een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt, auteursrechtelijk wordt beschermd.

et auteursrecht beschermt de geestelijke schepping, die in een vorm tot uiting is gekomen. De aan die geestelijke schepping gestelde vereisten zijn laag, doch er is een drempel en niet elk werk is auteursrechtelijk beschermd. Het enkele feit dat iemand in een gesprek op een bepaalde manier spreekt verleent hem nog geen auteursrecht op dat gesprek. Een gewoon gesprek is doorgaans geen werk, dat auteursrechtelijk beschermd wordt. Voor auteursrecht op een gesprek is nodig dat voor de vorm van dat gesprek creatieve keuzes worden gemaakt.

6. Allereerst dient derhalve te worden vastgesteld of er auteursrecht op de gesprekken van Endstra rust. Het boek "De Endstra-tapes" is gebaseerd op gesprekken die Endstra, op de achterbank van een auto van de C.I.E., heeft gevoerd met medewerkers van de C.I.E. Partijen zijn het erover eens dat de gesprekken werden gevoerd met een man die in doodsnood verkeerde en bescherming zocht bij de politie. De gesprekken werden gevoerd met als doel om justitie informatie te verschaffen, teneinde te kunnen optreden tegen de afpersing van Endstra door W.H. c.s. Het doel van de gesprekken was dan ook niet het vormgeven van een verhaal. De gesprekken die Endstra met de onderzoekers van de C.I.E. heeft gevoerd zijn aan te merken als zakelijke informatieoverdracht, waarbij Endstra weliswaar op eigen wijze heeft gesproken in een soort vraag- en antwoordmodel, hij heeft hierbij echter voor de vorm van het gesprek geen creatieve keuzes gemaakt. In de wijze waarop Endstra zijn verhaal heeft verteld komt immers niet tot uiting dat hij bewust een geestelijke creatie wilde scheppen door zijn verhaal een bepaalde vorm te geven. Er kan dan ook niet vanuit worden gegaan dat Endstra er bewust voor heeft gekozen zijn verhaal op deze manier, in deze vorm en in deze specifieke omgeving te doen. Niet aannemelijk is geworden, dat het feit dat de gesprekken ter bescherming van Endstra voornamelijk op de achterbank van een auto van de C.I.E. zijn gevoerd, van invloed is geweest op de wijze waarop Endstra zijn verhaal heeft verteld.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat op de zogenaamde "achterbankgesprekken" geen auteursrecht rust. Dat betekent dat met de uitwerking van de gesprekken in het PV en de publicatie hiervan in "De Endstra-tapes" geen auteursrecht van Endstra en daarmee van de zonen is geschonden.'

3.5. De zonen Endstra zijn in (spoed-)appèl gegaan tegen dit vonnis. Zij hebben drie grieven voorgesteld, hun eis gewijzigd en geconcludeerd, zakelijk samengevat, dat het hof alsnog Nieuw Amsterdam c.s. zal verbieden (a) het boek 'De Endstra-tapes' nog langer te verkopen en in de handel te brengen en (b) de integrale gesprekken opnieuw in boekvorm uit te brengen of tot herdruk over te gaan dan wel op een andere wijze openbaar te maken en/of te veeleelvoudigen, met veroordeling van Nieuw Amsterdam c.s. in de kosten van het geding in beide instanties.

3.6. Nieuw Amsterdam c.s. hebben de grieven bestreden en geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen met veroordeling van de zonen Endstra in de kosten van het geding, daaronder begrepen de advocatenkosten van Nieuw Amsterdam c.s.

3.7. Partijen hebben de zaak doen bepleiten op 29 november 2006. Van de zitting is proces-verbaal opgemaakt.

3.8. Bij arrest van 8 februari 2007(4) bekrachtigde het hof het vonnis van de voorzieningenrechter. Ook het hof was van oordeel dat geen sprake is van een auteursrechtelijk beschermd werk, onder meer omdat Endstra niet bewust een geestelijke creatie wilde scheppen. Het hof overwoog, voor zover ten deze van belang:

'4.4. Bij de beoordeling stelt het hof voorop dat voor het bestaan van auteursrecht vereist is, dat sprake is van een werk in de zin van de Auteurswet 1912 (Aw). Als zodanig kan ingevolge art. 10, lid 1 aanhef en slot, Aw worden aangemerkt ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze of in welke vorm ook tot uitdrukking gebracht. Om als werk beschermd te kunnen zijn dient dat voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter te hebben en het persoonlijk stempel van de maker te dragen.

4.5. De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat op de achterbankgesprekken geen auteursrecht rust. Dartoel is in het vonnis overwogen, kort samengevat, dat de gesprekken zijn aan te merken als zakelijke informatieoverdracht en niet ten doel hadden het vormgeven van een verhaal, en voorts dat Endstra wel op eigen wijze heeft gesproken in een soort vraag- en antwoordmodel maar dat hij voor de vorm van het gesprek geen creatieve keuzes heeft gemaakt en dat in de wijze waarop hij zijn verhaal heeft verteld niet tot uiting komt dat hij bewust een geestelijke creatie wilde scheppen. Met de eerste grief bestrijden de zonen Endstra deze overwegingen van de voorzieningenrechter.

4.6. Volgens de zonen Endstra voldoen de gesprekken wel degelijk aan de eigen-karakter-eis. Zij voeren aan dat Endstra er bewust voor heeft gekozen om bepaalde informatie wel en andere informatie niet aan de rechters van de CIE te verstrekken, dat hij aldus een selectie heeft gemaakt en het geheel in zijn eigen woorden heeft verteld. Het is menselijkerwijs uitgeslo-

ten dat een ander op dezelfde wijze hetzelfde "werk" zou hebben gemaakt, zo voeren zij aan. Volgens de zonen Endstra heeft de voorzieningenrechter ten onrechte de eis gesteld dat de gemaakte keuzes ieder afzonderlijk creatief moeten zijn en heeft zij bovendien ten onrechte (beslissende) betekenis toegekend aan het doel van de gesprekken. Het auteursrecht stelt echter geen "bewustheidseis", ook onbewust kan een geestelijke creatie en daarmee een auteursrechtelijk werk tot stand worden gebracht, aldus de zonen Endstra.

4.7. Het hof volgt de zonen Endstra hierin niet en sluit zich aan bij het oordeel van de voorzieningenrechter. Het moge zo zijn dat aan de achterbankgesprekken, waarin Endstra de door hem op vragen van de rechters verschaft informatie op zijn manier heeft verwoord, een daarmee samenhangend eigen karakter en een persoonlijk stempel niet kan worden ontzegd, dit betekent nog niet dat er een auteursrechtelijk werk is ontstaan. Het vereiste van een persoonlijk stempel drukt immers ook uit, dat het werk het resultaat moet zijn van menselijk scheppen. Het hof onderschrijft de door Nieuw Amsterdam c.s. in het geding gebrachte opinie van prof. mr. J.H. Spoor, waar deze stelt: "Uit het feit dat een werk een eigen karakter moet hebben om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen mag niet omgekeerd worden afgeleid dat, als iets maar een eigen karakter heeft, er dan ook sprake is van een auteursrechtelijk beschermd werk."

zoals de voorzieningenrechter terecht heeft overwogen, zijn de vereisten die voor auteursrechtelijke bescherming van een vormgegeven geestelijke schepping gelden laag, maar niettemin is er een drempel. Om van een werk in auteursrechtelijke zin te kunnen spreken moet, zoals uit de meergenoemde criteria voortvloeit, dat werk door zijn maker als coherente creatie zijn gecompieerd. Het werk moet het resultaat zijn van enige, hoe gering dan ook, scheppende activiteit van de maker. Die eis kan ook worden afgeleid uit het nog steeds maatgevende standaardarrest uit 1946 waarin de Hoge Raad heeft uitgemaakt "dat alleen de vormgeving, die de uiting is van datgene, wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen, de bescherming van het auteursrecht geniet" (HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712, Van Gelder/Van Rijn). Het is dan ook evenzeer terecht dat de voorzieningenrechter, wiens oordeel het hof overneemt, van belang heeft geacht dat niet blijkt dat door Endstra creatieve keuzes zijn gemaakt voor de vorm van de achterbankgesprekken en evenmin dat hij bewust een geestelijke creatie wilde scheppen. De als transcript weergegeven gesprekken vertonen veeleer het beeld van een spontaan uit de mond gerolde zakelijke informatieoverdracht door Endstra in antwoord op aan hem gestelde vragen. Hoewel Endstra ook wel zal hebben nagedacht over wat hij wel en niet tegenover de rechters wilde loslaten en daarbij selectief te werk zal zijn gegaan, komt bepaald niet tot uiting dat hij er bewust voor heeft gekozen zijn verhaal in deze vormgeving te gieten. De voorzieningenrechter is dan ook terecht en volgens de juiste maatstaf tot het oordeel gekomen, dat op de achterbankgesprekken geen auteursrecht rust en dat met de uitwerking van de

gesprekken in het PV en de publicatie hiervan in het litigieuze boek geen auteursrecht van (de erfgenamen van) Endstra is geschonden. Grief 1 faalt derhalve.'

3.9. Het hof verwees de zonen Endstra in de kosten van het geding in hoger beroep, doch begrootte die - anders dan door Nieuw Amsterdam c.s. verlangd - op de gebruikelijke wijze (liquidatietarief). Ik kom daarop terug bij de bespreking van het incidentele cassatiemiddel.

3.10. Tegen dit arrest hebben de zonen Endstra tijdig en regelmatig cassatieberoep ingesteld(5) en tevens geconcludeerd tot veroordeling van Nieuw Amsterdam c.s. - samengevat - op de voet van art. 1019h Rv, dan wel op de voet van art. 237 Rv in verbinding met art. 14 Richtlijn 2004/84/EG, in de kosten van het beroep. Zij hebben versnelde behandeling verzocht.(6)

3.11. Nieuw Amsterdam c.s. hebben het beroep tegen gesproken en incidenteel cassatieberoep ingesteld (alleen) voor wat betreft de beperking van de kostenveroordeling tot het zgn. liquidatietarief, met zodanige nadere voorziening als de Hoge Raad juist zal achten, mede ten aanzien van de kosten van het incidentele cassatieberoep, zulks met inachtneming van art. 1019h Rv en/of art. 14 van Richtlijn 2004/84/EG.

3.12. De zonen Endstra hebben geconcludeerd tot verwerping van dat beroep en tevens tot veroordeling van Nieuw Amsterdam c.s. - samengevat - op de voet van art. 1019h Rv, dan wel op de voet van art. 237 Rv in verbinding met art. 14 Richtlijn 2004/84/EG, in de kosten van het incidentele beroep.

3.13. Partijen hebben hun standpunten op 21 november 2007 mondeling doen toelichten, met re- en dupliek. Partijen hebben over en weer specificaties van de gemaakte advocatenkosten overgelegd. Zij hebben blijkens overgelegde brieven van 14 respectievelijk 16 november 2007 afgesproken de verlangde advocatenkosten voor de cassatieprocedure over en weer te beperken tot € 20.000 in het principale beroep en € 5.000 in het incidentele beroep.

4. Inleidende beschouwingen over de 'werktoets'

4.A. Inzet van het principale cassatiemiddel

4.1. Zoals in de inleiding reeds aangegeven, klaagt het principale cassatiemiddel over het aanleggen van een toets (het werk moet door zijn maker als coherente creatie zijn geconcipieerd, resp. in het werk moet tot uiting komen dat de maker er bewust voor gekozen heeft zijn verhaal in deze vormgeving te gieten), die het Nederlandse auteursrecht niet kent.

4.2. Het middel, evenals het verweer daartegen, stellen op (deels) principiële wijze de vraag waaraan een voortbrengsel moet voldoen om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen (kort gezegd 'de werktoets'). Die (deels) principiële discussie is ook in de feitelijke instanties reeds gevoerd.

Hoewel de Hoge Raad bij een bepaalde lezing van 's hofs arrest (zie hierna nr. 5.4) het principale cassatiemiddel op eenvoudige wijze zou kunnen verwerpen, meen ik dat die lezing niet voldoende waarschijnlijk is, of te zeer voorbij gaat aan door de zonen Endstra naar voren gebrachte (essentiële) stellingen. Ook overigens meen ik dat het debat tussen partijen een nogal diep

gravende conclusie verdient, evenals de inzet van het geschil.

4.3. De verdere opbouw van dit deel 4 van mijn conclusie is als volgt.

Aan de hand van enige summier jurisprudentie- en literatuurverwijzingen neem ik onder 4.B tot uitgangspunt dat gesprekken als zodanig niet van auteursrecht zijn uitgesloten, maar dat er wel een (of meer) drempeleis(en) gelden. Dit chapter kan relatief kort zijn omdat, als ik goed zie, partijen dáárover (terecht) niet verdeeld zijn. Zij zijn daarentegen ernstig verdeeld over de inhoud van de te stellen drempeleis(en).

De partijen zijn in dat verband mede verdeeld over de inhoud en uitleg van een aantal arresten van de Hoge Raad. Hoewel ik die arresten vroeger meer dan eens heb bestudeerd, en daarvan bij eerdere gelegenheden naar vermogen verslag heb gedaan(7), meende ik om meer dan één reden er goed aan te doen deze arresten nog eens te bestuderen, en daarvan in deze conclusie onder 4.C te rapporteren.

Partijen zijn, niet verbazend, óók verdeeld over de vraag aan welke uitlatingen in de rechtsgeleerde literatuur meer gewicht toekomt dan aan andere uitlatingen in die literatuur, als zij al niet verdeeld zijn in hun uitleg van diverse literatuurplaatsen. Teneinde vermijdbare doublures tegen te gaan, heb ik evenwel afgezien van een afzonderlijk chapter 'literatuur', en neem ik die literatuur mee onder 4.E, de bespreking van de in deze zaak overgelegde adviezen van hoogleraren en de gepubliceerde annotaties (waarover dadelijk meer).

Alvorens daartoe over te gaan, permitteer ik mij onder 4.D om op basis van par. 4.B en 4.C mijn eigen voorlopige bevindingen ten aanzien van auteursrechtelijke bescherming op papier te zetten. In een nader evaluierend commentaar geef in nrs. 4.22-4.23.10 aan wat m.i. wél en níét gelezen kan worden in de eerder besproken tien arresten van de Hoge Raad. In nr. 4.24 e.v. probeer ik nadere gezichtspunten te ontwikkelen aan de hand van de zgn. 'vergelijkingsmethode' uit Wiarda's Drie typen van rechtsvinding(8): vergelijking met verwante gevallen ten aanzien waarvan geen of minder twijfel over de (niet)-beschermbaarheid behoeft te bestaan.

Zoals gezegd zijn in deze zaak door partijen over en weer adviezen van (auteursrecht)-hoogleraren overgelegd. Het gaat om liefst zes adviezen van vier professoren. Daarnaast heeft het vonnis van de voorzieningenrechter één, en het arrest van het hof drie annotaties van auteursrecht deskundigen opgeleverd. Uiteraard was ik benieuwd waarom in dit materiaal (met name de adviezen over en weer) zo veel tegenspraak besloten kan liggen, en ik veronderstel dat de Hoge Raad daarin eveneens geïnteresseerd is. In de adviezen en annotaties wordt, begrijpelijkerwijs, ampel beroep gedaan op (jurisprudentie en) literatuurplaatsen. Onder 4.E bespreek ik de adviezen en annotaties, en ik neem daarin de (omstreden) literatuurplaatsen mee. Bij deze werkwijze kan ik soms, wederom ter voorkoming van vermijdbare doublures, de volgens mij niet juiste visie van de ene adviseur of annotator verwerpen door

eenvoudig te verwijzen naar de mijns inziens wel juiste (gemotiveerde) visie van een andere adviseur of annotator.

Na dat alles kan onder 5 de bespreking van het principale cassatiemiddel volgen.

Onder 6 volgt de bespreking van het op een heel ander onderwerp betrekking hebbende incidentele cassatiemiddel. Onder 7 ga ik in op de proceskosten in cassatie.

4.B. Gesprekken als zodanig niet van auteursrecht uitgesloten

4.4. Het wettelijk vertrekpunt voor vatbaarheid voor auteursrechtelijke bescherming is art. 1 Auteurswet (Aw), sprekende over 'een werk van letterkunde, wetenschap of kunst'. Artikel 1 is ten deze uitgewerkt in art. 10 Aw, dat een niet limitatieve opsomming geeft van beschermbare werksoorten. Dat die opsomming niet limitatief is, blijkt uit de slotstrofe: '...en in het algemeen ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze of in welken vorm het ook tot uitdrukking gebracht zij'.

4.5. Algemeen onderkend - en in cassatie onomstreden - is dat het auteursrecht voor bescherming niet een (voorafgaande) stoffelijke vastlegging vereist.⁽⁹⁾ Dat blijkt al uit de geciteerde slotstrofe van art. 10 lid 1 Aw. En art. 10, lid 1, onder 3o noemt met zoveel woorden, als voorbeeld: 'mondelijke voordrachten'.

4.6. Hoewel het 'moderne auteursrecht'⁽¹⁰⁾ in de tweede helft van de 19e eeuw (met succes) bevochten is door gerenommeerde literatoren, wetenschappers en kunstenaars, wordt al generaties lang algemeen onderkend - en is in cassatie onomstreden - dat de Auteurswet 'letterkunde, wetenschap of kunst' juist niet met een grote L, W en K schrijft. Evenzo is het al lang communis opinio dat deze drie 'formele' categorieën (zeer) ruim mogen/moeten worden uitgelegd, zo ruim zelfs dat het slechts gaat om zintuiglijke waarneembaarheid⁽¹¹⁾, althans waarneembaarheid via oog of oor⁽¹²⁾.

4.7. Dat (dus ook) gesprekken voorwerp van auteursrecht kunnen zijn, vloeit voort uit het bovenstaande, en is in cassatie eveneens een niet werkelijk omstreden uitgangspunt.

4.8. Al indiceert het bovenstaande, naast het ruime werkendomein, een lage drempel voor concrete objecten binnen dat domein, toch is nog niet iedere menselijke uiting een werk: een in cassatie evenmin omstreden uitgangspunt. Er blijft een (lage) kwalitatieve drempel.

4.9. De kwalitatieve drempel (of: drempelen) voor een auteursrechtelijk beschermbaar 'werk' is (zijn) niet of nauwelijks in de Auteurswet te vinden.⁽¹³⁾ Wat als 'werktoets' zou moeten gelden, is in de doctrine ontwikkeld. Wat geldt, is in rechtspraak van de Hoge Raad neergelegd.

4.10. Hoewel het auteursrecht vanaf 1886 enige 'zachte' harmoniserende invloed van de Berner Conventie heeft ondergaan, gaat het om nationaal recht, voor zover onderdelen ervan sinds 1991 niet 'hard' EU-geharmoniseerd zijn.

Ik merk op dat het onderwerp van het principale cassatiemiddel, de vatbaarheid voor auteursrecht van

objecten in het algemeen (en dus ook: 'achterbankgesprekken') nog niet communautair geharmoniseerd is. Eventuele prejudiciële vraagstelling aan het HvJ EG is ten deze dus niet aan de orde.

4.C. Jurisprudentie van de Hoge Raad in verband met de werktoets

4.11. Zoals in nr. 4.9 gezegd, is het geldend recht ten aanzien van 'de werktoets' in rechtspraak van de Hoge Raad neergelegd.

Met het oog op de conclusie in deze zaak over de 'achterbankgesprekken' heb ik die jurisprudentie van de Hoge Raad (tien arresten) nogmaals bestudeerd⁽¹⁴⁾. Ik doe daarvan onderstaand (chronologisch ingedeeld) verslag, waarbij ik mede let op (i) het object in kwestie, (ii) de bevinding van het hof; en (iii) de door de Hoge Raad aan de feitenrechter gelaten ruimte.

Een nader evaluerend commentaar op deze jurisprudentie volgt in nrs. 4.22-4.23.10.

4.12. In HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712 (Van Gelder/Van Rijn), een zaak over beweerdelijk inbreukmakende kunstnijverheidsvoorwerpen, overwoog de Hoge Raad:

'dat alleen de vormgeving, die de uiting is van datgene, wat den maker tot zijn arbeid heeft bewogen, de bescherming van het auteursrecht geniet;

dat het Hof, vaststellende dat - buiten de algemeene gelijkenis, die voorwerpen welke tot eenzelfde gebruik bestemd zijn, uit den aard der zaak vertoonen - er van een gelijkenis in uiterlijken verschijningsvorm tusschen de betrokken kunstnijverheidsvoorwerpen geen sprake is, terecht heeft beslist dat er niet is nabootsing;

dat zonder deze gelijkenis het bezigen van hetzelfde materiaal, het bewerken daarvan volgens eenzelfde, een bepaald artistiek effect opleverende methode, het volgen van den stijl nog niet meebrengen, dat nabootsing van het werk in gewijzigden vorm, als vermeld in art. 13 van de Auteurswet, aanwezig is'.

In deze zaak stond de auteursrechtelijke bescherming van individuele kunstnijverheidsvoorwerpen van Van Gelder niet ter discussie. De zaak (en dus ook de aangehaalde overweging) had betrekking op de vraag of Van Rijn op die werken inbreuk maakte door (andere) kunstnijverheidsvoorwerpen te maken waarbij sprake was van (niet meer dan) gebruik van hetzelfde materiaal (nl: 'Oregon- of meer daartoe geschikt hout'), eenzelfde methode (nl.: branden en daarna met een stalen borstel uitborstelen van de voorwerpen, 'waardoor de nerven donker naar voren komen, terwijl het tusschenliggende hout lichter van kleur terugwijkt', en/of gebruik van aldus bewerkt hout, of aardewerk, in combinatie met touw). Volgens Van Gelder gaf dit reeds aan zijn werken 'een zoo bijzonder kunsteffect [...], dat zijn eigen stempel hierop ligt en ze terstond herkend worden als door hem ontworpen en vervaardigd'.

Het cassatieberoep tegen het arrest van het hof, dat de stellingen van Van Gelder had afgewezen, werd door de Hoge Raad met de boven aangehaalde overwegingen verworpen.

4.13. In HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355 m.nt. HB (Explicator), één van de zgn. radioprogramma-arresten,

is het begrip 'eigen of persoonlijk karakter' voor het eerst gebruikt. De Hoge Raad overwoog:

'dat blijkens tekst en geschiedenis van de Auteurswet 1912 de wetgever [...] auteursrechtelijke bescherming heeft toegekend ook aan andere geschriften dan de geschriften die, als vruchten van scheppende arbeid, een eigen of persoonlijk karakter dragen.'

De overweging diende om de objecten van de zgn. 'geschriftenbescherming' af te bakenen van de reguliere werken in auteursrechtelijke zin. De 'geschriftenbescherming' vormt een apart beschermingsregime dat om historische redenen deel uitmaakt van de Auteurswet, maar welk regime volgens door de Hoge Raad gegevens regels afwijkt van het 'gewone' auteursrecht.(15) In de onderhavige zaak zonen Endstra/Nieuw Amsterdam c.s. is door de zonen (terecht(16)) geen beroep op die geschriftenbescherming gedaan.

4.14. De zaak die leidde tot HR 5 januari 1979, NJ 1979, 339 m.nt. LWH (Heertje c.s./Hollebrand c.s.) ging over de vraag of het economieleerboek van Hollebrand c.s. inbreuk maakte op dat van Heertje c.s. De Hoge Raad overwoog:

'De beantwoording van de vraag waarvoor de rechter zich in een geding als het onderhavige gesteld ziet, is in hoge mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder ook van de aard van het beweerdelijk bewerkt of nagebootste werk. De waardering van de mate van eigen persoonlijk karakter dat zulk een werk in verband daarmee kan hebben en van de mate van nieuwheid en oorspronkelijkheid van het beweerdelijk inbreukmakende werk zal veelal van feitelijke aard zijn en zich aan een beoordeling in cassatie onttrekken.'

Het arrest van het hof, dat de gestelde inbreuk had afgewezen, bleef in stand.

4.15.1. In een arrest van 29 november 1985 (Screenoprints/Citroën)(17) legde de Hoge Raad aan het Benelux-Gerechtshof vragen van uitleg van een van de auteursrechtelijke bepalingen in de BTMW ('Benelux-Modellenwet') voor. De zaak betrof gepretendeerd auteursrecht op een autojaloezie, door Screenoprints ontworpen om gemonteerd te worden aan Citroën-auto's, en vervolgens door Citroën (zelf) nagemaakt.

Artikel 21 BTMW vereiste destijds 'een duidelijk kunstzinnig karakter' voor auteursrechtelijke bescherming van tekeningen of modellen in de zin van de BTMW. Het Amsterdamse hof had geoordeeld dat de autojaloezie van Screenoprints aan dát criterium niet voldeed.

In rov. 3.4 overwoog de Hoge Raad:

'3.4 Screenoprints heeft haar beroep op auteursrechtelijke bescherming gebaseerd op art. 10 lid 1 sub 10e (thans vernummerd tot 11e) Auteurswet. Deze wetsbepaling vermeldt "werken van toegepaste kunst en tekeningen en modellen van nijverheid" als behorende tot de werken van letterkunde, wetenschap of kunst, waarvan het uitsluitend recht tot openbaarmaking en verveelvoudiging krachtens art. 1 Auteurswet - behoudens beperkingen bij de wet gesteld - aan de maker toekomt. Daarbij moet men - naar algemeen wordt aangevaard - ervan uitgaan dat de zinsnede "tekeningen en

modellen van nijverheid" niet meer is dan een nadere aanduiding van werken die zijn begrepen onder de omschrijving "werken van toegepaste kunst".

De vraag welke maatstaf moet worden aangelegd bij het oordeel of er sprake is van een "werk van toegepaste kunst" in de zin van deze wetsbepaling, wordt in de Nederlandse rechtspraak en literatuur niet eenstemmig beantwoord. In een deel van de rechterlijke uitspraken en bij het merendeel van de schrijvers ziet men - zij het niet altijd in gelijklopende bewoordingen - als (genoegzaam) vereiste vermeld dat er sprake is van een werk met een eigen oorspronkelijk karakter, dat het persoonlijk stempel van de maker draagt (opvatting A); bij een enkele schrijver en in een aantal rechterlijke uitspraken wordt daarenboven de eis gesteld dat het werk "een zekere kunstwaarde" vertoont, hetgeen ook wel aldus wordt geformuleerd dat daarin "een zeker kunstzinnig streven van de maker" tot uitdrukking dient te komen (opvatting B). Algemeen wordt aangenomen dat ook bij opvatting B een betrekkelijk gering gehalte aan kunstwaarde genoeg is.'

De Hoge Raad vroeg vervolgens aan het Benelux-Gerechtshof welke eisen uit hoofde van art. 21 BTMW (oud) terzake van tekeningen en modellen aan het werk moeten worden gesteld. In de inleiding tot deze prejudiciële vraag hanteerde de Hoge Raad dus (voor de eerste keer), onder verwijzing naar literatuur, de formulering dat het werk een eigen, oorspronkelijk karakter én het persoonlijk stempel van de maker zou moeten dragen. Dat criterium is, zoals zal blijken, in latere arresten steeds teruggekeerd.

4.15.2. Efficiënte I.E.-juristen hebben gezocht naar een verkorte aanduiding van het door de HR in dit arrest geïntroduceerde criterium 'een eigen, oorspronkelijk karakter en het persoonlijk stempel van de maker'. Zo'n verkorte aanduiding is de eerder genoemde 'werktoets'. Meer en meer - ook in de gedingstukken in deze procedure - komt men óók tegen: 'EOK & PS'. In het vervolg van deze conclusie zal ook ik die afkorting wel gebruiken.

4.15.3. Bij arrest van 22 mei 1987(18) deed het Benelux-Gerechtshof uitspraak op de door de Hoge Raad gestelde vragen. In HR 15 januari 1988(19) geeft de Hoge Raad die beantwoording weer:

'1.2 Bij arrest van 22 mei 1987, A 85/3, heeft het Ben.GH, uitspraak doende op de door de HR in zijn genoemde arrest aan dit hof gestelde vragen, voor recht verklaard:

(40) Voor de in art. 21 BTMW bedoelde bescherming uit hoofde van de Auteurswet is vereist dat de tekening of het model kan worden aangemerkt als een werk - dat wil zeggen als een voortbrengsel met een eigen, oorspronkelijk karakter, dat het persoonlijk stempel(20) van de maker draagt - op het gebied van de (toegepaste) kunst.

(41) Daarbij geldt dat indien de tekening of het model valt aan te merken als een werk in de onder (40) bedoelde zin, ook is voldaan aan het vereiste dat sprake is van een voortbrengsel op het gebied van de (toegepaste) kunst, behoudens ingeval het eigen, oorspronkelijk

karakter enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect.

(42) Verdergaande vereisten druisen in tegen de door de verdragsluitende Staten ten aanzien van de vereisten voor de auteursrechtelijke bescherming van tekeningen en modellen aanvaarde gemeenschappelijke uitgangspunten.'

4.15.4. Het gerechtshof te Amsterdam bleek een te strenge maatstaf te hebben aangelegd, zodat vernietiging en verwijzing volgde.

4.16. In HR 1 juni 1990 (Kluwer/Lamoth)(21) ging het over de vraag wie auteur was van foto's van handwerken (voor een handwerkblad): de fotograaf en/of de redacteur of de zgn. 'stilist' die vooraf de door de fotograaf te fotograferen objecten rangschikt (de keuze en de compositie van het te fotograferen onderwerp bepaalt). Het hof zag (alleen) in de fotograaf een maker in auteursrechtelijke zin. In rov. 3.4 en 3.5 overwoog de Hoge Raad:

'3.4. Deze onderdelen klagen echter, in onderling verband, terecht erover dat het hof aldus blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Doordat het hof, zoals hiervoor is gebleken, bij de beantwoording van de vraag wie moet worden aangemerkt als maker van de onderwerpelijke fotografische werken, is uitgegaan van de hiervoor geanalyseerde, overwegend technische opvatting omtrent de samenhangende begrippen "fotografisch werk" en "maker van een fotografisch werk", heeft het vooreerst miskend dat de Auteurswet, zoals mede blijkt uit art. 6, strekt ter bescherming van het werk als geestelijke schepping, zodat voor de beantwoording van die vraag niet enkel beslissend kan zijn wie het stoffelijke voorwerp waarin deze schepping tot uitdrukking komt, heeft vervaardigd. En voorts dat ook bij totstandbrengen van een fotografisch werk de technische kant daarvan slechts een van de aspecten is van de daartoe noodzakelijke creatieve arbeid die, wil sprake kunnen zijn van een werk in de zin van de Auteurswet, moet leiden tot een voortbrengsel met een eigen, oorspronkelijk karakter, dat het persoonlijk stempel van de maker draagt: onder omstandigheden kan dat eigen karakter mede of in overwegende mate worden bepaald door de keuze en de compositie van het te fotograferen onderwerp, dat wil zeggen juist door het resultaat van dat onderdeel van het totstandbrengen van een foto dat het hof (naar hiervoor onder 3.3.1 is gebleken) samenvattend heeft aangeduid als "het rangschikken". 's Hofs oordeel dat ingeval de creatieve arbeid die bepalend is voor laatstbedoeld onderdeel van het totstandbrengen van een fotografisch werk, niet is verricht door degene die het fototoestel heeft gehanteerd, maar door een derde, deze derde niet (mede) als maker van dat werk kan worden aangemerkt, is derhalve in zijn algemeenheid onjuist en wordt door voormelde onderdelen terecht bestreden.

3.5. Aangenomen moet worden dat zowel 's hofs oordeel ten aanzien van de vraag of de onderhavige foto's voldoende eigen, oorspronkelijk karakter bezitten om als fotografisch werk te kunnen worden beschouwd (r.o. 5.7), als zijn verwerping van het primaire standpunt van Kluwer dat het aandeel van de hoofdredactrice

en/of de stylist in het totstandbrengen van de onderhavige fotografische werken zodanig was dat zij op de voet van art. 6 Auteurswet als de maker daarvan had te gelden (r.o. 5.8), mede zijn bepaald door en voortbouwen op zijn hiervoor onjuist bevonden, overwegend technische opvatting omtrent de samenhangende begrippen "fotografisch werk" en "maker van een fotografisch werk". Die oordelen worden daarom in zoverre door de onderdelen 2 en 3 van het middel in het principaal beroep terecht bestreden.'

De zaak werd verwezen.

4.17. HR 4 januari 1991 (Van Dale/Romme)(22) betrof de door het hof aangenomen auteursrechtelijke bescherming van de verzameling van ca. 230.000 trefwoorden (lemmata) in de 'grote Van Dale'. Romme had dat trefwoordenbestand (van 'A' tot 'zzzz') overgenomen in een computerprogramma, dat als hulpmiddel voor het oplossen van kruiswoordpuzzels was bedoeld. Ik citeer uit rov. 3.4:

'Wil een voortbrengsel kunnen worden beschouwd als een werk van letterkunde, wetenschap of kunst als bedoeld in art. 1 in verbinding met art. 10 Aw, vereist is dat het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het een persoonlijk stempel van de maker draagt.

Een verzameling van woorden die deel uitmaken van de Nederlandse taal, voldoet niet zonder meer aan dit vereiste. Op zich zelf is zulk een verzameling immers niet meer dan een hoeveelheid feitelijke gegevens die als zodanig voor auteursrechtelijke bescherming niet in aanmerking komt. Dat zou slechts anders zijn indien de verzameling het resultaat zou zijn van een selectie die een persoonlijke visie van de maker tot uitdrukking brengt.

Uit hetgeen het hof heeft overwogen valt niet op te maken dat het hier om zulk een selectie gaat'.

Er volgde vernietiging en verwijzing.(23)

4.18. In HR 29 juni 2001(24) was ten aanzien van een vijftal spellen (onder meer) aan de orde de vraag of deze aan de werktoets voldeden. De Hoge Raad sauveerde de oordelen van het hof over de auteursrechtelijke beschermbaarheid van spel materiaal, niettegenstaande de betrokkenheid daarvan op onbeschermde ideeën en niettegenstaande de simpelheid van het spel materiaal (met name bij: Jenga) of de technische bepaaldheid ervan (zoals bij: Vier op 'n rij). Aan de motivering door het hof werden geen hoge eisen gesteld.(25)

4.19. Uit HR 24 februari 2006 (Technip/Goossens)(26) zijn de rov. 3.4, 3.5 en 3.6.2 van belang. De zaak betrof de vatbaarheid voor auteursrecht van een kinetisch schema waarmee in de petrochemische industrie het productieproces van ethyleen en propyleen in een verzameling chemische reactievergelijkingen wordt weergegeven. Blijkens het arrest kan zo'n object binnen het werkbegrip vallen, voor zover de toevoer van gegevens in de reactievergelijkingen op subjectieve selectie beruiste. De Hoge Raad overwoog:

'3.4 [...] Het gaat om de vraag of het kinetisch schema kan gelden als "werk" in de zin van art. 10 lid 1, aanhef en slot, Auteurswet 1912: "... en in het algemeen ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, weten-

schap of kunst, op welke wijze of in welken vorm het ook tot uitdrukking zij gebracht". Daartoe is vereist dat het voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt (zie HR 4 januari 1991, nr. 14449, NJ 1991, 608).

3.5 Uit de door het hof gekozen bewoordingen moet, mede tegen de achtergrond van het partijdebat van partijen, die zich beiden op evengenoemd arrest hebben beroepen, worden afgeleid dat het hof de juiste maatstaf heeft toegepast. [...] [Met de] term "subjectieve beoordeling" [heeft het hof] kennelijk niets anders voor ogen gestaan dan het hiervoor bedoelde vereiste dat het werk, hier het kinetisch schema, een eigen, oorspronkelijk karakter dient te hebben en het persoonlijk stempel van de maker dient te dragen om als "werk" voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen. [...] Uit rov. 4.4-4.6 valt niet af te leiden dat het hof zou hebben miskend dat aan dit vereiste kan zijn voldaan indien de selectie ten behoeve van het kinetisch schema van een groot aantal chemische componenten en reacties uit een veel groter (schier oneindig) aantal van dergelijke componenten en reacties is gebaseerd op wetenschappelijke of technische kennis, inzicht of ervaring, terwijl de selectie betrekking heeft op objectieve wetenschappelijke gegevens en wetmatigheden en gericht is op doeleinden van wetenschappelijke of technische aard. Voorzover onderdeel 1c is gebaseerd op de opvatting dat het hof blijk had moeten geven van een onderzoek naar de vraag of het ondenkbaar is dat twee onafhankelijk van elkaar werkende (teams van) wetenschappers tot dezelfde selectie zouden zijn gekomen, faalt het, omdat het antwoord op die vraag slechts een van de gezichtspunten vormt, die bij de beoordeling in aanmerking kunnen komen.

3.6.1 Onderdeel 2 richt zich, voor het geval de onder 1 aangevoerde rechtsklachten falen, tegen rov. 4.4-4.6 met op die klachten voortbouwende motiveringsklachten. [...] De aldus samengevatte klachten, die zich voor gezamenlijke behandeling lenen, zijn terecht voorgesteld.

3.6.2 Hierbij is in de eerste plaats van belang dat de door het hof in rov. 4.5 weergegeven nadere verklaring van prof. Grievink, ook al houdt deze niet met zoveel woorden in dat de beoordeling van de maker van de selectie subjectief is, wel sterke aanwijzingen inhoudt dat bij de selectie de persoonlijke, onder meer op ervaring en analytisch vermogen berustende visie van de maker(s) van het kinetisch schema een belangrijke rol speelt, zodat het nadere, door het hof niet gegeven, motivering behoefde waarom dit schema niet een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het stempel van de maker(s) draagt. Onder deze omstandigheden mocht het hof niet volstaan met de overweging dat prof. Grievink niet heeft verklaard dat de beoordeling van de maker van de selectie subjectief is, en dat zulks in zijn verklaring ook niet besloten ligt.'

4.20. In HR 16 juni 2006 (Kecofa/Lancôme)(27) oordeelde de Hoge Raad dat een geur(combinatie) in aanmerking kan komen voor auteursrechtelijke bescherming. Daartoe werd overwogen:

'3.3.2 Bij de beoordeling van dit onderdeel wordt vooropgesteld dat daarin niet wordt bestreden dat een geur - waaronder hierna telkens begrepen: een geurcombinatie - in aanmerking kan komen voor auteursrechtelijke bescherming. Dat uitgangspunt is juist. De in art. 10 Aw, naast de niet-limitatieve opsomming van werksoorten, neergelegde omschrijving van wat als "werk" in de zin van die wet moet worden verstaan luidt algemeen en belet niet daaronder een geur te begrijpen. Dat brengt mee dat voor de vraag of een geur in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming beslissend is of het daarbij gaat om een voortbrengsel dat vatbaar is voor menselijke waarneming en of het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. Het werkbegrip van de Auteurswet vindt weliswaar zijn begrenzing waar het eigen, oorspronkelijk karakter enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect, maar nu bij een parfum van een louter technisch effect geen sprake is, belet ook deze laatste eis niet het toekennen van auteursrechtelijke bescherming aan de geur van een parfum. De omstandigheden dat de eigenschappen van het menselijk reukzintuig aan het vermogen tot het onderscheiden van geuren grenzen stellen en dat de mate waarin men afzonderlijke geuren kan onderscheiden van mens tot mens verschilt, doen aan het vorenstaande niet af [...].'

4.21. Ten slotte vermeld ik HR 8 september 2006 ([...]/[...] c.s.)(28) In deze zaak ging het om relatief eenvoudige vakantiehuizen, waaraan het hof auteursrechtelijke bescherming had ontzegd. De Hoge Raad casseerde, na te hebben overwogen:

'3.7 In zijn algemeenheid kan niet worden gezegd dat het door het hof bedoelde algemeen bekende feit in verband met dezelfde functionaliteitseisen waaraan veelal moet worden voldaan, de marges voor een origineel ontwerp voor een vakantiehuis uiterst gering maakt. Bovendien kan deze opvatting van het hof, anders dan het hof kennelijk meende, geen houvast bieden bij de beantwoording van de vraag of het ontwerp voor de Slotermeervilla's in voldoende mate oorspronkelijk is om auteursrechtelijk te worden beschermd. Door niettemin de bestreden opvatting tot uitgangspunt te nemen heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.'

4.D. Voorlopige bevindingen

4.22. Het verbaast natuurlijk niet dat ik in de hierboven besproken jurisprudentie van de Hoge Raad niet met zo veel woorden criteria heb aangetroffen luidend als de in cassatie bestreden criteria: dat het werk door zijn maker als coherente creatie moet zijn geconcipieerd (hierna ook: 'conceptie als coherente creatie' of 'CCC-eis'), resp. dat daarin tot uiting moet komen dat de maker er bewust voor heeft gekozen het voortbrengsel in deze vormgeving te gieten (hierna ook: 'bewuste vormgevings-eis' of 'BV-eis'; tezamen ook 'CCC & BV').

Ware het anders, dan zouden de desbetreffende klachten nu niet in cassatie voorliggen.

4.23. Mijn bevinding is evenwel dat ik - anders dan kennelijk het Amsterdamse hof in deze zaak - in de bestudeerde jurisprudentie ook geen aanknopingspunten

heb gevonden dat 'CCC & BV'-eisen gesteld zouden moeten worden, naast de bekende eis van het 'eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel (EOK & PS)', of dat 'CCC & BV'-eisen in het 'EOK & PS'- criterium besloten zouden liggen. Ik licht dit toe aan de hand van het volgende nadere commentaar op de hierboven weergegeven arresten.

4.23.1. Het arrest Van Gelder/Van Rijn leert niets over de mate van eigen karakter (of: niet-banaliteit) waaraan de voorwerpen van Van Gelder (de conclusie van A-G Wijnveldt rept over: 'kandelaars, lantaarns, schaaltes, jampotjes, enz.')

stuk voor stuk zouden moeten voldoen om voor auteursrecht in aanmerking te komen. Het leert slechts (hoe belangrijk dat op zichzelf ook is) dat het auteursrechtelijk vereiste eigen karakter op concrete objecten betrokken moet zijn, en dat een object het eigen karakter niet kan ontleen aan (een combinatie van) een karakteristiek materiaalgebruik, een karakteristieke bewerkingswijze, of het volgen van een stijl.

Geëxtrapoleerd naar de zaak van de Endstra-tapes zou dit arrest dus houvast geven, indien de zonen Endstra auteursrecht zouden inroepen voor bijv. het voeren van gesprekken met de karakteristiek dat die op de achterbank van een auto plaats hebben al dan niet in combinatie met de karakteristieken dat zij door een bedreigd persoon met politie-ambtenaren plaats vonden en/of dat zij afpersing tot onderwerp hebben. Dat zou (dus) van de hand gewezen moeten worden. Maar het Van Gelder/Van Rijn-arrest geeft geen houvast voor de beantwoording van de vraag welke mate van eigen oorspronkelijk karakter of persoonlijk stempel het concrete object, nl. de inhoud van de door Endstra gevoerde gesprekken zou moeten hebben. Aan de orde is immers niet, zoals mutatis mutandis in de zaak Van Gelder/Van Rijn het geval was, een actie van de ene toepasser van de (stijl-)vorm 'achterbankgesprekken' tegen een andere toepasser daarvan, met een andere inhoud. Aan de orde is de (letterlijke) weergave door Nieuw Amsterdam c.s. van de onderhavige, concrete achterbankgesprekken van Endstra.

4.23.2. Het Explicator-arrest bezigt wel de term (werken met een) 'eigen of persoonlijk karakter' (als 'vruchten van scheppende arbeid'), maar geeft daaraan geen nadere invulling of grensafbakening. Dat de (per zender en chronologisch gerangschikte) radioprogramma's van de omroepen 'welke zij wekelijks in hun officiële omroepgidsen publiceren' daaraan niet voldeden, was in die zaak niet omstreden.

4.23.3. In het arrest Heertje c.s./Hollebrand c.s. behoeft de Hoge Raad zich niet uit te spreken over de vraag óf aan het werk van Heertje c.s. eigen persoonlijk karakter toekwam. Dat was op zichzelf niet omstreden. Daarover leert het arrest dus niets. De waardering van de mate ervan stond wel ter discussie, gelet op de door Heertje c.s. gestelde te grote gelijkenissen in het werk van Hollebrand c.s. De Hoge Raad liet het oordeel daarover goedgevoeld aan de feitenrechter over.

In de zaak van de zonen Endstra/Nieuw Amsterdam c.s. is die (toegespitste) kwestie niet aan de orde: de gelijkenis (zo niet 'identiekheid') is gegeven.

4.23.4. De Screenoprints/Citroën-jurisprudentie van de Hoge Raad leert - evenals latere arresten - dat aan werken geen hogere eisen gesteld mogen worden dan 'een eigen oorspronkelijk karakter, dat het persoonlijk stempel van de maker draagt', maar geeft geen nadere invulling aan dat criterium.

(Afbeelding uit IER 1987, blz. 71)

Uit het arrest kan wél worden afgeleid dat de Hoge Raad een oordeel van de feitenrechter dat de autojaloezie in kwestie aan dát criterium voldeed (en dat dit eigen, oorspronkelijk karakter niet enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect), in stand zou laten (vgl. afbeelding).

4.23.5. Uit het Kluwer/Lamoth-arrest kan worden afgeleid dat de Hoge Raad een oordeel van de feitenrechter dat de keuze en de compositie van degene die een te fotograferen onderwerp (als aan de orde in die zaak) bepaalt/rangschikt aan het criterium van 'EOK & PS' voldoet, in stand zou laten.

(Afbeelding uit AMI 1991, blz. 12)

4.23.6. In het Van Dale/Romme-arrest - dat tot de huidige dag vrij algemeen beschouwd wordt als 'het standaardarrest van de Hoge Raad omtrent de werktoets' - heeft de Hoge Raad (op cassatieniveau) bepaald dat een verzameling van (230.000) woorden die deel uitmaken van de Nederlandse taal, niet zonder meer voldoet aan het vereiste van 'EOK & PS', en dat dit anders is indien de verzameling het resultaat is van een selectie die een persoonlijke visie van de maker tot uitdrukking brengt. Onderscheidend in de rechtsoverweging en bepalend voor de invulling van het 'EOK & PS' is dus: het tot uitdrukking brengen van een persoonlijke visie.

4.23.7 In het arrest over de Vijf spellen komt de terminologie 'eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel van de maker' niet voor. Dat betekent m.i. echter niet dat de Hoge Raad daarmee het criterium van 1991 verlaten zou hebben(29).

In mijn noot in NJ 2001, 602 sub 16-20 heb ik de door de Hoge Raad in deze zaak gehanteerde motiveringseisen (vgl. rov. 3.3.3-3.3.4) bij het aannemen van 'EOK & PS' vergeleken met die in de zaak Van Dale/Romme en opvallend laag genoemd.

(Afbeelding beschermd geoordeelde Jenga-blokjes uit IER 2001, blz. 229)

4.23.8. In het tamelijk recente arrest Technip/Goossens valt het volgende op.

- Ook een 'kinetisch schema', bestaande in een verzameling reactievergelijkingen ten behoeve van het productieproces van ethyleen en propyleen in de petrochemische industrie, kan als 'werk' beschermd zijn, mits er sprake is van een selectie die voldoet aan de eisen van 'EOK & PS'.

- Daaraan doet niet af dat de selectie is gebaseerd op wetenschappelijke of technische kennis, inzicht of ervaring, terwijl de selectie betrekking heeft op objectieve wetenschappelijke gegevens en wetmatigheden en gericht is op doeleinden van wetenschappelijke of technische aard. Ook dan kan er nog sprake zijn van een 'subjectieve' = 'EOK & PS'-toets.

- Daaraan doet ook niet af dat bij die selectie de op ervaring en analytisch vermogen berustende visie van de maker(s) van het kinetisch schema een belangrijke rol speelt.

- Deze toets mag niet ingeruild worden voor de toets of het ondenkbaar is dat twee onafhankelijk van elkaar werkenden tot dezelfde selectie zouden zijn gekomen (omdat het antwoord op die vraag slechts een van de gezichtspunten vormt, die bij de beoordeling in aanmerking kunnen komen).

4.23.9. In het eveneens tamelijk recente arrest Keco-fa/Lancôme is niet alleen het oordeel van het hof waarin een concrete geur(combinatie) als auteursrechtelijk beschermd object werd erkend in stand gebleven, doch vallen tevens op de ruime bewoordingen waarin de Hoge Raad in het algemeen over beschermbare objecten spreekt:

- de in art. 10 Aw neergelegde omschrijving van wat als 'werk' in de zin van die wet moet worden verstaan, luidt algemeen;

- zij belet niet daaronder een geur te begrijpen;

- voor de vraag of een geur in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming is beslissend of het daarbij gaat om een voortbrengsel dat vatbaar is voor menselijke waarneming en of het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt;

- het werkbegrip van de Auteurswet vindt weliswaar zijn begrenzing waar het eigen, oorspronkelijk karakter enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect, maar nu bij een parfum van een louter technisch effect geen sprake is, belet ook deze laatste eis niet het toekennen van auteursrechtelijke bescherming.

Extrapolatie van deze regels naar de 'achterbankgesprekken' levert het volgende op:

- de in art. 10 Aw neergelegde omschrijving van wat als 'werk' in de zin van die wet moet worden verstaan, luidt algemeen;

- zij belet niet daaronder achterbankgesprekken te begrijpen;

- voor de vraag of achterbankgesprekken in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming is beslissend of het daarbij gaat om een voortbrengsel dat vatbaar is voor menselijke waarneming en of het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt;

- het werkbegrip van de Auteurswet vindt weliswaar zijn begrenzing waar het eigen, oorspronkelijk karakter enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect (of lees: datgene betreft wat noodzakelijk is voor het overbrengen van bepaalde informatie) maar nu bij achterbankgesprekken daarvan geen sprake is (integendeel: het hof heeft geoordeeld dat aan de achterbankgesprekken, waarin Endstra de door hem op vragen van de rechercheurs verschaft informatie op zijn manier heeft verwoord, een daarmee samenhangend eigen karakter en een persoonlijk stempel niet kan worden ontzegd), belet ook deze laatste eis niet het toekennen van auteursrechtelijke bescherming.

4.23.10. In het laatst besproken, eveneens tamelijk recente arrest Timans/Haarsma c.s. valt op dat (i) naar het nogal concrete oordeel van de Hoge Raad onjuist is de rechtsopvatting dat i.v.m. dezelfde functionaliteitseisen, de marges voor een origineel ontwerp voor een vakantiehuis uiterst gering zijn, en (ii) dat zo'n opvatting bovendien niet het oordeel over de niet-voldoening aan de werktoets van de in geding zijnde ontwerpen kan dragen.

Extrapolatie van deze overwegingen naar de 'achterbankgesprekken' levert het volgende op:

(i) onjuist is de rechtsopvatting dat bij 'een spontaan uit de mond gerolde zakelijke informatieoverdracht door Endstra in antwoord op aan hem gestelde vragen', de marges voor een gesprek met 'EOK & PS' uiterst gering zijn, en

(ii) dat zo'n opvatting bovendien niet het oordeel over de niet-voldoening aan de werktoets van de in geding zijnde gesprekken kan dragen.

4.24. Tot zover mijn bevindingen aan de hand van hernieuwde bestudering van tien HR-arresten: bevindingen die er dus naar tenderen om het principale cassatiemiddel gegrond te achten.

Zoals in het vooruitzicht gesteld wil ik, alvorens aan de professorenadviezen, literatuurplaatsen en de bespreking van het cassatiemiddel toe te komen, nog enige gedachten ontwikkelen aan de hand van vergelijking met verwante gevallen ten aanzien waarvan geen of minder twijfel over de (niet-)beschermbaarheid behoef te bestaan.

4.25. Ik acht gesprekken (en met name ook 'achterbankgesprekken' als de onderhavige) vergelijkbaar met brieven, dagboeken en dergelijke persoonlijke aantekeningen. In de literatuur wordt tegenwoordig(30) algemeen aangenomen dat brieven en dagboeken en dergelijke aantekeningen voorwerp van auteursrecht kunnen zijn. In de desbetreffende literatuur wordt bij deze objecten wél in het algemeen gerefereerd aan het standaardcriterium van 'EOK&PS'. Aldus worden eenvoudige kattebelletjes, boodschappenlijstjes en (sjabloonmatige) puur zakelijke correspondentie (zoals bijv. orderbevestigingen) buiten de deur gehouden. In de woorden van Quaadvlieg(31):

'Gemis van persoonlijk karakter kan ook samenhangen met het feit dat er sprake is van een banale vorm. De vorm van een propellor is geheel technisch bepaald en dus onpersoonlijk. [...] Het telefoonboek is als de propellor, er staat geen woord in dat niet "nodig" is. De gebruikelijke huwelijksannonce of het kattebelletje op het bureau missen ook persoonlijk karakter, maar om een heel andere reden: hier is niet ieder woord objectief bepaald, maar de formules zijn óf algemeen óf alle-daags.'

Opvallend is evenwel dat de auteursrechtelijke literatuur niet, laat staan expliciet, rept over een van de 'EOK & PS'-eis deel uitmakend of bijkomend 'CCC en/of BV'-vereiste: dat er sprake zou moeten zijn van een werk dat door zijn maker als coherente creatie moet zijn geconcipieerd ('CCC'), en/of dat in het werk tot uiting moet komen dat de maker er bewust voor heeft gekozen heeft zijn verhaal in deze vormgeving te gieten

('BV'). Dat is opvallend, omdat bij uitstek bij de hier bedoelde brieven, dagboeken en aantekeningen die vraag - als zij van belang zou zijn - toch zou kunnen, ja zou moeten zijn gesteld. Niet dus.(32)

Inzet van deze procedure is dus - mede in het belang van de rechtsvorming - of de doctrine hier een steek heeft laten vallen, dan wel terecht geen reden heeft gezien om die toegespitste/nadere eis te stellen.

4.26. Omdat de doctrine mij hier in de steek laat, verplaats ik mij in de rol van de brief- of dagboek- of verslagschrijver.

Mijn buurvrouw is op de Oude Singel van haar tasje beroofd, en schrijft in een brief en/of in haar dagboek in zeg twee pagina's hoe geraffineerd die man te werk ging, hoe geschrokken ze is, hoe aardig de politie was, en hoe vervelend de bank en de sleutelspecialist.

De 25 leerlingen van een groep 8 van een basisschool in Breda gaan op schoolreis naar Den Haag en moeten na afloop een opstel/verslag daarover schrijven.

Die teksten kunnen door de feitenrechter gewaardeerd worden op 'EOK&PS'. Zij kunnen mogelijk te banaal gevonden worden om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen.

Maar als de door mijn buurvrouw opgetekende belevenis die toets doorstaat, en één of meer van de schoolreisverslagen die toets doorstaan - tussen de 25 mogelijk goeddeels monotone verslagen van die schoolreis zitten er toch allicht een paar die 'eruit springen' - moeten zij dan alsnog afgeserveerd kunnen worden omdat de door mijn buurvrouw beschreven belevenis, en die schoolreisverslagen (wellicht) niet als coherente creatie zijn geconcipieerd, en/of dat mijn buurvrouw of die scholieren er niet bewust voor hebben gekozen onze verhalen in deze vormgeving te gieten?

Voor de goede orde nog: dat in de boven gegeven voorbeelden mijn buurvrouw en de scholieren gewone mensen zijn, mag bij dit alles auteursrechtelijk geen rol spelen. Gewone mensen hebben evenzeer recht op auteursrecht als Literatoren, Kunstenaars en Wetenschappers, mits aan de 'EOK & PS' drempelis is voldaan.

Wat auteursrechtelijk ook geen rol mag spelen, is dat hun boven bedoelde belevenissen ietwat alledaags zijn; het gaat immers om de al dan niet 'banale' verwoording.

4.27. Ik zie geen goede grond voor een extra 'CCC & BV'-eis (of -eisen). Ik deel de door Seignette(33) en Bousie(34) verwoorde principiële bezwaren. Er is geen goede grond om iemand die overigens een werk met een eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel heeft voortgebracht, op basis van de hier bedoelde extra eis(en) auteursrechtelijke bescherming te onthouden. Integendeel: (juist) ook de maker van een werk dat (nog) niet als coherente creatie is geconcipieerd, of waarbij de maker (nog) niet bewust voor de onderhavige vormgeving heeft gekozen, komt auteursrechtelijke bescherming toe. Iemand die (nog) niet een coherente creatie concipieert, respectievelijk (nog) niet bewust een bepaalde vormgeving kiest, maar niettemin iets neerlegt waaraan een eigen, oorspronkelijk karakter, dat zijn persoonlijk stempel draagt niet ontzegd kan worden, kan er als auteur daarvan groot belang bij kan

hebben om zich tegen publicatie te verzetten. Het recht om te beslissen of een werk al dan niet (in deze vorm) gepubliceerd zal worden, wordt niet ten onrechte wel gezien als het belangrijkste recht van de auteur. Ik doel op het auteursrechtelijke, mede persoonlijkheidsrechtelijke zgn. droit de publication of droit de divulgation(35).

In dit verband wijs ik er nog op dat onomstreden geldt dat ook concepten, schetsen e.d. reeds als werken gelden, mits ze voldoen aan het vereiste van 'EOK & PS'(36).

4.28. Afgezien van het hierboven benadrukte persoonlijkheidsrechtelijke aspect, waarbij de niet coherent of bewust werkende maker alle reden kan hebben om zijn auteursrecht op het overigens van eigen oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel getuigende werk in negatieve zijn uit te oefenen (publicatie voorkómen), is er ook geen enkele reden om de hier bedoelde maker niet in positief-auteursrechtelijke zin te laten delen in de vruchten van een (onverwachte) publicatie. Als in een van de hier boven gegeven voorbeelden de leerkracht een van de verslagen van het dagje Den Haag kostelijk genoeg vindt om het aan De Volkskrant aan te bieden voor publicatie in het 'Reizen'-supplement, dient het auteursrecht ertoe om te zorgen dat het eventuele honorarium aan de scholier toekomt(37).

4.29. In dit verband acht ik niet minder principieel de door Bousie(38) geuite bedenking dat aan de hand van de criteria van het hof auteursrecht zou worden onthouden aan door verstandelijk gehandicapten voortgebrachte (kunst)werken waaraan een 'EOK & PS' niet valt te ontzeggen.(39) Dat klemt temeer omdat de publicatie (met auteursrechtelijk af te dwingen naamsvermelding) en exploitatie van deze voortbrengselen, al mogen zij primair de vruchten zijn van bezigheidstherapie, voor de betrokken makers (en hun familie) een hoogst belangrijk element kunnen zijn in een vorm van erkenning en daarmee een vermindering van desintegratie.

4.30. Op vergelijkbare wijze kan men zich de vraag stellen waarom, ceteris paribus, een dankzij serendipiteit(40) of een soortgelijk verschijnsel tot stand gekomen voortbrengsel van de geest auteursrechtelijke bescherming zou moeten ontberen. Serendipiteit of iets dergelijks kan bijv. medebrengen dat experimenteel onderzoek naar een nieuwe methode van snoeien van fruitbomen met het oog op een maximale fruitopbrengst een onbedoeld, maar niettemin door (artistieke) beoordelaars alom gewaardeerd - druk gefotografeerd, misschien zelfs bekroond en/of museumwaardig - beeld van snoeikunst oplevert. Andere voorbeelden zijn gemakkelijk te bedenken: zoeken naar een nieuwe methode voor diamantslijpen met het oog op verminderd splinterverlies, met een onverwacht prachtige geslepen diamant; idem bij edelsmeedkunst, enz.

of iets dergelijks kan ook meebrengen dat een weliswaar zakelijk bedoeld verslag onbedoeld, doch niettemin door journalistieke beoordelaars onderkend, een zodanig eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel bezit dat het - onverwacht - juist of ook daarom de moeite van letterlijke publicatie waard is.

De in dit nr. eerder aangegeven serendipiteitsvoorbeelden verdienen beoordeling op hun eigen merites. Het - natuurlijk - naar de 'achterbankgesprekken' toegeschreven laatste voorbeeld moet daaraan niet afdoen, maar behoeft daar m.i. ook niet onder te lijden.

4.31. Ik zie, naast principiële, ook praktische bezwaren tegen de 'bewustheids-eis' van het hof. De beoordeling of een voortbrengsel van de geest al dan niet (of ten dele wél en ten dele niet?) als een coherente creatie is geconcipieerd, en/of daarvoor bewust (meer of minder bewust?) de onderhavige vormgeving is gekozen, acht ik ondoenlijk. Aan overledenen (zoals W. Endstra) kan het niet meer gevraagd worden. Aan levende schrijvers en sprekers wél. Het zal moeilijk zijn om hen niet op hun woord te geloven. Aan tegenbewijs via leugendetectors willen wij niet denken. Dat betekent dat de beoordeling van het werkarakter door de rechter moet - maar ook kan - worden afgeleid uit (nu juist) het uit het voortbrengsel zelf blijkende eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel(41).

Indien men het vereiste van een coherente creatie c.q. een bewust gekozen vormgeving tóch praktisch operationeel zou proberen te maken, valt dat allicht samen met de aanwezigheid bij de auteur van een publicatie-oogmerk. Maar dat mag nu juist niet tellen: zoals ik in nr. 4.27 al aanduidde, staat dat haaks op de algemene erkenning dat auteursrecht óók bestaat op (en groot auteursrechtelijk belang bestaat bij) bescherming van werk waarbij de auteur nog (lang) niet aan een beslissing over eventuele openbaarmaking toe is. Aan auteursrechtelijke bescherming doet zelfs niet af dat de maker in zijn testament verbranding van de verzegelde envelop met zijn ongepubliceerde (misschien zelfs in het testament 'onrijp' genoemde) manuscripten heeft bepaald. Het operationeel maken van de door het hof bedoelde vereisten staat voorts haaks op de eveneens reeds in nr. 4.27 aangegeven algemene erkenning dat onvoltooide concepten, schetsen e.d. voor bescherming als werk in aanmerking komen.

4.32.1. Ik illustreer het bovenstaande nog met een herkenbaar voorbeeld: het dagboek van Anne Frank. Bekend, maar toch nog vermeldenswaardig is dat geen enkele door haar vader Otto Frank eerder benaderde uitgever in uitgave geïnteresseerd was, tot na een lovend artikel over het ongepubliceerde manuscript van Jan Romein in Het Parool van 3 april 1946.(42)

Later is bekend geworden dat Anne Frank haar dagboek in twee versies schreef.(43) Na de (later zo genoemde) A-versie van de in 1942 dertienjarige Anne, herschreef zij als 14/15-jarige vanaf voorjaar 1944 haar dagboek in de (later zo genoemde) B-versie. Zij deed dat omdat zij - aldus de kenners van haar werk - inmiddels het plan had opgevat schrijfster te willen worden (dagboekbrief 11 mei 1944), en zij schreef de B-versie met het oog op latere publicatie. Daaruit valt af te leiden dat de B-versie door Anne Frank als coherente creatie is geconcipieerd, resp. dat zij er bewust voor heeft gekozen het voortbrengsel in deze vormgeving te gieten, waarmee de B-versie van het dagboek voldoet aan een 'CCC & BV-vereiste' van het Amsterdamse hof.

Dat roept evenwel prangende vragen op.

4.32.2. (I) Gebleken is dat Otto Frank bij de door hem verzorgde edities van 'Het Achterhuis' zowel uit de A-versie als uit de B-versie heeft geput. Kunnen de later identificeerbaar gebleken (vroegere) delen uit de A-versie als auteursrechtvrij worden aangemerkt, in tegenstelling tot die uit de B-versie? Bij de A-versie was Anne (volgens de Anne-Frank-wetenschappers) dus nog níet doende met een coherente creatie en nog niet met een bewuste vormgeving; of zulks is (gegeven de latere B-versie en haar motief daarvoor) discutabel.

Zijn de (ook interessante) delen uit de A-versie auteursrechtvrij, ook al kan daaraan een met Anne Franks leefsituatie in het achterhuis samenhangend eigen karakter en een persoonlijk stempel niet worden ontzegd?(44)

Geldt een eventuele auteursrechtvrijheid ook (of althans) voor de A-versie van Anne Franks dagboek in zijn geheel (hoewel die misschien dóór het bestaan van de B-versie extra interessant is)?

4.32.3. (II) Moet de beschermenswaardigheid van de B-versie écht afhangen van hetgeen wij te weten zijn gekomen over de ('CCC & BV') bestaansreden voor Anne Frank van die B-versie, in plaats van het te laten afhangen van het (al dan niet, en in dit geval algemeen erkend wél) uit de tekst blijkende aanwezige eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel van de B-versie (en mogelijk ook de A-versie)?

4.32.4. Het zal duidelijk zijn dat het stellen van deze en dergelijke vragen voor mij samenvalt met de eenvoudig te raden beantwoording daarvan.

4.33. Wie de weergave van de gesprekken in de processen-verbaal of in het boek 'De Endstra-tapes' leest, zal m.i. niet gauw literair gestreeld worden door Endstra's verwoording van hetgeen hij mededeelt.(45) De vorige volzin houdt evenwel een persoonlijk waardeoordeel van deze lezer in, dat ook nog veel weg heeft van een smaakoordeel.

Wat ten deze in cassatie telt is het feitelijk oordeel van het hof, dat in rov. 4.7 overweegt:

'... dat aan de achterbankgesprekken, waarin Endstra de door hem op vragen van de rechercheurs verschaft informatie op zijn manier heeft verwoord, een daarmee samenhangend eigen karakter en een persoonlijk stempel niet kan worden ontzegd...'

Daarmee geeft het hof m.i. (op straffe van onbegrijpelijkheid(46)) aan dat de afwijzing van auteursrecht op de achterbankgesprekken níet gegronnd is op het ontbreken van een eigen karakter en een persoonlijk stempel bij de verwoording van de door hem verschaft informatie.

4.34. Voor de onderhavige zaak leidt het voorgaande voorschans tot de volgende bevindingen.

Daargelaten of eigenlijk wel vastgesteld kan worden óf Endstra zijn verhaal als coherente creatie heeft geconcipieerd, en óf uit de achterbankgesprekken kan worden afgeleid dat Endstra al of niet bewust ervoor heeft gekozen zijn verhaal in deze vormgeving te gieten, heeft het hof hier m.i. extra ('CCC & BV')-eisen gesteld die aan een werk niet behoren te worden gesteld. Afgezien van de bezwaarlijke toepasbaarheid, zijn deze vanuit de

doelstelling van het auteursrecht irrelevant. Een auteur van een werk dat overigens een eigen oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel vertoont, heeft naar de strekking van de Auteurswet net zo zeer aanspraak op auteursrechtelijke bescherming indien zijn verhaal (nog) niet als coherente creatie is geconcipieerd, of als de betrokken vorm niet of minder bewust gekozen is.

De omstandigheid dat Endstra als een gewoon mens (of, als men zo wil, een minder gewoon mens, of 'een mens in doodsnood'(47)) en zonder uit te zijn op een coherent (te publiceren) werk de achterbankgesprekken heeft gevoerd, geeft geen aanleiding geven om dáárom af te dingen op het overigens aangenomen 'EK&PS' van de achterbankgesprekken.

4.E. Overgelegde opinies van partijdeskundigen en gepubliceerde commentaren op de uitspraken in feitelijke instanties

4.35. In deze zaak zijn, als gezegd vermeld, adviezen(48) van partijdeskundigen(49) overgelegd. Daarnaast zijn de uitspraken van de voorzieningenrechter en het hof in de auteursrechtelijke vakpers becommentarieerd.(50) Ik laat die opinies en commentaren hieronder in min of meer chronologische volgorde de revue passeren, en ik geef op de m.i. in cassatie relevante punten aan of ik die standpunten deel of (gemotiveerd) tegensprek.

Tegelijk kan in dit chapter auteursrechtelijke literatuur, die ook in de adviezen en commentaren aan de orde is, worden 'meegenomen'.

4.36. Advies Spoor I. In zijn eerste advies van 7 mei 2006(51) dat door Nieuw Amsterdam c.s. in eerste aanleg in het geding is gebracht, concludeert prof. mr. J.H. Spoor dat de opgenomen gesprekken niet auteursrechtelijk beschermd zijn.

4.36.1. Spoors vooropstelling (onder 2): 'Van oudsher pleegt men ervan uit te gaan dat gesprekken als zodanig geen werken in de zin van het auteursrecht zijn', moge ondersteund worden door twee door hem vermelde bronnen uit 1907 en 1932, maar kan m.i. niet gelden als een weergave van het anno 2007 geldende recht(52). Zijn verwijzing naar het boek van Spoor/Verkade/Visser (2005), nr. 3.6, p. 63, overtuigt mij niet. Het gaat daar niet over gesprekken, maar over 'handelingen, zoals improvisaties, vertolkingen, maar ook sportprestaties'. Terwijl t.a.p. over vertolkingen en sportprestaties een afhoudend standpunt wordt ingenomen, geldt dat juist niet voor improvisaties. De 'op creatie gerichte uiting' wordt aldaar vermeld als tegenhanger van de sportprestatie, en niet in algemene zin.

4.36.2. Het beroep op (onder 6) op Spoor/Verkade/Visser, a.w., nr. 3.29, p. 100, overtuigt mij evenmin, nu het daar nadrukkelijk over 'gewone gesprekken' gaat, waarmee - gelet op de 'afluistercontext' - klaarblijkelijk bedoeld is op gesprekken waaraan een eigen oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel karakter vreemd is.(53) Ik zou meer nadruk willen leggen op de overigens ook in Spoors advies weergegeven passage in nr. 3.28 (p. 99): 'Ook een conversatie kan voldoende eigen karakter hebben om als werk te gelden', en ik zie die passage niet als uitzondering, maar als regel, net zoals de door de Hoge Raad aan-

vaarde regel in gevallen van parfums, kinetische schema's en vakantiehuisen. Voor zover Spoor t.a.p. ervan uitgaat dat het bij conversaties met (wél) voldoende eigen karakter 'vrijwel altijd' zal gaan (zou moeten gaan?) om gesprekken die van meet af aan bestemd zijn voor publicatie, blijkt dat niet uit het boek. Ik heb mijn bedenkingen tegen een zodanige opvatting hierboven reeds neergelegd in nrs. 4.27-4.29.

4.36.3. In alinea 7 van zijn advies komt Spoor tot de - door het hof omhelsde - conclusie dat in casu geen sprake is van een werk omdat informatie-uitwisseling in feite het enige is waar het om gaat. Hij stelt daartoe (cursivering door mij toegevoegd):

'Gesprekken zullen, zeker als ze wat langer zijn, vrijwel steeds wel iets eigens hebben, zeker als de gesprekspartners zich nogal nadrukkelijk uitspreken over het onderwerp van gesprek. Zolang er echter niet tevens sprake is van een op creatie gerichte uiting volstaat dat niet om van een "werk" te spreken; anders zou in feite vrijwel ieder gesprek auteursrechtelijk beschermd zijn. Uit het feit dat een werk een eigen karakter moet hebben om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen mag niet omgekeerd worden afgeleid dat, als iets maar een eigen karakter heeft, er dan ook sprake is van een auteursrechtelijk beschermd werk.'

4.36.4. Mijn bedenkingen tegen het extra vereiste van een 'op creatie gerichte uiting' heb ik hierboven (met name nrs. 4.27-4.34) reeds uiteengezet. De laatste (gearsiveerde) volzin is op zich juist, maar gaat langs de kern van het probleem heen. De vraag is nu juist of een voortbrengsel van de geest, waarvan het hof geoordeeld heeft dat daaraan een eigen karakter én een persoonlijk stempel (van Endstra) niet kan worden ontzegd, desondanks vanwege andere en nadere eisen auteursrechtelijke bescherming kan worden ontzegd. Tegenover de geciteerde volzin uit het advies laat zich volgende plaatsen: Uit het feit dat een werk in veel gevallen waarin het voldoet aan het 'EOK & PS'-criterium, er tevens voldaan zal zijn aan een op creatie gerichte uiting 'conceptie als coherente creatie' of 'bewuste vormgeving' ('CCC & BV') mag niet omgekeerd worden afgeleid: 'geen EOK & PS zonder CCC & BV'.

4.36.5. In het kader van mijn kritische bespreking van Spoors advies citeer ik nog uit Spoor/Verkade/Visser, a.w., par. 3.9, p. 65 (cursivering toegevoegd):

'Iedere auteur maakt bij het scheppen van een werk gebruik van reeds bestaande elementen - zoals bepaalde feitelijke gegevens, theorieën, stijlfiguren, bestaand idioom en dergelijke. Hij voegt daaraan wellicht eigen ideeën toe, en verbindt dit alles - al dan niet bewust - vervolgens op zijn eigen manier in zijn werk.'

4.37. Advies Quaedvlieg I. Prof. mr. A.A. Quaedvlieg concludeert in zijn eerste advies d.d. 8 mei 2006(54) dat de achterbankgesprekken wél auteursrechtelijk beschermd zijn. Quaedvlieg beschikte over de opinie van Spoor.

4.37.1. Ook Quaedvlieg vangt zijn opinie aan met een beschrijving van de jurisprudentie en literatuur. Hij concludeert daaruit dat het keuzecriterium - dat de marker keuzes heeft gemaakt die subjectief bepaald zijn -

door vrijwel alle schrijvers als vuistregel wordt aangehouden en dat er voorts sprake is van algemene overeenstemming dat geen 'artisticeit' vereist is. Vervolgens stelt hij (derde alinea):

'De stellingnamen in de literatuur vormen de echo van de rechtspraak, die een zeer milde drempel pleegt te hanteren. In het algemeen volstaat het voor het aannemen van oorspronkelijkheid als een auteur door een samenstel van eigen keuzes binnen de hem ter beschikking staande marges tot een resultaat gekomen is waarvan niet aannemelijk is dat een ander het op dezelfde wijze zou doen.'

4.37.2. Quaadvlieg acht ook het volgende belangrijk (zevende alinea):

'Het auteursrecht beschermt niet alleen werken van kunst maar ook werken van wetenschap. In dat laatste verband wordt ook bescherming verschafte aan werken waarvan de (sobere) vormgeving inhoudelijk schijnbaar in belangrijke mate bepaald is door de informatie-inhoud. Niettemin is van algemene bekendheid dat ook aan dergelijke teksten in aanzienlijke mate gewerkt en geschaafd wordt, en dat auteurs er een groot belang bij hebben om zeggenschap te houden over de wijze, óf, wanneer en hoe precies de met hun naam verbonden uitlatingen worden openbaar gemaakt. De door Endstra afgegeven interviews dienen eveneens een informatief doel, doch de informatie - en dus ook de vorm waarin zij wordt gegoten - is vertrouwelijk en uitermate gevoelig van aard. Ook al hebben de teksten een informatief karakter, het doet niet af aan het belang dat betrokken kan zijn bij de zo precies mogelijk afgewogen wijze waarop zij aan het publiek ter beschikking komen.'

4.37.3. Uit hetgeen ik tot dusverre heb geschreven (vgl. met name ook nrs. 4.27 en 4.31), volgt dat ik deze observaties van Quaadvlieg - daargelaten de precieze bewoordingen - deel.

4.38. Annotatie Grosheide. Het vonnis van de voorzieningenrechter is geannoteerd door prof. mr. F.W. Grosheide.(55) Hij acht het oordeel dat geen sprake is van een oorspronkelijk werk niet duidelijk. Hij acht de benadering van het oorspronkelijkheidsvereiste onjuist.

4.38.1. Grosheide schrijft:

'3. Gesprekken en interviews zijn evenals bijvoorbeeld voordrachten, pleidooien of colleges voortbrengselen die kunnen gelden als werken in de zin van het auteursrecht. [...] Om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen, moet bovendien sprake zijn van voldoende oorspronkelijkheid. Wat de oorspronkelijkheid van gesprekken en interviews betreft is een interessant punt dat daarbij ook de inhoud van gesprek of interview van belang kan zijn.'

4.38.2. Grosheide betwijfelt (onder 4) of de laatste zin uit rov. 5 van de voorzieningenrechter ('Voor auteursrecht op een gesprek is nodig dat voor de vorm van dat gesprek creatieve keuzes worden gemaakt.') gelukkig is. Grosheide:

'Het woordgebruik creatieve keuzes lijkt erop te wijzen dat de voorzieningenrechter een hogere standaard voor auteursrechtelijke bescherming aanhoudt dan naar geldend recht vereist is. Creativiteit wordt immers in juridicis in het algemeen als van kwalitatief hoger ge-

wicht aangemerkt dan oorspronkelijkheid. Niet omdat dit zuiver taalkundig zo zou zijn maar omdat in het recht woorden nu eenmaal hun eigen betekenis (kunnen) hebben.'

Steun voor zijn lezing put Grosheide uit wat in het vervolg en ter toetsing aan die standaard, in rov. 6 van het vonnis wordt overwogen. De overwegingen in rov. 6 geven volgens hem blijk van een benadering van het oorspronkelijkheidsvereiste voor de bepaling van de auteursrechtelijke beschermbaarheid die zijns inziens onjuist is. Grosheide acht het doel waarmee een bepaalde uiting wordt gedaan, van geen belang om deze uiting te kwalificeren als oorspronkelijk werk. Hetzelfde geldt zijns inziens voor de aard van de inhoud en de bewustheid waarmee deze wordt gecommuniceerd: 'die doen er niet toe bij de bepaling van de oorspronkelijkheid'.

4.38.3. Ook hier geldt dat uit hetgeen ik hiervoor geschreven heb (met name nrs. 4.27-4.34), volgt dat ik de kritiek van Grosheide op het (later door het hof gevolgde) vonnis van de voorzieningenrechter deel, daargelaten de precieze bewoordingen van Grosheides kritiek.

4.39. Advies Spoor II. In hoger beroep heeft prof. Spoor op verzoek van Nieuw Amsterdam c.s. in aanvulling op zijn eerdere advies op 6 juli 2006 een reactie gegeven op het advies van prof. Quaadvlieg.(56)

4.39.1. Spoor schrijft onder 3 dat Endstra ongetwijfeld datgene wat hij in de met de rechercheurs gevoerde gesprekken heeft gezegd ook op andere wijze had kunnen formuleren. Hij vervolgt:

'Geen twee gesprekken die mensen zoal kunnen voeren zijn identiek, en alles wat daarin gezegd wordt zou ook wel anders gezegd kunnen worden. Maar dat is het punt niet. Het enkele feit dat iemand zich in een gesprek ook anders zou kunnen uitdrukken maakt (zijn bijdrage aan) dat gesprek nog niet tot een werk van letterkunde, wetenschap of kunst.'

4.39.2. Het 'punt' dat volgens Spoor 'geen punt' is, is in cassatie inderdaad geen punt meer, maar m.i. in andere zin dan door Spoor bedoeld. Het hof heeft immers in rov. 4.7 geoordeeld dat 'dat aan de achterbankgesprekken, waarin Endstra de door hem op vragen van de rechercheurs verschaft informatie op zijn manier heeft verwoord, een daarmee samenhangend eigen karakter en een persoonlijk stempel niet kan worden ontzegd'.

4.39.3. Spoor vervolgt onder 4:

'Een spreker is in het algemeen geen maker, geen auteur. Gesprekken genieten dan ook in het algemeen geen auteursrechtelijke bescherming, ook niet als een van de gesprekspartners zich zo nu en dan kernachtig of karakteristiek uitdrukt. Het gesprek komt tot stand in een wisselwerking tussen de erbij betrokken partijen, waarbij men op elkaar reageert en informatie uitwisselt, maar niet bezig is om een werk te maken.'

4.39.4. Mijn weerspreking van deze opvatting van Spoor is te vinden in het voorafgaande, meer in het bijzonder in nrs. 4.27-4.34 en 4.36.1-4.36.5. Ik voeg hieraan nog toe dat mijns inziens ook (of juist) een kernachtige of karakteristieke - niét uitgelokte - uitdrukkingswijze van een gesprekspartner voor

auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt. Originele bonmots of grappen komen m.i. zeer zeker in aanmerking voor auteursrechtelijke bescherming, daar gelaten de praktische kanten van handhaving(57).

4.39.5. Spoor's beroep (onder 5) op het Zwitserse boek van Kummer uit 1968 is een verdienstelijk pleitargument. Maar met Grosheide (zie hierna nr. 4.42.4) ben ik van mening dat de visie van Kummer van 1968 niet deel uitmaakt van het laat-20e en 21-eeuwse Nederlandse auteursrecht.

4.39.6. Onder 7 van zijn tweede advies schrijft Spoor: 'Terecht constateert Quaedvlieg dat ook werken van wetenschap bescherming genieten. Zoals hij zelf al aangeeft wordt evenwel "aan dergelijke teksten in aanzienlijke mate gewerkt en geschaafd". In casu is daarvan geen sprake; de gesprekken hebben plaats gehad en zijn op de band opgenomen zonder dat daaraan later hoe dan ook nog is geschaafd. Ook dat bevestigt dat van (enigerlei bedoeling tot het maken van) een werk geen sprake is. Dat het gespreksmateriaal, indien Endstra daaraan later nog zou hebben kunnen schaven, uiteindelijk wellicht een beschermd werk zou hebben kunnen opleveren doet niet ter zake; dat maakt dat "ruwe" materiaal zelf nog niet tot een werk.'

4.39.7. Voor een weerspreking van deze visie van Spoor verwijs ik met name naar bovenstaande nrs. 4.27 en 4.31 (in fine), en naar het hierna te bespreken Advies Quaedvlieg II.

4.40. Advies Hugenholtz. Nieuw Amsterdam c.s. heeft in hoger beroep ook een advies van prof. mr. P.B. Hugenholtz d.d. 6 juli 2006 overgelegd.(58) Hugenholtz volstaat met enkele korte opmerkingen omdat hij zich 'in de bevindingen van prof. Spoor geheel kan vinden'.

4.40.1. Hugenholtz schrijft in de derde en vierde alinea: 'In de zeer uitvoerige literatuur over het werkbegrip worden diverse elementen van het werkbegrip onderscheiden: immaterieel/geestelijk product, concreet object, vormgeving (expressie), enzovoorts. Duidelijk vloeit uit deze deelcriteria de eis voort dat een werk door zijn maker (auteur) als coherente creatie moet zijn geconcipieerd. Dit is een belangrijke reden waarom bijvoorbeeld sportprestaties niet tot het domein van het auteursrecht behoren. Zij zijn, in de bewoordingen van de Zwitserse rechtsgeleerde Troller, niet als "einheitliche Werke" in de geest geconcipieerd, ook al kunnen dergelijke prestaties wel degelijk individuele en zelfs artistieke kenmerken vertonen. In aansluiting op Troller stelt Dommering dat enkel handelingen waaraan een zeker "programma" ten grondslag ligt, als werk kunnen worden gekwalificeerd.

Het is om deze reden dat gesprekken als zodanig normaliter niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Gesprekken worden door de "sprekers" niet als coherente werken geconcipieerd. Hoewel losse zinnen en uitspraken individuele kenmerken kunnen en zullen vertonen, is het gesprek als zodanig niet volgens een vooraf bepaald "programma" door de sprekers geconcipieerd. Het gesprek is een vraag- en antwoordspel waarbij de richting waarin het gesprek zich ontwikkelt tevoren niet of nauwelijks kan worden bepaald, en ook niet wordt bepaald. Dit is slechts an-

ders bij bijzondere gespreksvormen, zoals het literaire of journalistieke interview, waarbij wel sprake kan zijn van een voldoende (bewuste) structurering en vormgeving van het gesprek. De Endstra-tapes vallen echter niet in deze bijzondere categorie.'

Hugenholtz stelt in de zesde alinea:

'Vereist is een esthetisch oordeel van de auteur ex post over zijn eigen schepping, wil er sprake kunnen zijn van een auteursrechtelijk beschermd werk.'

4.40.2. Ook hier merk ik op dat de door Hugenholtz genoemde vereisten (als coherente creatie zijn geconcipieerd, berustend op een programma, (bewuste) structurering, esthetisch oordeel) niet in de jurisprudentie dan wel de heersende opvattingen in de Nederlandse literatuur te achterhalen zijn. Verder zijn de sprongen die hij maakt in de derde alinea (dat zulke eisen zouden voortvloeien uit de door hem genoemde in de literatuur onderscheiden elementen), en van de derde naar de vierde alinea (dat de daar genoemde criteria om sportprestaties niet auteursrechtelijk te beschermen ook redengevend zouden zijn voor het niet beschermen van gesprekken) zonder nadere toelichting, die ontbreekt, mij te groot.

Ik verwijs voorts naar nrs. 4.24-4.34 hierboven en de nu volgende bespreking van het Advies Quaedvlieg II, alsmede het Advies Grosheide verderop.

4.41. Advies Quaedvlieg II. Namens de zonen Endstra is een nadere opinie van Quaedvlieg d.d. 9 november 2006 overgelegd(59), waarin hij mede ingaat op de opinies van Spoor (II) en Hugenholtz.

4.41.1. De aangevoerde redenen om auteursrechtelijke bescherming aan de Endstra-tapes te ontzeggen, vinden volgens Quaedvlieg geen steun in het recht. Hij onderscheidt daartoe vier punten:

- 1. Endstra's mededelingen hebben een eigen oorspronkelijk karakter en dragen het persoonlijk stempel van de maker;
- 2. De Endstra-tapes en de bijdrage van Endstra daarbinnen vormen een samenhangend 'werk';
- 3. Er bestaat geen auteursrechtelijke eis van de bedoeling tot het maken van een werk;
- 4. Het Nederlandse auteursrecht stelt geen programma-eis.

4.41.2. Quaedvlieg merkt bij punt 2 op dat ten aanzien van de Endstra-tapes het volgende geldt:

'1. de interviews gingen over één specifiek thema dat tussen de deelnemers was vastgelegd en hadden één specifiek doel, te weten informatievervalsing door Endstra als geïnterviewde;

2. de interviews vonden plaats binnen een speciaal voor die interviews naar tijd en ruimte afgezonderd kader van ontmoetingen;

3. de gesprekken werden vastgelegd op afzonderlijke, specifiek daarvoor bestemde dragers;

4. de verschillende interviews vormden door hun thematiek, door hun opzet, door hun doel en door de persoon van de geïnterviewde, alle tezamen en per interview afzonderlijk, één samenhangend corpus. Het boek zelf illustreert dat.

5. Endstra was zich bewust dat zijn woorden werden vastgelegd en dat zijn boodschap in die specifieke vorm

een zelfstandig bestaan buiten het gespreksmoment als zodanig zouden gaan leiden.

Daarmee vormen zowel de interviews als geheel als de tekst van Endstra in het bijzonder, een "werk" in de zin van de wet, met een bewuste en herkenbare samenhang die hen onderscheidt van bijvoorbeeld gewone gesprekken.'

4.41.3. Onder punt 3 'Er bestaat geen auteursrechtelijke eis van de bedoeling tot het maken van een werk' merkt Quaadvlieg op:

'Noch de literatuur, noch de jurisprudentie (en nog minder de wet) eist dat de auteur bedoelde een werk te maken. Het voorliggen van een oorspronkelijke uiting volstaat.'

In een voetnoot merkt Quaadvlieg daarbij op:

'Ontzegt men auteursrechtelijke bescherming aan de tapes, dan riskeert men dat de bewerkers of hun uitgevers daarop - door de bijzondere geschriftenbescherming - wél het auteursrecht verwerven, een juridische niet onmogelijke, maar bizarre en onwenselijke consequentie. Zie de copyright notice van de uitgever.'

4.41.4. Quaadvlieg vervolgt:

'Het door Spoor geïntroduceerde criterium is bovendien niet duidelijk, omdat Endstra wel degelijk zijn eigen bijdrage aan de interviews heeft willen vormgeven. Kennelijk is in de visie van Spoor méér nodig dan dat. Dat meerdere kan niet zijn de intentie om een kunstwerk te scheppen, want dat eist de Auteurswet niet. Men vraagt zich daarom af of de eis dat de auteur een werk moet hebben willen maken niet neerkomt op de vermomde introductie van een publicatie-eis. Immers, als drie journalisten, op de wijze van de Endstra-tapes, een aantal geheime ontmoetingen zouden hebben met een toppoliticus, waarbij van meet af aan de bedoeling is dat de interviews met deze "mol" gepubliceerd worden, is toch onhoudbaar dat de deelnemers geen werk hebben willen maken. Maar het enige verschil van deze casus met de Endstra-situatie is juist het voornemen tot publicatie. Het auteursrecht kent echter (buiten de bijzondere bescherming voor geschriften zonder eigen karakter) een dergelijke eis niet.'

4.41.5. Andermaal verwijs ik naar hetgeen ik in het voorafgaande, in het bijzonder de nrs. 4.27 en 4.31, heb geschreven, om aan te geven dat ik ook deze observaties van Quaadvlieg - daargelaten de precieze bewoordingen - deel.

4.42. Advies Grosheide. Namens de zonen Endstra is ook aan prof. Grosheide een opinie (d.d. 13 november 2006) gevraagd.(60)

4.42.1. In zijn omvangrijke advies - waarin hij tevens naar zijn hiervoor weergegeven annotatie onder het vonnis van de voorzieningenrechter verwijst - staat Grosheide (na een par. I, Inleiding en een par. II, Feiten, onder III vrij uitvoerig stil bij de eerder gegeven adviezen van Spoor (I en II), Quaadvlieg (I) en Hugenholtz.

4.42.2. Grosheide constateert onder 6 en 9 dat bij Spoor (en bij Hugenholtz) de hoofdregel is dat gesprekken geen auteursrechtelijke werken zijn, maar dat er uitzonderingen zijn die de hoofdregel bevestigen, terwijl

naar de opinie van Quaadvlieg in beginsel elk voortbrengsel daarvoor in aanmerking kan komen, met nadere toetsing aan de criteria van het Van Dale/Romme-arrest. 'Hoofdregel en uitzondering van Spoor zijn dus bij Quaadvlieg en Spoor van plaats gewisseld'.

4.42.3. Onder 7 wijst Grosheide erop dat in de adviezen van Spoor niet is gewezen op het Van Dale/Romme-arrest, 'dat naar algemene opvatting de actuele toets voor auteursrechtelijke bescherming als volgt omschrijft: het moet gaan om een voortbrengsel dat een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt.' Grosheide merkt op: 'Uitdrukkelijk wordt niet gesproken van als vrucht van scheppende arbeid (Explicator-arrest) of van uiting van datgene, wat den maker tot zijn arbeid heeft bewogen (Van Gelder/Van Rijn-arrest) [...].'

4.42.4. Onder 8 staat Grosheide stil bij het beroep van Spoor op de schrijvers Kohler, De Beaufort en Gerbrandy. Grosheide:

'In de eerste plaats stamt die literatuur van auteurs die - gangbaar in de tijd waarin zij schreven - over auteursrecht en anders dan thans het geval is, nog sterk in termen van kunstrecht dachten. In dat perspectief is het niet onbegrijpelijk dat over auteursrechtelijke bescherming van gesprekken gereserveerd werd geoordeeld. Dat gold voor Kohler in het bijzonder maar niet minder voor De Beaufort blijkens het van hem door Spoor 1 gegeven citaat. Dat citaat en wat erop volgt laat echter, evenals het citaat van Gerbrandy, in de tweede plaats zien dat de reserve ten aanzien van gesprekken gewone, alledaagse, zakelijke gesprekken betreft. Dat wil zeggen: de gereserveerdheid betreft de onwenselijk geachte mogelijkheid dat - zoals Spoor 1 dit noemt - in feite vrijwel ieder gesprek auteursrechtelijk relevant zou zijn. Op het door Spoor van De Beaufort gegeven citaat volgen dan ook de volgende regels: Van creatieven arbeid is geen spoor te ontdekken in eene beursnotering b.v., een lijst van fondsen met achter ieder fonds den prijs, waarvoor verhandeld is, of in een lijst van predikbeurten of eene rolverdeling voor een toneelvoorstelling. In de voorafgaande passage volgen op de woorden in gesprekken verwijzingen naar schriftelijke correspondentie, nieuwsberichten, programma's, advertenties, enz. [...]. Het is duidelijk dat De Beaufort in deze passages gewone, alledaagse, zakelijke gesprekken uit - wat wij nu soms noemen - het dikke auteursrecht (Van Dale/Romme-toets) wegschrijft naar het dunne auteursrecht van de zogeheten onpersoonlijke geschriftenbescherming.(61) Ook Spoor's Gerbrandy-citaat past in dit beeld, zeker wanneer men leest wat Gerbrandy op de woorden als regel uit dit citaat laat volgen: Dit kan anders worden als één der deelnemers zich ertoe zet een bepaald standpunt systematisch te ontvouwen en te beredeneren en daartoe een vorm kiest die een eigen en persoonlijk karakter heeft. Voldoende is dat sprake is van wat gemeenlijk genoemd wordt: enige mate van originaliteit.'

4.42.5. Onder 10 bespreekt Grosheide de verwijzingen van Spoor en Hugenholtz naar Kummer en Dommering:

'De referenties naar Kummer en Dommering zijn opmerkelijk omdat de opvattingen van deze auteurs geen deel uitmaken van het geldende Nederlandse auteursrecht. Het door Spoor vermelde boek van Kummer komt dan ook niet voor in de lijst Verkort aangehaalde literatuur van Spoor/Verkade/Visser, terwijl daarnaar ook overigens niet verwezen wordt. Noch Kummer's het hebben willen maken van een werk (vgl. wat heeft de maker bewogen tot zijn arbeid uit het Van Gelder/Van Rijn-arrest) noch het zgn. programma-criterium van Dommering is naar geldend Nederlands auteursrecht leidraad voor de beoordeling of sprake is van een werk. Hetzelfde geldt overigens ook voor Hugenholtz's min of meer terloops geïntroduceerde vereiste van een esthetisch oordeel.'

4.42.6. Naar Grosheides mening (nr. 12) volgt uit de auteursrechtelijke hoofdregel dat gesprekken (conversaties) voldoende eigen karakter kunnen hebben om in aanmerking te komen voor auteursrechtelijke bescherming. Zo vat hij ook de tekst in Spoor/Verkade/Visser, nr. 3.28, p. 99 op.

4.42.7. Onder IV concludeert Grosheide dat, nu gesprekken in beginsel in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming, ook de inhoud van de Endstra-tapes in beginsel kan worden gekwalificeerd als auteursrechtelijk werk. Hij vervolgt:

'Het hangt vervolgens van de waardering van de originaliteit in de zin van: eigen, persoonlijk karakter en persoonlijk stempel van de maker, af of de inhoud van de Endstra-tapes daadwerkelijk auteursrechtelijke bescherming toekomt. Dat vereist een juridisch-normatief oordeel op basis van de feiten. Uit de rechtspraak en in het bijzonder het Van Dale/Romme-arrest volgt dat bij die toetsing geen hogere eisen mogen worden gesteld.'

4.42.8. Grosheide besluit met zijn eigen waardering van de Endstra-tapes aan de hand van het Romme/Van Dale-criterium, welke waardering positief uitvalt(62).

4.42.9. De in het vorige nr. 4.42.8 bedoelde (feitelijke) waardering moet ik voor rekening van Grosheide laten. Ik herinner intussen aan de door het hof gegeven en als zodanig in cassatie vaststaande (feitelijke) waardering 'dat aan de achterbankgesprekken, waarin Endstra de door hem op vragen van de rechercheurs verschaft informatie op zijn manier heeft verwoord, een daarmee samenhangend eigen karakter en een persoonlijk stempel niet kan worden ontzegd'.

4.42.10. Voor het overige kan ik, andermaal verwijzend naar al hetgeen ik hiervoor, en in het bijzonder ook in de nrs. 4.23-4.23.10 heb geschreven, aangeven dat ik de hier besproken observaties van Grosheide - daargelaten de precieze bewoordingen - onderschrijf.

4.43. Annotatie Alberdingk Thijm. Het arrest van het hof is geannoteerd door Chr.A. Alberdingk Thijm in AMI 2007/4, p. 120. Zijn inleiding bevat de aardige - maar uiteraard voor zijn rekening blijvende - observatie: 'Enkele passages van de achterbankgesprekken zouden zo uit een toneelstuk van Harold Pinter zouden kunnen zijn gehaald. De stiltes, het door elkaar praten, de onbegrijpelijke reacties, de onverstaanbare teksten, de wrange humor - het zijn elementen die de stukken van Pinter beroemd maken.'

4.43.1. Alberdingk Thijm constateert (tiende alinea):

'Zowel de voorzieningenrechter als het hof achten van doorslaggevend belang dat Endstra de vormgeving van het gesprek niet bewust heeft gekozen. Voorzieningenrechter en hof impliceren daarmee dat degene die niet beoogt een auteursrechtelijk beschermd werk te creëren dat ook niet doet. Doordat Endstra louter informatie wilde overdragen en zich er mogelijk niet eens van bewust was dat zijn woorden letterlijk zouden worden opgeschreven, hebben zijn uitspraken geen eigen oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel. Het hof leidt dit mede af uit het beeld dat het transcript vertoont: een spontaan uit de mond gerolde informatieoverdracht in antwoord op gestelde vragen. Het hof wil hier niet mee zeggen dat de vormgeving van de antwoorden van Endstra louter gedicteerd is door de vragen van de CIE-rechercheurs. Integendeel. Het hof stelt vast dat Endstra de informatie op zijn eigen manier heeft verwoord en dat deze "een daarmee samenhangend eigen karakter en een persoonlijk stempel niet kan worden ontzegd". Dat betekent echter volgens het hof dat nog geen sprake is van een auteursrechtelijk beschermd werk.'

4.43.2. Alberdingk Thijm vervolgt (twaalfde alinea):

'De nadruk die het hof in rov. 4.7 legt op het persoonlijk stempel is wat raadselachtig. Het is juist dat het vereiste van een persoonlijk stempel met name ziet op de menselijke schepping. De relevantie hiervan ontgaat mij echter in dit geval. Het hof zal immers niet bedoelen dat het onderhavige voortbrengsel niet door mensen is gecreëerd. Het hof zal bedoelen dat de schepping in auteursrechtelijke zin ontbreekt. Ook hier lijkt het hof met name oog te hebben voor de wijze waarop de achterbankgesprekken tot stand zijn gekomen en op het feit dat het nimmer Endstra's bedoeling was een gesprek te creëren. Het hof spreekt immers over de wijze waarop het werk door zijn maker dient te zijn geconcipieerd. Dat moet volgens het hof op coherente wijze gebeuren.'

4.43.3. In de 13e t/m 15e alinea schrijft Alberdingk Thijm:

'Of de achterbankgesprekken auteursrechtelijk beschermd zijn, is een feitelijke vraag waarover men kan twisten. [...] De vraag is alleen of het hof op basis van de juiste juridische toets deze vraag beantwoordt.

Het enige criterium waaraan getoetst moet worden, is de welbekende vraag of het voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. Het heeft er echter alle schijn van dat het hof een nieuw criterium introduceert, namelijk de desbewustheid van het scheppen. Het hof lijkt daarmee te zeggen dat als Endstra het doel had of zich bewust was een beschermd werk te creëren, zijn uitspraken wél beschermd zouden zijn geweest. Afgezien dat sprake moet zijn van een menselijke schepping, is de wijze waarop de uiting tot stand is gekomen echter niet relevant voor de bescherming daarvan. Slechts het werk zelf is beslissend voor het antwoord op de vraag of het auteursrechtelijk beschermd is. Dat volgt ook uit de formulering van de Hoge Raad in Van Dale/Romme: het werk moet een eigen, oorspronkelijk karakter hebben en het persoonlijk stempel van de maker dragen.

Doordat het voortbrengsel zelf van doorslaggevend belang is, kan geabstraheerd worden van de (lastig te bewijzen) intenties van de maker. Het is ook niet van belang dat de woorden van Endstra spontaan uit zijn mond zijn gerold. De inspanning die de maker heeft moeten leveren om tot zijn werk te komen, dient geen rol te spelen bij de werktoets. Ook of sprake is van een "coherente creatie" lijkt mij in de praktijk een slecht werkbaar criterium.

Wat is de lakmoesproef om te bepalen of een werk in voldoende mate over een eigen oorspronkelijk karakter beschikt? Over die vraag zijn boeken vol geschreven. Het hof noemt onder meer de creatieve keuzes van de maker waar het werk blijk van moet geven. Daarmee geeft het hof terecht aan dat niet iedere keuze in auteursrechtelijke zin relevant is. De keuze moet niet voor de hand liggen, maar van een zekere mate van originaliteit getuigen. De keuzeleer is een goed handvat om te beoordelen of een werk auteursrechtelijk beschermd is, al wordt door diverse auteurs terecht gewaarschuld tegen versimpeling van de werktoets.'

4.43.4. Zoals met name in nr. 4.31 reeds bleek, kan ik mij in dit commentaar van Alberdingk Thijm vinden(63).

4.44. Annotatie Seignette. In IER 2007, nr. 21, p. 258 verscheen een annotatie onder het arrest van J.B.M. Seignette.

4.44.1. Seignette stelt voorop dat 'de meest basale bevoegdheid die een maker heeft op grond van het auteursrecht is om te bepalen óf en hoe zijn werk aan de openbaarheid wordt prijsgegeven.'

4.44.2. Ook Seignette (vijfde alinea) is van mening dat het hof aan het werk eisen stelt - bewust als coherente creatie concipiëren en creatieve keuzes maken - die uitstijgen boven die van het Van Dale/Romme-arrest. Het beroep dat het hof daarbij doet op het Van Gelder/Van Rijn-arrest van de Hoge Raad, overtuigt Seignette niet. Dat er sprake moet zijn van een bewust geconcipeerde coherente creatie, kan uit dat arrest volgens haar niet worden afgeleid, noch dat men bewust een geestelijke creatie heeft moeten willen scheppen:

'De Hoge Raad heeft hier veeleer willen onderstrepen dat het auteursrecht de vormgeving beschermt en niet het idee, de kennis, de ervaring, de stijl of welke bewegreden dan ook voor de feitelijke vormgeving.'

4.44.3. Seignette schrijft vervolgens (zesde alinea e.v.): 'Past men Van Gelder/Van Rijn en Van Dale/Romme toe op de gesprekken, dan is de vraag of de teksten van Endstra een eigen, oorspronkelijk karakter hebben en zijn persoonlijk stempel dragen. Het antwoord hierop is al snel ja, omdat het onwaarschijnlijk is dat iemand waargenomen gebeurtenissen op precies dezelfde wijze zal verwoorden. Waarnemingen, de intentie waarmee men waarnemingen met anderen deelt en de wijze waarop men dat doet, worden bepaald door de rol die men heeft in de waargenomen gebeurtenis, de belangen, kennis, referentiekader, enzovoort. Het feit dat Endstra zelf onderwerp van afpersing was, heeft hem niet alleen doen besluiten om zijn ervaringen met de politie te delen ("datgene wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen"), maar heeft ongetwijfeld ook invloed

gehad op zijn woordkeuze en op wat hij wel en niet vertelde ("de vormgeving, die de uiting is van datgene wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen").

[...]

Het hof erkent weliswaar dat Endstra heeft nagedacht over wat hij wel en niet zou zeggen, maar ziet hierin geen bewust geconcipeerde coherente creatie. Ook vindt het hof in de gesprekken geen aanwijzing dat Endstra bewust een geestelijke creatie heeft willen scheppen. Het hof combineert hier de twee opinies van Hugenholtz en Spoor.

[...]

Beide visies plaatsen uitingen buiten het auteursrechtelijke domein die er in mijn visie wel in thuis horen. Denk bijvoorbeeld aan een briefwisseling tussen geliefden, in feite een tweegesprek dat bedoeld is om gevoelens naar elkaar te uiten. De geliefden schrijven de brieven niet met de bedoeling om een werk van letterkunde te maken en ook niet om de brieven te publiceren. In de visie van Spoor dus niet beschermd.

Denk ook aan een toneel improvisatie of een muzikale improvisatie. Er wordt iets gespeeld wat vooraf niet bestond en waarvan men vooraf niet wist dat men het ging maken. Tijdens het spelen is er beperkt ruimte voor eenzijdige structurering en vormgeving, omdat men moet inspelen op het niet vooraf bepaalde spel van de andere deelnemers. Een - onbetwiste - creatie die in de door Hugenholtz beoogde afgrenzing buiten de boot dreigt te vallen. Tenzij men accepteert dat structurering en vormgeving ook kunnen ontstaan tijdens het spelen (schepping en uitvoering vallen samen) en kunnen voortvloeien uit de interactie tussen de spelers. Hugenholtz wijst dit echter van de hand en noemt dit als reden waarom sportprestaties buiten het domein van het auteursrecht vallen.'

4.44.4. Seignette concludeert (slotalinea):

'Al met al lijkt het hof hier een enigszins kunstmatige begrenzing van het auteursrechtelijk domein te hebben gezocht. Want wat betekent het dat men bewust een geestelijke creatie heeft moeten willen scheppen? Endstra voerde de gesprekken doelbewust, maar hoe hij zei wat hij had te zeggen, was niet ingegeven door de bedoeling een geestelijke creatie te scheppen. Hetzelfde geldt voor deze noot. Toch zal niemand ontkennen dat ik een werk heb gemaakt. Spoor zal dit wellicht verklaren uit het feit dat de gesprekken van Endstra niet van meet af aan gericht waren op publicatie en mijn noot wel. Deze verklaring doet echter geen recht aan het auteursrecht. Het maakt het werkbegrip afhankelijk van iets dat juist onderdeel vormt van het auteursrecht zelf: het recht om te beslissen óf men zijn werk aan de openbaarheid prijsgeeft. Het vertrouwelijke karakter van de gesprekken, zo schrijft ook Quaedvlieg in zijn door de erven Endstra ingebracht opinie, mag geen verschil maken.'

4.44.5. Nogmaals verwijzend naar hetgeen ik hiervoor en in het bijzonder in de nrs. 4.27-4.33 heb geschreven, kan ik aangeven dat ik, daargelaten de precieze bevoordingen en accenten, met het weergegeven commentaar van Seignette instem.

4.45. Commentaar Bousie. Bij de weergave van de rij van opinies en commentaren vermeld ik vervolgens het korte commentaar van H. Bousie dat is geplaatst op www.boek9.nl (B9 4378). Volgens Bousie miskent het hof in rov. 4.7 de essentie van ons auteursrecht. Hij schrijft:

'Het auteursrecht vormt de navelstreng tussen maker en werk. Zonder maker geen werk, zonder werk geen maker. Maar de eis stellen dat er sprake moet zijn van een bewuste keuze van een maker om het werk in een bepaalde vorm te gieten, en daarboven ook nog eens dat het een coherente creatie moet zijn doet afbreuk aan het creatief proces dat de basis vormt van de noodzaak tot bescherming. Men zal het zich niet gerealiseerd hebben in de rust van de studeerkamer, maar stelt u zich maar eens de casus voor van de debiele, imbeciele of psychotische kunstenaar. In inrichtingen en gezinsvervangende tehuizen worden door hen vaak de mooiste werken gemaakt. Niemand zal met de hand op het hart durven beweren dat zij een vooropgesteld doel hebben om hun werken in een bepaalde vorm te gieten, laat staan dat er sprake is van een coherente creatie.

Resultante van deze uitspraak van het hof is dat men voortaan ook de bescherming kan onthouden aan deze meest kwetsbare groep kunstenaars. Dat is één. En te veronderstellen dat kunst coherent moet zijn een te beperkt, elitaire manier van kijken naar kunst. [...]

4.46. De Cock Buning en Numann. Ten slotte citeer ik iets uit de bijdrage van M. De Cock Buning en E.J. Numann in hun bijdrage aan de Spoorbundel Een eigen oorspronkelijk karakter (2007), p. 25 e.v. Zij schrijven op p. 28:

'Meer recent heeft de publicatie van de Endstra-tapes aanleiding gegeven tot in rechte nog explicieter gevoerde domeindiscussies. Kunnen de vijftien gesprekken die vastgoedmagnaat Willem Endstra met rechercheurs van de Criminele Inlichtingeneenheid voerde en waarvan transcript werd gemaakt, worden aangemerkt als auteursrechtelijk werk? Mede steunend op een opinie van Spoor oordeelt het Hof Amsterdam van niet. Endstra zou niet het oogmerk hebben gehad om een auteursrechtelijk werk te creëren. Daarmee doet de interessante vraag zich voor of een daadwerkelijk oogmerk tot creatie van een werk verlangd moet worden om een voortbrengsel te kunnen toelaten tot het auteursrechtelijke domein. Om voor de hand liggende reden - op moment van afsluiten van deze bijdrage staat nog cassatieberoep open - laten we het wat dit betreft hierbij.'

5. Bespreking van het principale cassatieberoep

5.1. Het principale cassatieberoep gaat, zoals reeds gezegd, over de eisen die gesteld kunnen worden aan een auteursrechtelijk beschermd werk. Het richt zich met name tegen rov. 4.7 van 's hofs arrest, die ik gemakshalve hieronder nogmaals weergeef:

'4.7. Het hof volgt de zonen Endstra hierin niet en sluit zich aan bij het oordeel van de voorzieningenrechter. Het moge zo zijn dat aan de achterbankgesprekken, waarin Endstra de door hem op vragen van de rechercheurs verschaft informatie op zijn manier heeft verwoord, een daarmee samenhangend eigen karakter

en een persoonlijk stempel niet kan worden ontzegd, dit betekent nog niet dat er een auteursrechtelijk werk is ontstaan. Het vereiste van een persoonlijk stempel drukt immers ook uit, dat het werk het resultaat moet zijn van menselijk scheppen. Het hof onderschrijft de door Nieuw Amsterdam c.s. in het geding gebrachte opinie van prof. mr. J.H. Spoor, waar deze stelt: "Uit het feit dat een werk een eigen karakter moet hebben om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen mag niet omgekeerd worden afgeleid dat, als iets maar een eigen karakter heeft, er dan ook sprake is van een auteursrechtelijk beschermd werk."

Zoals de voorzieningenrechter terecht heeft overwogen, zijn de vereisten die voor auteursrechtelijke bescherming van een vormgegeven geestelijke schepping gelden laag, maar niettemin is er een drempel. Om van een werk in auteursrechtelijke zin te kunnen spreken moet, zoals uit de meergenoemde criteria voortvloeit, dat werk door zijn maker als coherente creatie zijn gconcipieerd. Het werk moet het resultaat zijn van enige, hoe gering dan ook, scheppende activiteit van de maker. Die eis kan ook worden afgeleid uit het nog steeds maatgevende standaardarrest uit 1946 waarin de Hoge Raad heeft uitgemaakt "dat alleen de vormgeving, die de uiting is van datgene, wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen, de bescherming van het auteursrecht geniet" (HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712, Van Gelder/Van Rijn). Het is dan ook evenzeer terecht dat de voorzieningenrechter, wiens oordeel het hof overneemt, van belang heeft geacht dat niet blijkt dat door Endstra creatieve keuzes zijn gemaakt voor de vorm van de achterbankgesprekken en evenmin dat hij bewust een geestelijke creatie wilde scheppen. De als transcript weergegeven gesprekken vertonen veeleer het beeld van een spontaan uit de mond gerolde zakelijke informatieoverdracht door Endstra in antwoord op aan hem gestelde vragen. Hoewel Endstra ook wel zal hebben nagedacht over wat hij wel en niet tegenover de rechercheurs wilde loslaten en daarbij selectief te werk zal zijn gegaan, komt bepaald niet tot uiting dat hij er bewust voor heeft gekozen zijn verhaal in deze vormgeving te gieten. De voorzieningenrechter is dan ook terecht en volgens de juiste maatstaf tot het oordeel gekomen, dat op de achterbankgesprekken geen auteursrecht rust en dat met de uitwerking van de gesprekken in het PV en de publicatie hiervan in het litigieuze boek geen auteursrecht van (de erfgenamen van) Endstra is geschonden. Grief 1 faalt derhalve.'

5.2. In de getrapte opbouw van het cassatiemiddel vormen de nrs. 1 t/m 11 een inleiding. Ik constateer dat deze inleiding mede feitelijke stellingen omvat, die niet behoren tot de feiten waarvan het hof (evenals de voorzieningenrechter) is uitgegaan. Ik houd mij uiteraard aan de laatstbedoelde feiten.

5.3. Nr. 12 behelst de algemene, maar nog niet gespecificeerde klacht waarin gerefereerd wordt aan strijd met art. 1 en art. 10 Aw, en strijd met de door mij hierboven besproken HR-arresten Screenoprints, Van Dale/Romme, Technip/Goossens en Kecofa/Lancôme). Deze klacht is vervolgens uitgewerkt in rechts- en motiveringsklachten onder I (nrs. I.1-I.12) en

voorwaardelijke motiveringsklachten onder II (nrs. II.1-II.2).

5.4. Aan de hand van onderdeel I.2 van het middel (het inleidende onderdeel I.1 behoeft geen zelfstandige bespreking) stel ik het volgende voorop.

In de tweede volzin van rov. 4.7 overweegt het hof: 'Het moge zo zijn dat aan de achterbankgesprekken, waarin Endstra de door hem op vragen van de rechercheurs verschaft informatie op zijn manier heeft verwoord, een daarmee samenhangend eigen karakter en een persoonlijk stempel niet kan worden ontzegd, dit betekent nog niet dat er een auteursrechtelijk werk is ontstaan.'

Indien (i) de strofen 'op zijn manier heeft verwoord' en 'daarmee samenhangend eigen karakter en een persoonlijk stempel' aldus gelezen moeten worden dat het hof daarmee doelt op een (statistisch bezien) 'onvermijdelijke' uniciteit die aan ieder iets langer gesprek eigen zal zijn, en indien (ii) het hof daarmee (dus) niét doelt op een 'eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel' in de zin van de in nr. 5.3 bedoelde jurisprudentie van de Hoge Raad, zou het uitgangspunt van het middel (onder I.2) dat het hof wél van zodanig eigen karakter en persoonlijk stempel zou zijn uitgegaan - wegens verkeerde lezing - feitelijke grondslag missen. In onderdeel I.2 ligt de (als het ware 'voorwaardelijke') klacht besloten dat het arrest bij een zodanige lezing innerlijk tegenstrijdig en onbegrijpelijk zou zijn.

5.5. Overeenkomstig de wens van de steller van deze (dus niet slagende, 'voorwaardelijke') klacht, acht ik een dergelijke lezing inderdaad onaannemelijk. Het ligt immers - in de eerste plaats - voor de hand dat het hof een eventuele zodanig beperkte bedoeling van deze strofen ('op zijn manier heeft verwoord' en 'daarmee samenhangend eigen karakter en een persoonlijk stempel') veel duidelijk(er) tot uitdrukking zou hebben gebracht. In de tweede plaats staat haaks op zo'n lezing de moeite die het hof in het vervolg van rov. 4.7 heeft genomen om de verwerping van auteursrechtelijke bescherming te motiveren met inhoudelijke argumenten die bepaald niet een kopie zijn van de overwegingen van de Hoge Raad omtrent de toets van een 'eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel' in zijn onder nr. 5.3 bedoelde (en verdere, hierboven in nrs. 4.11 t/m 4.23.10 besproken) jurisprudentie.

5.6. Onderdeel I.3 van het getrap opgebouwde middel wijst op een zestal door het hof in rov. 4.5 en rov. 4.7 gehanteerde criteria die alle zouden afwijken van het in rov. 4.4 (terecht) vooropgestelde criterium van het 'eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel' en die ook onderling verschillen, zodat niet, althans onvoldoende duidelijk is, van welke maatstaf het hof is uitgegaan. Volgens het onderdeel heeft het hof bij het hanteren van deze (ook onderling) afwijkende criteria auteursrechtelijke bescherming onthouden omdat, in de opvatting van het hof:

a) de gesprekken niet tot doel hadden het bewust vormgeven van een verhaal (rov. 4.5; weergave van het oordeel van de Voorzieningenrechter en rov. 4.7, p. 7 onderaan);

b) W. Endstra voor de vorm van het gesprek geen creatieve keuzes heeft gemaakt (rov. 4.5 en rov. 4.7);

c) in de wijze waarop W. Endstra zijn verhaal heeft verteld niet tot uiting komt dat hij bewust een geestelijke creatie wilde scheppen (rov. 4.5 en rov. 4.7);

d) het werk niet het resultaat is van menselijk scheppen (rov. 4.7);

e) 'zoals uit de meergenoemde criteria voortvloeit' het werk niet als coherente creatie is geconcipieerd (rov. 4.7);

f) het werk niet het resultaat is van enige scheppende activiteit van de maker.

5.7. Nu dit onderdeel de hier bedoelde zes criteria niet inhoudelijk bestrijdt - dat gebeurt in latere onderdelen - en nu dit onderdeel kennelijk (nog) niet uitsluit dat het bezigen door de rechter van de daar bedoelde termen (deels) als het bezigen van synoniemen zou kunnen worden opgevat, kan het m.i. geen slagende klacht dragen, en dus niet tot cassatie leiden. Het (afzonderlijk) belang bij deze klacht is mij evenmin duidelijk geworden.

5.8. Onderdeel I.4 wil voorop gesteld zien dat, áls uit het bestreden arrest al een door het hof aangelegd criterium op te maken valt, dit, in het licht van de aangehaalde overwegingen (met name ook de verwijzing naar het oordeel van de voorzieningenrechter en het expliciet verwerpen van het standpunt van de zonen Endstra, inhoudende dat het auteursrecht geen 'bewustheidseis' stelt en ook onbewust een geestelijke creatie en daarmee een auteursrechtelijk beschermd werk tot stand kan worden gebracht, rov. 4.7) alleen zo begrepen kan worden dat het hof, om te kwalificeren als een auteursrechtelijk beschermd werk, de (aanvullende) eis(en) gesteld heeft dat de maker 'bewust een geestelijke creatie wilde scheppen' en/of dat de maker 'bewust voor de vorm van het werk creatieve keuzes heeft gemaakt'. Het onderdeel bevat de - net zoals onderdeel I.2 'voorwaardelijke' - klacht dat het arrest, als het anders begrepen moet worden, dan onvoldoende is gemotiveerd, aangezien het hof dan niet (voldoende) duidelijk maakt welk juridisch criterium het dan wél aanlegt, en omdat het arrest in dat geval innerlijk tegenstrijdig is (nu deze eis(en) in ieder geval ook aldus door het hof geformuleerd is/zijn).

5.9. Ook hier faalt m.i. - overeenkomstig de wens van de steller - de (voorwaardelijke) klacht. Uitgaande van de lezing (zie hierboven nrs. 5.4-5.5 bij de bespreking van onderdeel I.2), dat het hof aan de 'achterbankgesprekken' niet een eigen karakter en persoonlijk stempel heeft ontzegd, heeft het hof, ter motivering van de afwijzing van de auteursrechtelijke aanspraak inderdaad de in het onderdeel bedoelde eisen - in onderdeel I.3 nog verkort aangeduid als: de eis(en) dat 'de maker bewust een geestelijke creatie wilde scheppen en/of bewust een vormgeving heeft gekozen'(64) - gesteld.

Hierbij kan, wat dit onderdeel betreft, nog in het midden blijven of het hof van oordeel was dat die eisen voortvloeien uit het blijkens rechtspraak van de Hoge Raad vereiste eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel, dan wel bedoeld heeft zodanige eisen

te stellen naast het door de Hoge Raad bedoelde eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel.

5.10. Onderdeel I.5 klaagt vervolgens dat het arrest innerlijk tegenstrijdig is, omdat het stellen van aanvullende eisen afwijkt van de vooropstelling in rov. 4.4, waarin het hof het 'EOK & PS'-criterium benadrukt. Door aldus in rov. 4.4 een ander juridisch criterium aan te leggen dan in rov. 4.7, is het arrest innerlijk tegenstrijdig en derhalve niet naar behoren gemotiveerd. Zo het hof geacht moet worden alleen de toets door hem omschreven in rov. 4.4 te hebben toegepast, is 's hofs oordeel onbegrijpelijk en derhalve niet voldoende gemotiveerd, waar het de auteursrechtelijke bescherming afwijst op basis van de (andere en aanvullende), hiervoor onder I.3 omschreven (zes) eis(en) die het aan een auteursrechtelijk beschermd werk stelt.

5.11. Het onderdeel slaagt, tenzij geoordeeld zou moeten worden dat in onderdeel I.3 bedoelde (zes) eis(en) inderdaad zouden voortvloeien uit het algemene criterium van het eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel, of zelfs synoniem daarmee zijn. Dit laatste is m.i. evenwel niet het geval.

Zoals in deel 4 van deze conclusie uiteengezet (vgl. met name nrs. 4.22-4.23.10 en 4.27-4.34), omvat de eis van het eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel niét:

(ad a, c en e van onderdeel I.3) dat de persoon in kwestie het doel moet hebben om diens voortbrengsel van de geest bewust vorm te (willen) geven als 'verhaal' of ander werk, noch dat door deze persoon het voortbrengsel als coherente creatie is geconcipieerd.

Zoals eveneens in deel 4 van deze conclusie uiteengezet (vgl. met name nr. 4.23.6 over het Van Dale/Romme-arrest) en nr. 4.25) impliceert de eis van het eigen, oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel wél:

(ad b, d en f van onderdeel I.3) dat sprake is van creatieve keuzes, resp. dat het werk het resultaat is van menselijk scheppen (enige scheppende activiteit van de maker). De mate waarin daarvan sprake dient te zijn (vgl. andermaal nrs. 4.22-4.23.10 en 4.27-4.34), gaat evenwel niet verder dan:

(i) de vaststelling dat het gaat om een oorspronkelijk voortbrengsel van de geest van de onderhavige maker (indien dat omstreden is, maar dat is in deze zaak niet omstreden), en

(ii) de vaststelling dat het voortbrengsel (nu juist) een eigen karakter en persoonlijk stempel van de maker draagt.

Omdat het hof (inderdaad, en terecht) in rov. 4.4 de eis van het eigen, oorspronkelijk karakter een persoonlijk stempel als maatgevend heeft aangemerkt, maar vervolgens op grond van de in het onderdeel (in verbinding met onderdeel I.3) bedoelde, niet corresponderende criteria de auteursrechtelijke bescherming heeft afgewezen, slaagt de klacht.

5.12. De onderdelen I.6, I.7 en I.8 bevatten (vanuit verschillende invalshoeken) de rechtsklachten dat het hof te vergaande eisen heeft gesteld aan de beschermbaarheid van een voortbrengsel door het auteursrecht. Ik behandel de drie klachten in omgekeerde volgorde.

5.13. Onderdeel I.8 heeft de verste strekking, waar het verdedigt dat aan een auteursrechtelijk beschermd werk uitsluitend de eis kan worden gesteld dat het voortbrengsel niet ontleend is en eigen karakter heeft.

Dit onderdeel faalt. Naast de door het onderdeel terecht onderkende eis van het (qua auteursrechtelijk relevante trekken) 'niet ontleend zijn', stelt uw Raad aan het voortbrengsel niet alleen de eis van een eigen karakter, maar ook die van een persoonlijk stempel. Dat laat zich verklaren door de omstandigheid dat men aan een niet eerder (in die vorm bestaand, dus 'objectief nieuw') voortbrengsel in zoverre een 'eigen karakter' (immers: afwijkend van het bestaande) zou kunnen toekennen. Maar dat alleen is dus niet genoeg. Dit wordt goed geïllustreerd door het Van Dale/Romme-arrest van 4 januari 1991, waar de Hoge Raad ten aanzien van een nieuwe (en in die zin van een eigen karakter getuigende) selectie van tot de Nederlandse taal behorende woorden het 'EOK & PS'-criterium nader invulde met het vereiste dat die selectie van een 'persoonlijke visie' moest getuigen: zie nrs. 4.17 en 4.23.6.

Onderdeel I.8 slaagt dus niet.

5.14. Onderdeel I.7 stelt dat voor de kwalificatie als auteursrechtelijk beschermd werk uitsluitend de eisen kunnen worden gesteld als omschreven in de arresten van 29 november 1985 (Screenoprints/Citroën), 4 januari 1991 (Van Dale/Romme), 24 februari 2006 (Technip/Goossens) en 16 juni 2006 (Kecofa/Lancôme). Daartoe behoort/behoren niet de door het hof gehanteerde aanvullende eis(en) dat 'de maker bewust een geestelijke creatie wilde scheppen en/of bewust een vormgeving heeft gekozen' en dat 'het werk door zijn maker als coherente creatie is geconcipieerd'. Het hof miskent dat voor de vraag of de gesprekken in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming uitsluitend beslissend is of het daarbij gaat om een voortbrengsel (dat vatbaar is voor menselijke waarneming en) dat eigen oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. Weliswaar vindt het werkbegrip van de Auteurswet zijn begrenzing daar waar het eigen oorspronkelijk karakter enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect, maar daarvan is in deze zaak geen sprake (en dat is door het hof ook niet vastgesteld). In het bijzonder bestaat er geen ruimte voor het aanleggen van de eis(en) dat 'de maker bewust een geestelijke creatie wilde scheppen en/of bewust een vormgeving heeft gekozen', omdat ook onbewust een geestelijke creatie en daarmee een auteursrechtelijk beschermd werk tot stand gebracht kan worden, welk uitgangspunt het hof blijkens rov. 4.6 in fine en 4.7 eerste zin, ten onrechte uitdrukkelijk verwerpt. Voor zover dit oordeel van het hof anders begrepen zou moeten worden is het onbegrijpelijk.

5.15. Ik acht deze rechtsklacht (en voor zover nodig daarop voortbouwende motiveringsklacht) gegrond. Dit volgt uit deel 4 van deze conclusie (vgl. met name nrs. 4.22-4.23.10 en 4.27-4.34(65)).

5.16. De eerste klacht van onderdeel I.6 houdt in dat, voor zover rov. 4.7 zo gelezen zou moeten worden dat het hof bedoeld heeft daarin een nadere invulling te ge-

ven van (een deel van) de toets als omschreven in rov. 4.4 ('EOK & PS'), zijn oordeel rechtens onjuist is. Meer in het bijzonder wordt geklaagd dat er dan sprake is van een niet alleen onjuiste maar ook onwenselijke terugkeer naar de in Nederland (al in 1912, en internationaal) verlaten 19e eeuwse benadering van het auteursrecht, waarin de rechter de kunstwaarde van een werk dient te beoordelen, omdat auteursrechtelijke bescherming afhankelijk wordt gesteld van de (al dan niet kunstzinnige) bedoelingen van de maker.

5.17. Deze klacht overdrijft, door het hof een mate van 'neoclassicisme' te verwijten die niet uit het arrest valt op te maken, en faalt in zoverre.

Voor zover in de klacht besloten ligt dat de door het hof gestelde eisen van een bewust vorm (willen) geven als 'verhaal' of ander werk, of het concipiëren als coherente creatie niet gesteld behoren te worden, valt zij samen met het hiervoor besproken onderdeel I.7 en deelt zij het lot daarvan.

5.18. Onderdeel I.6 bevat in de laatste alinea nog een tweede klacht. Voor het geval het hof geacht zou moeten worden in de bestreden overwegingen tot uitdrukking te hebben gebracht dat bij de beoordeling of sprake is van een auteursrechtelijk beschermd werk relevant is dat de maker het werk heeft vastgelegd op een bepaalde drager (papier, band, geheugenchip, etc), is 's hofs oordeel rechtens onjuist, aldus deze klacht.

De klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Dat het hof een vastlegging op een (bepaalde) drager relevant geacht zou hebben, valt in het arrest niet te lezen.

5.19. De onderdelen I.11 en I.12 (onderdelen I.9 en I.10 ontbreken) zijn voorgedragen voor zover het oordeel van het hof zo begrepen zou moeten worden dat het met de aanvullende eis(en) een nadere aanvulling heeft gegeven aan het begrip 'voortbrengsel'. Ook voor de vraag of sprake is van een 'voortbrengsel' is niet maatgevend of het werk door zijn maker als 'coherente creatie is geconcipeerd' of dat de maker 'bewust' een geestelijke creatie wilde scheppen, aldus de klacht.

5.20. De onderdelen falen bij gebrek aan feitelijke grondslag dan wel bij gebrek aan belang. Uit niets blijkt dat het hof bij zijn beoordeling een van de door hem uitgevoerde 'werktoets' afwijkende 'voortbrengseltoets' zou hebben uitgevoerd, dan wel aan het begrip 'voortbrengsel' zwaardere eisen zou hebben willen stellen dan aan het ingevolge art. 1 en art. 10 Aw decisieve begrip 'werk', dan wel - zoals onderdeel I.12 suggereert - geoordeeld zou hebben dat mogelijk niet voldaan zou zijn aan een 'af te bakenen eenheid'-toets.

5.21. Onderdeel II van het cassatiemiddel is voorwaardelijk ingesteld. Indien het oordeel mocht zijn dat het hof een rechtens juist criterium heeft aangelegd voor de beoordeling of van auteursrechtelijk beschermd werk sprake is (des neen), dan geldt dat het oordeel van het hof in rov. 4.5-4.7 in ieder geval onbegrijpelijk is. De klachten, wat daarvan zij, behoeven geen bespreking nu onderdeel I van het cassatiemiddel gegrond is bevonden.

6. Bespreking van het incidentele cassatieberoep

6.1. In het arrest a quo heeft het hof niet de door Nieuw Amsterdam c.s. verlangde proceskosten inclusief 'ad-

vocatenkosten' ad € 29.957,65 toegekend, doch een proceskostenveroordeling op de voet van art. 237 Rv (ad € 2.682,- salaris procureur en € 296,- verschotten) uitgesproken.

Hiertegen richt zich het incidentele cassatiemiddel van Nieuw Amsterdam c.s.

6.2. Nieuw Amsterdam c.s. baseerden hun aanspraak op art. 14 van de Richtlijn 2004/48/EG betreffende handhaving van intellectuele eigendomsrechten(66) (hierna: de Richtlijn), in werking getreden op 20 mei 2004 met als uiterste implementatiedatum 29 april 2006 (art. 20). Artikel 14 van de Richtlijn bepaalt:

'De lidstaten dragen er zorg voor dat, als algemene regel, redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, door de verliezende partij zullen worden gedragen, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.'

6.3. De Richtlijn is inmiddels in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd, krachtens de wet van 8 maart 2007, Stb. 108. Nederland heeft de uiterste implementatiedatum van 29 april 2006 dus niet gehaald: de omzettingwetgeving trad (1 jaar en 2 dagen later) in werking op 1 mei 2007.

De regeling inzake de proceskostenveroordeling is neergelegd in het nieuwe art. 1019h Rv, deel uitmakend van de nieuwe titel 15 (van het derde boek) 'Van rechtspleging in zaken betreffende rechten van intellectuele eigendom', en luidende:

'Voor zover nodig in afwijking van de tweede paragraaf van de twaalfde afdeling van de tweede titel van het eerste Boek en in afwijking van artikel 843a, eerste lid, wordt de in het ongelijk gestelde partij desgevorderd veroordeeld in redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.'

6.4. De wet van 8 maart 2007, Stb. 108 kent een overgangsbepaling in art. IX, luidende:

'Deze wet is niet van toepassing op procedures waarvan de dagvaarding of het verzoekschrift vóór of op de dag van inwerkingtreding ervan is uitgebracht.'

6.5. De MvT (TK 2005-2006, 30392, 3, p. 33) bij deze bepaling luidde:

'Krachtens het voorgestelde overgangsrecht zal deze wet niet van toepassing zijn op lopende procedures. Het is niet in belang van een efficiënte procesvoering als ten gevolge van de nieuwe wet in een lopende procedure bij vermeerdering van eis de gevorderde maatregelen uitgebreid kunnen worden. Wel zal de nieuwe wet van toepassing zijn bij het instellen van hoger beroep.'

6.6. In deze zaak van de zonen Endstra tegen Nieuw Amsterdam c.s. dateert de inleidende dagvaarding van 4 mei 2006, maar debat over de proceskosten in eerste aanleg is niet aan de orde. De appeldagvaarding is van 29 mei 2006, het arrest van het hof van 6 februari 2007, en de cassatiedagvaarding van 3 april 2007. Alle data zijn gelegen tussen de uiterste implementatiedatum van de Richtlijn (29 april 2006) en de inwerkingtreding van de implementatiewet (1 mei 2007).

6.7. Uit gepubliceerde rechtspraak en uit literatuur blijkt dat de feitenrechtters in overwegende mate poe-

dig na 29 april 2006 de bestaande nationale wettelijke regeling inzake de proceskostenveroordeling (art. 237 Rv) 'Richtlijnconform' hebben toegepast, en dus in I.E.-zaken zijn uitgegaan van werkelijk gemaakte advocatenkosten. Ik verwijs naar overzichten c.q. vindplaatsen in artikelen van D.J.G. Visser/A. Tsoutsanis, De volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken, in NJB 29 september 2006, pp. 1940-1946, en M. Driessen, De willekeur van de proceskostenveroordeling, in BIE 15 juni 2007, pp. 343-350(67).

6.8. Hoewel bij pleidooien in cassatie zijdens de zonen Endstra een punt van twijfel is signaleerd(68), gaan partijen over en weer uit van de mogelijkheid van richtlijnconforme uitleg van de nog niet aangepaste nationale wet. Dit blijkt uit de over en weer gevraagde kostenveroordelingen in cassatie (waarover nader onder 7).

6.9. Naast de vrij algemene bereidheid van de feitenrechters tot richtlijnconforme uitleg van de algemene proceskostenregeling, hebben de onder 6.7 genoemde auteurs aanzienlijke verschillen bij de toepassing geconstateerd, waarvan ik hier noem een soms wel, soms niet gehanteerde afwijzings- of matigingsgrond:

- afwijzing wegens onvoldoende onderbouwing/specificatie of te late vordering (zie bij Visser/Tsoutsanis pp. 1944-1945);
- afwijzing in kort geding wegens niet-spoedeisendheid (verwijzing voor deze kosten naar een bodemprocedure; zie bij M. Driessen onder 5.3);
- afwijzing omdat het niet om grootschalige namaak of piraterij ging (zie bij M. Driessen onder 5.1, 5.2 en 5.5);
- matiging omdat de zaak met aanzienlijk minder kosten/uren had moeten kunnen worden behandeld (zie bij M. Driessen onder 5.2).

6.10. Het hof heeft de afwijzing van de proceskosten-aanspraak ad € 29.957,65 van Nieuw Amsterdam c.s. als volgt gemotiveerd:

'4.13. In de memorie van antwoord hebben Nieuw Amsterdam c.s. geconcludeerd tot veroordeling van de zonen Endstra in de kosten van het geding, "de advocatenkosten van geïntimeerden daaronder begrepen". Eerst aan het eind van het pleidooi heeft de raadsman te kennen gegeven dat aanspraak wordt gemaakt op toeschatting van proceskosten op de voet van art. 14 van de Handhavingsrichtlijn (Richtlijn 2004/48/EG) welke op 29 april 2006 in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd had moeten zijn. Hij heeft daarbij een specificatie van advocatenkosten overgelegd tot een totaal van € 29.957,65. Het is in strijd met een goede procesorde om de aldus verlangde kostenveroordeling, die niet althans onvoldoende duidelijk valt af te leiden uit de bewoordingen van de memorie van antwoord, in een zo laat stadium expliciet te verwoorden en pas dan een begroting te overhandigen aan de wederpartij, waardoor deze zich daartegen ongenoegzaam heeft kunnen verweren. Het hof zal bij de veroordeling in de proceskosten deze daarom op de gebruikelijke wijze op de voet van art. 237 Rv toeschatten.'

6.11. De algemene klacht van het incidentele middel - op p. 4 van de conclusie van antwoord - luidt:

'Ten onrechte en/of zonder begrijpelijke, althans toereikende motivering heeft het hof overwogen en beslist als in rov. 4.13 e.v. van zijn arrest is weergegeven, door bij de veroordeling van de erven Endstra in de kosten van het geding in hoger beroep expliciet slechts rekening te houden met, en deze kosten geheel en uitsluitend te begroten conform, "het gebruikelijke liquidatietarief", in plaats van uit te gaan van de werkelijke advocatenkosten, onder toepassing van art. 14 van de Richtlijn, zoals uitdrukkelijk door Nieuw Amsterdam c.s. verzocht.'

De klacht wordt uitgewerkt en toegelicht in de onderdelen 1 t/m 3.

6.12. Onderdeel 1 bevat - samengevat - de klacht dat het hof bij zijn oordeel dat het 'in strijd met een goede procesorde [is] om de aldus verlangde kostenveroordeling, die niet althans onvoldoende duidelijk valt af te leiden uit de bewoordingen van de memorie van antwoord, in een zo laat stadium expliciet te verwoorden [...], waardoor deze zich daartegen ongenoegzaam heeft kunnen verweren' miskend heeft: (i) dat de rechter op grond van art. 237 lid 1 Rv in het algemeen de in het ongelijk gestelde partij in de kosten behoort te veroordelen, ook zonder daartoe geformuleerde aanspraak; (ii) dat art. 14 van de Richtlijn geen 'vordering' o.i.d. als vereiste stelt en dat ingevolge 's hofs verplichting tot richtlijnconforme interpretatie het hof zo nodig ambtshalve en in elk geval gezien de conclusie van de MvA richtlijnconform had moeten oordelen; (iii) dat, nu bij MvA onder de veroordeling in de gedingkosten mede advocatenkosten waren gevorderd, voor de advocaat van de zonen Endstra duidelijk had moeten zijn dat toepassing van art. 14 van de Richtlijn beoogd werd, mede gelet op al bestaande discussies in de algemene en de specifieke I.E.-literatuur; (iv) dat noch Europese, noch nationale bepalingen, noch eisen van goede procesorde voorschrijven dat een partij naast het expliciet invoeren van het door haar beoogde rechtsgevolg ook de specifieke rechtsbron zou moeten noemen; en (v) dat bij het ontbreken van enige (serieuze) aanwijzing voor niet-toepasselijkheid in casu van art. 14 Richtlijn, niet valt in te zien waarom de zonen Endstra niet rechtens onvoldoende gelegenheid zouden hebben gehad om - zo nodig na een korte schorsing - nog inhoudelijk op het verlangen van Nieuw Amsterdam c.s. te reageren. Onderdeel 2 neemt tot uitgangspunt dat 's hofs rov. 4.13 niet alleen of niet zozeer in het vóór de mondelinge behandeling onvoldoende duidelijke karakter van het verzoek zou zijn gelegen, maar ook of vooral in het pas toen presenteren van de specificatie. Daartegen voert het onderdeel - samengevat - aan (i) dat de betreffende opgave slechts 12 tekstregels met elk hooguit enkele woorden en getallen besloeg; (ii) dat van die opgave uitsluitend of althans voornamelijk de aan het appelverweer bestede uren en het hierop toepasselijke tarief van belang waren; (iii) dat daarom niet valt in te zien dat, zo nodig na een korte schorsing, daarop ter zitting niet gereageerd kon worden; en (iv) niets het hof belette om de zonen Endstra de gelegenheid te geven over deze kostenkwestie nog een akte te nemen.

Volgens onderdeel 3 klemt het in de onderdelen 1 en 2 gestelde te meer - samengevat - (i) omdat het hier om

een door de zonen Endstra geëntameerd spoedappeling, waardoor de advocaat van Nieuw Amsterdam c.s. onder hoge tijdsdruk moest werken; (ii) omdat uit het P-V niet blijkt waarom van de zonen Endstra - zelfs niet na een korte schorsing of bij akte - geen inhoudelijke reactie meer kon of mocht worden gevegd; (iii) omdat volgens het P-V het door de zonen aangevoerde bezwaar slechts betrekking had op het ontbreken van enige 'advocatenkosten-vordering' vóór het pleidooi; en (iv) omdat het hof gezien het 'algemene regel'-karakter van art. 14 Richtlijn en daarin vastgelegde criteria een voldoende mate van vrijheid en (dus) verplichting had om een serieus bedrag voor de 'advocatenkosten' van Nieuw Amsterdam c.s. toe te wijzen: het zou, gezien de inhoud en omvang van de appelstukken, sowieso niet voor redelijke betwisting vatbaar zijn geweest dat Nieuw Amsterdam c.s. voor hun appelverweer aanzienlijk meer dan € 2.682,- aan redelijkheids-, evenredigheids- en billijkheidshalve te vergoeden advocatenkosten hebben moeten maken.

6.13. Ook indien men ervan uitgaat dat richtlijnconforme uitleg van art. 237 Rv in casu toegelaten en, desgevorderd, in principe zelfs geboden was, blijft staan dat over de uitleg en toepassing van art. 14 van de Richtlijn debat mogelijk is en mogelijk moet zijn, net zo goed als - na de implementatie - dito debat over art. 1019h Rv.

Over kostenveroordeling op basis van het liquidatietarief pleegt in het algemeen geen debat plaats te hebben; dat - in verhouding tot de werkelijke kosten inderdaad lage - tariefsysteem dient nu juist mede daarvoor.

Bij kostenveroordeling op basis van art. 14 Richtlijn is dat heel anders. Niet alleen omdat het om veel hogere bedragen gaat moet daarover serieus debat mogelijk zijn (in het staatje bij Visser/Tsoutsanis in NJB 2006, op p. 1942, over de eerste 12 kort-geding-zaken in eerste aanleg, gaat het om bedragen tussen €4.200 en €24.700; in de onderhavige zaak gaat het over een verschil tussen €2.682 en €29.957,65).

Debat moet temeer mogelijk zijn in het licht van de door art. 14 van de Richtlijn zelf nu juist gegeven criteria, waarbij, 'als algemene regel' (slechts) 'redelijke' en 'evenredige' kosten door de verliezende partij zullen worden gedragen, met vervolgens nog de extra correctiemogelijkheid: 'tenzij de billijkheid zich daartegen verzet'. Vgl. ook considerans 17 van de Richtlijn:

'De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen waarin deze richtlijn voorziet, moeten in elk afzonderlijk geval zodanig worden vastgesteld dat naar behoren rekening wordt gehouden met de specifieke kenmerken van dat geval, waaronder de specifieke kenmerken van elk intellectuele-eigendomsrecht en in voorkomend geval de opzettelijke of onopzettelijke aard van de inbreuk.'

Ik herinner aan de onder 6.9 al vermelde discussiepunten: voldoende onderbouwing van het gevraagde bedrag; matiging wegens onevenredigheid; vatbaarheid voor toewijzing in kort geding; beperking tot gevallen van 'piraterij' of 'grootschalige namaak' of althans een ander 'tarief' in niet tot die categorie behorende gevallen; voorts invloed van goede trouw aan de zijde van de

verliezende partij. Vgl. ook de MvT bij het wetsvoorstel (TK 30392, 3, blz. 26:)

'De rechter zal moeten komen tot een veroordeling in evenredige kosten, te toetsen aan de redelijkheid en billijkheid. Deze billijkheid zal bijvoorbeeld meespelen bij de proceskostenveroordeling van een inbreukmaker te goeder trouw. Beperking van de proceskostenveroordeling tot hetgeen onder het huidige recht gebruikelijk is, ligt dan meer voor de hand dan een volledige kostenveroordeling. Deze laatste ligt vooral in de rede wanneer het gaat om grootschalige namaak of piraterij. Voor de inbreuken die daartussen liggen, zal de rechter naar verwachting naar bevind van zaken handelen en beoordelen wat redelijke en evenredige kosten zijn die door de verliezende partij dienen te worden gedragen.'(69)

Nóg een discussiepoint, gebleken bij de behandeling van het wetsvoorstel, is bijv. de toepassing van de Richtlijn in 'gemengde zaken'(70). In casu was bij het hof ook de onrechtmatige-daad-grondslag aan de orde.

6.14. Als debat mogelijk moet zijn, dan moet men zich daarop ook behoorlijk kunnen voorbereiden. Dat vloeit voort uit de in o.m. art. 6 EVRM bedoelde immanente regels en beginselen, waaronder hoor en wederhoor. Er kan geen (communautairrechtelijke) twijfel over bestaan dat dit ook moet gelden voor de geheel of gedeeltelijke toewijsbaarheid van door de verliezende partij te dragen gerechtskosten en andere kosten in de zin van art. 14 van de Richtlijn. Bij gebreke aan (verdere) harmonisatie van het procesrecht in burgerlijke, handels- en I.E.-zaken, zullen (ook) de nationale regels en beginselen van een 'goede procesorde' hier hun functie kunnen en dienen te vervullen.

6.15. Dat brengt mee dat er m.i. geen twijfel over kan bestaan dat het (in deze zaak nog niet aan de orde zijnde) nieuwe art. 1019h Rv zonder strijd met communautair recht kan bepalen dat de in het ongelijk gestelde partij desgevorderd wordt veroordeeld in de kosten op de hier bedoelde voet, ook al vermeldt art. 14 van de Richtlijn het woord desgevorderd of een synoniem daarvan niet. Immers: hoe kan de rechter 'in the blind' werkelijke kosten aan de hand van de criteria van art. 14 van de Richtlijn en art. 1019h Rv toewijzen als ze niet gevorderd zijn? Dat zou wellicht anders kunnen worden indien er een bijzonder forfaitair liquidatietarief voor art. 1019h-kosten tot stand komt, maar dat is er nu nog niet(71).

6.16. Een tegenpartij kan zich dus niet behoorlijk verweren en een rechter kan niet behoorlijk recht doen als zonder behoorlijke gelegenheid tot tegenspraak afgestaan zou moeten worden op de advocatendeclaratie. Dat in verstekzaken ook ten deze ons nationale criterium '(niet) onrechtmatig of ongegrond' kan worden toegepast, zal Europees wel worden geaccepteerd, gezien alle waarborgen voor de niet verschenen gedaagde in een verzetprocedure. Maar voor de wél verschenen gedaagde dient adequaat verweer mogelijk te zijn, en dat veronderstelt een desbetreffende vordering, omdat anders sowieso voldoende verweermogelijkheid ontbreekt. Dat is dus, als gezegd, in het nieuwe art. 1019h Rv expliciet bepaald, maar het moet zonder twijfel ook

gelden voor een anticiperende 'richtlijnconforme' art. 237 Rv/art. 14 Richtlijn-vordering.

6.17. Tegen de hier geschetste achtergrond faalt het middel m.i. in al zijn onderdelen.

6.18. Zonder dat ik mij gehouden acht om na bovenstaande uiteenzetting nog alle (sub)-onderdelen na te lopen, noteer ik nog het volgende:

- Ad onderdeel 1: argument (i) snijdt geen hout; argument (ii) gaat uit van een onmiskenbaar (ook communauairrechtelijk) onjuiste rechtsopvatting; argument (iii) stuit af op de aan het hof voorbehouden en niet onbegrijpelijke uitleg van de processtukken, waaraan het onder (iv) bedoelde argument niet kan afdoen, beslissend is dat het hof niet onbegrijpelijk kon oordelen dat de advocaat van de zonen Endstra uit de vermelding in het petitum van de MvA niet verdacht behoefde te zijn op een aanspraak als bij pleidooi overgelegd. Argument (v) stuit af op het aan het hof voorbehouden kennelijke en niet onbegrijpelijke oordeel dat (1) Nieuw Amsterdam c.s. in de toen prille fase van anticiperende Richtlijnconforme interpretatie duidelijker had kunnen en moeten zijn in het MvA-petitum, en/of (2) dat het onderwerp eerder dan pas aan het eind van het pleidooi door Nieuw Amsterdam c.s. duidelijk had kunnen worden gemaakt, bijv. door tijdige toezending op voorhand van de specificatie (ik noteer dat tussen de datum van de MvA (14 september 2006) en die van het pleidooi (29 november 2006) twee-en-halve maand liggen), en/of (3) dat zelfs bij het ontbreken van enige serieuze aanwijzing voor niet-toepasselijkheid in casu van art. 14 van de Richtlijn, de zonen Endstra rechtens wél voldoende gelegenheid moesten hebben voor serieus debat over de uitleg en toepassing daarvan (vgl. hierboven 6.9 en 6.13), waarbij het (4) aan het hof was om te oordelen of Nieuw Amsterdam c.s., gelet op al het vorenstaande, (toch) nog aanspraak toekwam op een van de zonen Endstra c.s. te verlangen - zo nodig na een korte schorsing - reactie ter zitting. 's Hof's andersluidend oordeel acht ik bepaald niet onbegrijpelijk.

- Ad onderdeel 2: argumenten (i) t/m (iii) snijden geen hout nu die argumenten in het licht van nrs. 6.9 en 6.13 hierboven geheel omkeerbaar of méér dan dat zijn; terwijl voor argument (iv) geldt dat het aan het hof was om te oordelen of Nieuw Amsterdam c.s., gelet op al het vorenstaande, (toch) nog aanspraak toekwam om van de zonen Endstra te verlangen om over deze kostenkwestie nog een akte te nemen. 's Hof's andersluidend oordeel acht ik ook hier bepaald niet onbegrijpelijk.

- Ad onderdeel 3: argument (i) snijdt geen hout omdat (als eerder gezegd) tussen de datum van de MvA (14 september 2006) en die van het pleidooi (29 november 2006) twee-en-halve maand liggen; argument (ii) snijdt geen hout om de hierboven ad onderdeel 1 onder (v) en bij onderdeel 2 onder (iv) aangegeven redenen; en argument (iii) snijdt geen hout omdat het daar bedoelde door de zonen aangevoerde bezwaar in samenhang met de overige hiervoor besproken en als zodanig niet bestreden feitelijke processuele omstandigheden 's hofs oordeel alleszins kan dragen. Argument (iv) kan daar-

aan niet afdoen. Zelfs als het hof gezien het 'algemene regel'-karakter van art. 14 Richtlijn en daarin vastgelegde criteria een voldoende mate van vrijheid en (dus) verplichting had om een serieus bedrag voor de 'advocatenkosten' van Nieuw Amsterdam c.s. toe te wijzen, kon het hof zonder nadere beoordeling van de desbetreffende aanspraak, niet oordelen dat, louter gezien de inhoud en omvang van de appelstukken, niet voor redelijke betwisting vatbaar zou zijn geweest dat Nieuw Amsterdam c.s. voor hun appelverweer aanzienlijk meer dan €2.682,- aan advocatenkosten hebben moeten maken. Ook daarover was in het licht van de onder 6.13 bedoelde parameters nog steeds discussie mogelijk, waartoe de mogelijkheid aan de zonen Endstra niet mocht worden onthouden, en waarbij - als hierboven aangegeven - het aan de beoordeling van het hof overgelaten was of Nieuw Amsterdam c.s., gelet op hun in rov. 4.13 bedoelde modus operandi, nog aanspraak konden maken op een verlenging van het proces ten deze.

7. Proceskosten in cassatie

7.1. Conclusies van of namens de procureur-generaal gaan niet of slechts bij uitzondering in op veroordeling in de proceskosten in cassatie; laat staan de hoogte daarvan.

7.2. Ik kan mij voorstellen dat zich in deze zaak, ook in de ogen van uw Raad, zo'n uitzonderlijk geval voordoet. De hoogte van een proceskostenveroordeling door de Hoge Raad in een zaak waarin (bij wege van Richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht) begroting op de voet van art. 14 van de meergenoemde Richtlijn 2004/48/EG verlangd wordt, heeft zich - als ik goed zie - bij de Hoge Raad nog niet eerder voorgedaan.

7.3. In cassatie spreekt de advocaat van de zonen Endstra ten aanzien van de proceskosten in cassatie over een Richtlijnconforme toepassing van de kostenveroordeling volgens art. 237 Rv. Dat is een juiste aanduiding in die zin dat krachtens art. 418a Rv (onder meer) art. 237 ook op de cassatieprocedure van toepassing is, en de Hoge Raad die ook meestal toepast.(72) Ik herinner er intussen aan dat voor de proceskosten in cassatie nog een afzonderlijke regeling in art. 419, lid 4 Rv bestaat, waardoor de Hoge Raad niet aan het regime van art. 237 e.v. gebonden is.(73)

7.4. Zoals in nr. 6.8 opgemerkt, gaan beide partijen ervan uit dat de regeling van art. 14 van de Richtlijn ook in de cassatieprocedure bij wege van Richtlijnconforme interpretatie van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dient te worden toegepast, en beide partijen hebben, zoals onder nr. 3.13 al aangegeven, hun claims voor de proceskostenveroordeling in cassatie begroot op de voet van art. 14 van de Richtlijn. Zij hebben die (over en weer op dezelfde bedragen uitkomende) kosten(74) over en weer niet betwist.

7.5. Bij bovenbedoeld uitgangspunt van beide partijen zijn m.i. wél - door hen niet onderkende - vragen te stellen. Zo laat zich de vraag stellen of een cassatierechter (zoals bijv. de Nederlandse) eigenlijk nog wel een rechterlijke instantie is die oordeelt over I.E.-zaken

in de zin van de Richtlijn. Ingevolge art. 79 lid 1 Wet RO is de taak van de Hoge Raad om toe te zien op:

a. eventueel verzuim van vormen door de feitenrechter (nader in lid 1 onder a omschreven, met in de praktijk als belangrijkste categorie: een onbegrijpelijke motivering), en

b. eventuele schending van het recht (met uitzondering van het recht van vreemde staten). Bij klachten over dit laatste heeft de eiser of verzoeker tot cassatie ongetwijfeld belang, maar art. 81 Wet RO brengt tot uitdrukking dat de taak van de Hoge Raad als uitlegger van het recht toch primair het algemene belang van de rechts-eenheid en de rechtsontwikkeling dient.⁽⁷⁵⁾

Ik teken voorts aan dat in beide categorieën a en b, ook al is de procedure begonnen vanwege beweerde inbreuk op een I.E.-recht, juist in cassatie menigmaal - zo niet in overwegende mate - de inzet verschuift naar procesrechtelijke klachten zoals het passeren van essentiële stellingen, het passeren van een bewijsaanbod, tegenstrijdigheid in de motivering, e.t.q. Nu kan men allicht verdedigen dat het 'steken laten vallen' in een I.E.-zaak door één van beide partijen op de voet van art. 14 van de Richtlijn nog 'bestraft' mag worden met een 'hoge' kostenveroordeling op de voet van dat artikel (dat ook geldt voor de in het ongelijk gestelde eiser), maar de vraag is (vooral) of dat ook moet gelden voor de kosten in cassatie van redressering van een rechterlijke fout.

Gaat het in cassatie wél om materieel I.E.-recht, dan 'valt dat tegenwoordig grotendeels onder het communautaire acquis'⁽⁷⁶⁾, en kan de Hoge Raad - tenzij hij een 'acte clair' of een 'acte éclairé' aanwezig acht - niet anders dan prejudiciële vragen aan het HvJ EG voorleggen (wat overigens bij het auteursrechtelijke onderwerp van het principale cassatiemiddel niet speelt). Dat geldt tevens voor het deels geharmoniseerde I.E.-sanctierecht en I.E.-procesrecht van (nu juist onder meer) Richtlijn 2004/48/EG. In zo'n geval laat zich de vraag laat zich stellen of het bijdragen aan een voor de (communautaire) rechtsvorming en rechtseenheid nuttig debat, dat aanleiding geeft tot het stellen van zulke prejudiciële vragen, 'bestraft' zou moeten worden met een hoge kostenveroordeling op de voet van art. 14 van de Richtlijn.

7.6. Opgemerkt zij nog dat het (als in nr. 6.6 gezegd: op deze zaak nog niet toepasselijke) Nederlandse implementatie-artikel 1019h Rv niet over toepasselijkheid op de cassatieprocedure rept, maar het ook niet uitsluit. Hetzelfde geldt voor de parlementaire geschiedenis van dat artikel (TK 2005- 2006 en 2006-2007, Kamerstukken 30392). Er kan nog op gewezen worden dat de MvT bij in art. IX met betrekking tot overgangssituaties wél spreekt over toepasselijkheid van het artikel bij het instellen van hoger beroep na de datum van inwerkingtreding (zie hiervóór nrs. 6.4 en 6.5), maar zwijgt over het instellen van beroep in cassatie.

Ook in een zaak die is begonnen (of in hoger beroep is gegaan) na 1 mei 2007, is toepasselijkheid van art. 1019h Rv in cassatie dus niet zeker, nu de Nederlandse wetgever - hoewel hem dat vrijstond - daarvoor niet, althans niet uitdrukkelijk gekozen heeft.

7.7. Indien (in beginsel) van toepasselijkheid van art. 14 van de Richtlijn (en art. 1019h Rv in zaken die qua tijdlijn daaronder vallen) op de cassatieprocedure zou moeten worden uitgegaan, rijzen nadere vragen. Dat betreft m.i. in elk geval de volgende vragen.

7.7.1. Het omgaan met de kostenveroordeling in de eerder (nr. 6.13) genoemde 'gemengde zaken' respectievelijk gemengde kosten (wél en niet-I.E.-kwesities in de procedure). Dat daarover verschillend gedacht kan worden blijkt uit de volgende opmerkingen van minister Hirsch Ballin in de MvA I:

'De leden van de VVD-fractie verwijzen naar het artikel van prof. mr. D. J. G. Visser en mr. A. Tsoutsanis, "De volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken" in NJB 2006, nr. 34, en vragen wat de mening van de minister is over de door deze auteurs aangesneden kwestie van de kostenveroordeling in een zaak waarvan een inbreuk op een intellectueel-eigendomsrecht slechts een ondergeschikt deel uitmaakt.

Kosten die specifiek op de inbreuk op een intellectueel-eigendomsrecht betrekking hebben, zoals die van gemachtigden, zullen voor vergoeding in aanmerking kunnen komen volgens het regime van artikel 1019h Rv. Maar voor de overige kosten ter voorbereiding van de zaak, zoals die voor de voorbereiding van de processtukken, waarbij het aandeel van de inbreuk wellicht lastig is vast te stellen, is moeilijk een algemene regel te geven. De rechter zal met inachtneming van de concrete omstandigheden van het geval en de criteria van artikel 1019h Rv moeten uitmaken welk gewicht toekomt aan het op de inbreuk gebaseerde deel van de vordering ten opzichte van de gehele zaak en welk aandeel van de kosten dienovereenkomstig met toepassing van artikel 1019h voor vergoeding in aanmerking komt.'⁽⁷⁷⁾

7.7.2. De Hoge Raad zou voor IE-zaken een speciaal forfaitair tarief kunnen overwegen, op eenzelfde wijze als in discussie binnen de Nederlandse Orde van Advocaten en de Raad voor de Rechtspraak. Minister Hirsch Ballin heeft hierover een voorlopig (afwijzend) standpunt ingenomen. Ik citeer (cursivering toegevoegd):

'Ten slotte verwijzen de leden van de VVD-fractie naar het advies van de Commissie Burgerlijk Procesrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten om een liquidatietarief in IE-zaken vast te stellen. De aan het woord zijnde leden vragen of dit in overeenstemming met de richtlijn is.

Het liquidatietarief aan de hand waarvan de vergoeding voor de rechtsbijstand in civielrechtelijke procedures wordt berekend, is door de rechterlijke macht (Raad voor de Rechtspraak) vastgesteld in overleg met de advocatuur (Nederlandse Orde van Advocaten, NOvA). Gezien de wijziging in de regels op het gebied van de proceskostenveroordeling heeft een commissie binnen de NOvA een advies geformuleerd waarin wordt voorgesteld om een apart liquidatietarief vast te stellen voor intellectuele-eigendomszaken. Het advies luidt, samengevat, om in geval van flagrante inbreuk of een manifest ongegronde eis uit te gaan van vergoeding van de werkelijke kosten (inclusief die van gemachtigden), tenzij de billijkheid zich daartegen verzet. In andere

gevallen wordt uitgegaan van een forfaitaire vergoeding van de proceskosten, in kort geding conform het maximum van €9 475 en in bodemprocedures conform tarief VIII (zaken van een geldswaarde boven €1 000 000), tenzij het belang en de aard van de zaak een lager bedrag indiceren.

Het liquidatietarief heeft betrekking op het maximeren van het salaris van de advocaat en procureur. Volgens de inleiding op het advies van de NOvA is handhaving van een liquidatietarief ingegeven door de wens dat de advocaat zijn cliënt "met enige betrouwbaarheid" moet kunnen voorlichten over het reële procesrisico van zijn zaak en de wens "het risico van - al dan niet vermeende - rechterlijke willekeur zo klein mogelijk te maken". Het bij voorbaat, zonder enige nadere normering abstracteren van de werkelijke kosten en maximeren van een van de belangrijkste kostenposten voor alle zaken die geen "flagrante inbreuk zoals evidente namaak of piraterij" zijn, is naar mijn oordeel echter niet in overeenstemming met de letter en de geest van de richtlijn. Zoals blijkt uit de jurisprudentie die hiervoor naar aanleiding van de eerste vraag van de leden van de fracties van CDA en VVD is beschreven, neemt de rechter alle omstandigheden van het geval mee in zijn beoordeling. De aard van de inbreuk - al dan niet flagrant - is dus niet het enige criterium. Overigens is het de vraag of het voorgestelde liquidatietarief afdoende is om de cliënt te informeren over het reële procesrisico. Weliswaar vormen de kosten van de advocaat een omvangrijke kostenpost, er kunnen nog diverse andere kosten in de veroordeling worden meegenomen, waarover de advocaat zijn cliënt niet van tevoren kan inlichten. Zo zal hij niet weten of en zo ja voor welk bedrag er door de wederpartij ten behoeve van de gerechtelijke procedure gemachtigden en onderzoekers zijn of worden ingeschakeld. Die horen nu niet bij de proceskosten zoals ze in artikel 237 e.v. Rv zijn bedoeld, ze vallen niet onder de kosten van deskundigen, want daaronder worden slechts de deskundigen begrepen die krachtens artikel 194 e.v. Rv zijn benoemd, en vallen evenmin onder het liquidatietarief. Met name in octrooizaken kunnen juist deze kosten omvangrijk zijn.' (78)

Het in overweging nemen door de Hoge Raad van de mogelijkheid van een eventuele speciale forfaitaire kostenveroordeling in cassatiezaken die onder art. 14 van de Richtlijn zouden (moeten) vallen, zou dus aanleiding kunnen geven tot nadere daarop gerichte prejudiciële vragen. Met de beantwoording door het Hof van Justitie zou tevens het in het citaat hierboven bedoelde overleg binnen de Raad voor de Rechtspraak en de NOvA gediend zijn(79).

7.8. Summa summarum acht ik het niet een 'acte clair' dat de kosten van behandeling in cassatie van een zaak, die begonnen is vanwege beweerde inbreuk op een I.E.-recht, steeds, soms wel en soms niet, of nimmer behoren tot de in art. 14 van de Richtlijn bedoelde 'gerechtskosten en andere kosten', respectievelijk dat de cassatieprocedure in zo'n zaak steeds, soms wel en soms niet, of nimmer behoort tot de 'bij deze richtlijn vastgestelde maatregelen, procedures en rechtsmidde-

len' die overeenkomstig art. 3 van de Richtlijn(80) van toepassing zijn 'op elke inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten, zoals bepaald in het communautaire recht en/of het nationale recht van de betrokken lidstaat' (art. 2, lid 1 van de Richtlijn).

Dat partijen in cassatie kennelijk wél van zo'n acte clair uitgaan, doet daaraan niet af.

Indien partijen gelijk zouden hebben dat art. 14 van de Richtlijn wél op de cassatieprocedure van toepassing is, rijzen nadere vragen zoals onder 7.10 aangegeven.

7.9. Aan de gezamenlijke wens van partijen om de advocaatkosten van het principale beroep op niet minder en niet meer dan €20.000 en in het incidentele beroep op niet minder en niet meer dan €5.000 te laten uitkomen zou de Hoge Raad intussen gevolg kunnen geven als hij zulks, gelet op die wens van partijen, 'vermeent te behoren' in de zin van art. 419 lid 4 Rv, zonder zich uit te laten over de vraag of richtlijnconforme uitleg van art. 418a jo. art. 237 Rv hiertoe (tot op zekere hoogte) zou nopen.

Daartegen pleit evenwel dat het partijen vrij zou staan om (met gezamenlijk verzoek aan de Hoge Raad om de proceskostenveroordeling juist uit te spreken op de klassieke voet van art. 418a jo. art. 237 Rv(81)) met elkaar af te spreken om de door de Hoge Raad bepaalde bedragen te vervangen door de vaste bedragen van €20.000 resp. €5.000. De partijen wensen dus blijkbaar een uitspraak van de Hoge Raad over toepassing in cassatie van art. 14 van de Richtlijn.

Daartegen pleit m.i. voorts dat art. 419 lid 4 Rv er niet voor bedoeld is om aan partijen, desverzocht, onmiddellijk een executoriale titel te geven voor een afgesproken hogere proceskostenvergoeding in cassatie.

7.10. Het komt mij derhalve geraden voor dat de Hoge Raad over de kwestie van de proceskosten in cassatie prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen stelt. In het kader van deze prejudiciële vraagstelling ware aan het Hof van Justitie óók meteen te vragen om te bepalen of kosten, gevallen op de behandeling bij dat Hof (wel, of niet, of onder omstandigheden) overeenkomstig art. 14 van Richtlijn 2004/48/EG dienen te worden begroot.

7.11. Naar mijn mening behoeft het reserveren van de beslissing over proceskosten in cassatie hangende de prejudiciële vraagstelling daarover aan het Hof van Justitie, geen gevolg te hebben voor daaraan voorafgaande beslissingen omtrent het principale en het incidentele beroep voor het overige.

8. Conclusie

Mijn conclusie strekt in het principale beroep tot vernietiging en verwijzing en in het incidentele beroep tot verwerping, alsmede tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen ten aanzien van de kostenveroordeling in cassatie en de begroting van kosten vallende op de behandeling bij dat Hof.

Noten

- 1 Blijkens berichten in de pers van 22 december 2007, hebben zij als bewijsmateriaal een rol gespeeld bij de veroordeling door de rechtbank Haarlem op 21 december 2007 van Willem H. wegens afpersing.
- 2 Ontleend aan rov. 1 a t/m j van het vonnis van de voorzieningenrechter d.d. 11 mei 2006 waarnaar het hof in rov. 3 van zijn arrest verwijst. Zie tevens rov. 4.1 van het arrest.
- 3 LJN AX1292; NJF 2006, 385; IER 2006, 53 m.nt. FWG.
- 4 LJN AZ8071; AMI 2007/4, p. 118 m.nt. Chr.A. Alberdingk Thijm en met de opinies die in deze zaak door partijen zijn overgelegd; IER 2007/72 m.nt. J.B.M. Seignette, p. 256-260.
- 5 Het arrest dateert van 8 februari 2007, de cassatiedagvaarding is op 3 april 2007 uitgebracht.
- 6 Brief aan de rolraadsheer d.d. 10 april 2007.
- 7 Onder meer in het met Spoor en later met Spoor en Visser geschreven boek Auteursrecht, 1e druk 1985, 2e druk 1993, 3e druk 2005. Zie met name (na een voorafgaande afbakening) de par. 3.8 e.v.
- 8 Vierde druk, bewerkt door T. Koopmans (1999), pp. 107-108.
- 9 Vgl. bijv. Van Lingén, Auteursrecht in hoofdlijnen, 6e druk 2007, p. 24.
- 10 Vgl. Spoor/Verkade/Visser, a.w., par. 1.15, p. 19.
- 11 Vgl. bijv. Van Lingén, a.w., p. 52, Spoor/Verkade/Visser, a.w., par. 3.4-3.5 en 3.14-3.15.
- 12 In HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585 m.nt. JHS (Kecofa/Lancôme), AMI 2006/5, p. 161 m.nt. Quaadvlieg, p. 161-173, oordeelde de Hoge Raad inmiddels dat ook een geurcombinatie in aanmerking kan komen voor auteursrechtelijke bescherming.
- 13 Vgl. evenwel het uit 1985 stammende art. 45a in het hoofdstuk over filmwerken, waar gesproken wordt over een 'bijdrage van scheppend karakter'.
- 14 Waarover alle door partijen ingeroepen arresten. Naar ik meen zijn geen nadere (voor de onderhavige zaak over de 'achterbankgesprekken' relevante) gezichtspunten te ontleen aan HR 21 februari 1992, NJ 1993, 164 m.nt. J.H. Spoor (Barbie), HR 27 januari 1995, NJ 1997, 293 m.nt. Ch. Gielen (Dreentegel), en de Arubaanse zaak HR 16 april 1999, NJ 1999, 697 m.nt. P.B. Hugenholtz (Bigott/Doucal). Ik bespreek die arresten dus niet.
- 15 Zie hierover bijv. Spoor/Verkade/Visser, a.w., par. 3.17-3.22, pp. 81-92.
- 16 Een beroep daarop vereist de bestemming tot publicatie, die bij Endstra kennelijk (juist) niet aanwezig was.
- 17 NJ 1987, 880, AMI 1986, p. 13, BIE 1986, nr. 15, p. 55.
- 18 NJ 1987, 881 m.nt. LWH, AMI 1987, p. 78 m.nt. JHS, BIE 1987, nr. 49, p. 196 m.nt. Ste., IER 1987, nr. 40, p. 70 (met ill.), AA 1987, p. 717 (met ill.) m.nt. H. Cohen Jehoram.
- 19 NJ 1988, 376, BIE 1988, nr. 49, p. 170. Zie ook de volgende voetnoot.
- 20 In het BenGH-arrest stond hier 'karakter', maar dat moest volgens de HR gelezen worden als 'stempel': rov. 2, tweede alinea van het arrest van 15 januari 1988.
- 21 NJ 1991, 377 m.nt. DWFV, AMI 1991, p. 7 (met afb. op p. 12) m.nt. JHS, AA 1991, p. 71 m.nt. H. Cohen Jehoram.
- 22 NJ 1991, 608 m.nt. DWFV, AA 41 (1992) 1, p. 31 m.nt. HCJ, AMI 1991, p. 177 m.nt. JHS, CR 1991, p. 84 m.nt. Hugenholtz, IER 1991, nr. 38, p. 96 m.nt. FWG.
- 23 Na verwijzing is feitelijk alsnog geoordeeld dat de trefwoordenverzameling aan de door de HR geformuleerde eisen voldeed: Hof 's-Gravenhage 1 april 1993, NJ 1994, 58, AMI 1993, p. 134 m.nt. HCJ, CR 1993, p. 165 m.nt. PBH, IER 1993, nr. 16, p. 82.
- 24 NJ 2001, 602 m.nt. DWFV, AMI 2001, nr.15, p. 111 (met ill.) m.nt. Hugenholtz, IER 2001, nr. 41, p. 227 (met ill.) m.nt. HMHS, LJN AB2391.
- 25 In vergelijking tot de motiveringseisen volgens het Van Dale/Romme-arrest.
- 26 Nr. C04/350, NJ 2007, 37, AMI 2006, p. 153 m.nt. Quaadvlieg, IER 2006, nr. 39, p. 140.
- 27 Nr. C04/327, NJ 2006, 585 m.nt. JHS, AMI 2006, p. 161 m.nt. Quaadvlieg, IER 2006, nr. 54, p. 201, AA 2006, p. 821 m.nt. Hugenholtz, LJN AU8940.
- 28 Nr. C05/097, NJ 2006, 493, AMI 2006, p. 220 m.nt. Koelman.
- 29 Vgl. mijn noot onder het arrest, sub 15.
- 30 Enigszins anders nog: De Beaufort, Auteursrecht (1932), pp. 68-69. Zie evenwel hierna, nr. 4.42.4.
- 31 Auteursrecht op techniek (diss. 1987), p. 58.
- 32 Vgl. Quaadvlieg, t.a.p.; de verderop te noemen dissertaties van Grosheide en Hugenholtz (geen zodanige eisen aangetroffen); Van Lingén, a.w., p. 61 ('Brieven dragen vrijwel altijd het persoonlijk stempel van de schrijver en zijn daarmee werken in de zin van de Auteurswet'); Spoor/Verkade/Visser, par. 3.26, p. 96 ('vrij algemeen wordt aangenomen dat brieven als regel auteursrechtelijke bescherming genieten'). Alleen Gerbrandy, Kort commentaar op de Auteurswet 1912 (1988), p. 80, maakt een opmerking in de in de tekst hierboven bedoelde geest: 'Juist het feit dat men "zijn woorden niet weegt", ontnemt aan de [bewuste] brief het karakter van "werk". Daarmee valt hij in de grote groep van brieven die, als zijnde mededelingen van allerlei aard en op schrift gesteld zonder dat de schrijver door wat ook bewogen werd om juist deze vorm te kiezen, onvatbaar zijn om de bescherming der wet te genieten.' Overigens bepleit Gerbrandy op p. 81 (evenals De Beaufort t.a.p.) wél bescherming van de brieveschrijver uit hoofde van 'het algemeen persoonlijkheidsrecht'.
- 33 Zie hierna, nr. 4.44.
- 34 Zie hierna, nr. 4.45.
- 35 Zie daarover Van Lingén, a.w., pp. 112 en p. 116; Spoor/Verkade/Visser, a.w., par. 7.10, p. 364, alsmede par. 3.15, p. 77, laatste alinea.
- 36 Vgl. Van Lingén, a.w., p. 54 en Spoor/Verkade/Visser, a.w., par. 3.15, p. 77.
- 37 En dat aan de scholier toestemming gevraagd wordt, zie boven.
- 38 Zie hierna, nr. 4.45.

39 Zoeken bij Google of Yahoo onder de trefwoorden 'geestelijk gehandicapte kunstenaars' levert tal van interessante hits op.

40 Serendipiteit: 'gave om door toevalligheden en intelligentie iets te ontdekken waar men niet naar op zoek was' (Van Dale).

41 Vgl. in deze zin ook Alberdingk Thijm, zie hierna nr. 4.43.3.

42 Zie bijv. <http://www.annefrank.org/content.asp?pid=112&lid=1>.

43 De gegevens hiervoor ontleen ik aan L. Nussbaum (em. hoogleraar literatuurwetenschap, Portland State University, Oregon), Wordt Anne Frank nu eindelijk serieus genomen als schrijfster? (2004), <http://www.annefrank.org/content.asp?PID=189&LID=1>. Ook als andere Anne-Frank-wetenschappers een andere kijk dan Nussbaum (die geen auteursrechtelijke uitspraken doet) op bovenstaande versies zouden hebben, blijft het voorbeeld van belang 'for the sake of argument'.

Het bestaan van de A- en B-versies van het dagboek van Anne Franks was overigens aan de orde in het arrest van Hof Amsterdam 8 juli 1999, AMI 1999, p. 116 m.nt. P.B. Hugenholtz.

44 Vgl. het criterium in rov. 4.7 van het hof in de 'achterbankgesprekken'-zaak.

45 Anders (wellicht) Alberdingk Thijm, zie hierna nr. 4.43.

46 Ik kom hierop natuurlijk terug bij de bespreking van het principale cassatiemiddel.

47 Aldus de onbestreden vaststelling in rov. 6 van de rechtbank.

48 Gepubliceerd in AMI 2007/4, pp. 122-128.

49 Van de twee partijdeskundigen aan de zijde van Nieuw Amsterdam c.s. is Spoor iemand met wie ik ruim 20 jaar samenwerk als co-auteur van het vaker vermelde boek Auteursrecht, en is Hugenholtz een oud-promovendus van ondergetekende. De beide partijdeskundigen aan de zijde van Endstra (Quaedvlieg en Grosheide) zijn ook oud-promovendi. Mede omdat deze relaties elkaar m.i. in evenwicht houden, voel ik mij geheel vrij om in deze zaak stelling te nemen.

50 Met die commentatoren heb ik geen relaties als in de vorige voetnoot bedoeld.

51 Productie 5 in eerste aanleg zijdens Nieuw Amsterdam c.s.

52 Zie hierboven nr. 4.25 e.v. en zie voorts mijn instemmende bespreking van het advies van Grosheide in nrs. 4.42.1-4.42.10.

53 Dit tevens als reactie op de door Spoor onder 5 aangehaalde passage uit Gerbrandy (1988), p. 83. Zie daarover ook Grosheides advies: hierna nr. 4.42.4.

54 Productie 4 in eerste aanleg zijdens eisers.

55 IER 2006, nr. 53, pp. 200-201.

56 Productie 6 bij MvA.

57 Vgl. Spoor/Verkade/Visser, a.w., par. 3.46, p. 118.

58 Productie 7 bij MvA.

59 Productie 5 in hoger beroep zijdens de zonen Endstra.

60 Productie 6 in hoger beroep zijdens de zonen Endstra.

61 Vgl. hierboven nr. 4.13, waar tevens is aangegeven dat dat regime in de onderhavige zaak door de zonen Endstra niet is ingeroepen, toevoeging A-G.

62 Grosheide stelt nog: 'Het is immers duidelijk dat Endstra de gesprekken met de hem uithorende rechercheurs is ingegaan met een bepaalde boodschap. Endstra wilde op basis van door hem te verstrekken informatie politie en justitie overtuigen van het bestaan van een voor hem en voor de maatschappij gevaarlijke toestand. Er zit dan ook zeker lijn, zo men wil: coherentie in de gesprekken. Er is geen sprake van onbepaald structuurloos gepraat. Dat plaatst deze gesprekken mijns inziens boven trivial colloquial speech - zoals dat zo treffend in het Engels kan worden gezegd - waaraan bij gebreke van originaliteit geen auteursrecht toekomt.'

Als bijkomend argument noem ik nog dat er naar mijn mening geen twijfel kan bestaan dat dezelfde inhoud voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking zou komen wanneer het zou gaan om door Endstra bijvoorbeeld in een dagboek gemaakte notities of gedane ontboezemingen.'

63 Alberdingk Thijm wijdt ook een (15e) alinea aan de vraag of het hof, als het uit was op het resultaat om de achterbankgesprekken niet auteursrechtelijk beschermd te achten, 'zich er niet veel gemakkelijker vanaf [had] kunnen maken door simpelweg de keuzeleer toe te passen en tot de slotsom te komen dat het geheel van Endstra's uitspraken een eigen oorspronkelijk karakter ontbeert? Het hof had dan kunnen volstaan met de vaststelling dat van een "werk" in de zin van de Auteurswet geen sprake is, daar niet blijkt dat Endstra eigen, creatieve keuzes heeft gemaakt in de vormgeving van zijn zakelijke informatieoverdracht. Door de nadruk te leggen op het ontbreken van de bewustheid van de schepping wordt de uitspraak eenvoudiger vatbaar voor cassatie.'

64 Hiervoor, onder meer in nr. 4.22, heb ik de verkorte aanduiding 'CCC & BV' gebezigd.

65 Ik herinner eraan dat in het Van Gelder/Van Rijn-arrest van HR 26 juni 1946, NJ 1946, 712, waarnaar het hof verwijst, niet te lezen valt wat het hof daarin leest: vgl. nrs. 4.12 en 4.23.1.

66 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad, PbEG van 30 april 2004, L157/45, gerectificeerd in Pb L195/16 van 2 juni 2004.

67 Vgl. ook de MvA I, EK 2006-2007, 30392, C, waarover hieronder nader. Vgl. voorts M.W. Kellogg, 'Over de absolute grenzen van de proceskostenveroordeling onder de Handhavingsrichtlijn' in een bijdrage op www.boek9.nl onder nr. B9 2879.

68 Zie pleitnota mr. M.H. de Boer, nr. 15.

69 Niet iedereen is het met de (gehele) inhoud van deze passage uit de MvT eens, maar dat illustreert temeer de ruimte voor debat.

70 Vgl. ook de MvA I, EK 2006-2007, 30392, C, blz. 3. Zie ook hierna, nr. 7.7.1.

71 Zie hierover nader nr. 7.7.2 van deze conclusie.

72 Vgl. Veegens/Korthals Altes/Groen, Cassatie (2005), nr. 191.

73 Idem, nrs. 191-192.

74 € 20.000 voor het principale beroep, € 5.000 voor het incidentele beroep.

75 Dit spreekt nog sterker in jurisdicties die voor cassatie een verlofstelsel kennen.

76 Vgl. considerans 3 van Richtlijn 2004/88/EG.

77 EK 2006-2007, 30392, C, blz. 3.

78 MvA I, EK 2006-2007, 30392, C, blz. 3-4.

79 Een voorname bestaansreden voor forfaitaire tarievenstelsels is immers óók: het voorkomen van een te hoge drempel voor toegang tot de rechter. Dat aspect dient mede vanuit het perspectief van art. 6 EVRM, dat deel uitmaakt van de communautaire rechtsorde, niet uit het oog verloren te worden.

80 Artikel 3 luidt: 1. De lidstaten stellen de maatregelen, procedures en rechtsmiddelen vast die nodig zijn om de handhaving van de in deze richtlijn bedoelde intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen. Deze maatregelen, procedures en rechtsmiddelen dienen eerlijk en billijk te zijn, mogen niet onnodig ingewikkeld of kostbaar zijn en mogen geen onredelijke termijnen inhouden of nodeloze vertragingen inhouden.

2. De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen moeten tevens doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn; zij worden zodanig toegepast dat het scheppen van belemmeringen voor legitiem handelsverkeer wordt vermeden en dat wordt voorzien in waarborgen tegen misbruik van deze procedures.

81 Vgl. in die zin de MvA I, EK 2006-2007, 30392, C, blz. 4.
