

Op de vouwfiets door het auteursrechtlandschap

IER 2021/36

1. Inleiding

1. Gebruiksvoorwerpen ('modellen') en het auteursrecht: het was, is en blijft een onderwerp dat vol in de schijnwerpers staat. In het veel besproken *Cofemel*-arrest² oordeelde het Hof van Justitie (Hof) dat voor de beoordeling van de oorspronkelijkheid van een werk geen onderscheid mag worden gemaakt naargelang de categorie voorwerpen waar het om gaat. Ook bij een gebruiksvoorwerp moet dus 'gewoon' worden beoordeeld of de auteur vrije, creatieve keuzes heeft gemaakt die zijn persoonlijkheid tot uitdrukking hebben gebracht. Maar er blijven veel vragen over die een antwoord behoeven, zo ook de vraag hoe moet worden omgegaan met gebruiksvoorwerpen waar techniek een rol speelt.

2. In het arrest *Brompton*³ staat de vraag centraal of een gebruiksvoorwerp waarvan onderdelen van de verschijningsvorm noodzakelijk zijn om een technisch resultaat te bereiken, is uitgesloten van auteursrechtelijke bescherming. In tegenstelling tot het modellenrecht en het merkenrecht kent het auteursrecht geen wettelijke bepaling die techniek uitsluit van bescherming. Toch wordt over het algemeen aanvaard dat onderdelen van verschijningsvormen die uitsluitend worden bepaald door techniek niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen.⁴ Dergelijke onderdelen kunnen voor bescherming naar het octrooirecht. Ondanks de eensgezindheid van de uitsluiting van techniek in het auteursrecht is evenwel de vraag wanneer een onderdeel van een verschijningsvorm precies 'noodzakelijk' en/of 'uitsluitend' technisch is bepaald. Hierover lopen de meningen, en ook de rechtspraak van verschillende lidstaten, uiteen.

3. *Brompton* is dus de ideale gelegenheid voor het Hof om duidelijkheid te verschaffen over de verhouding tussen techniek en de beschermbaarheid van voorwerpen die, al dan niet ten dele, in meer of minder mate door techniek worden bepaald. Het arrest formuleert een aan-

tal open uitgangspunten, wat tot verschillende lezingen van het arrest heeft geleid (zie straks nr. 5).⁵

2. Het antwoord van het Hof in het kort

4. Het Hof herhaalt allereerst dat een werk oorspronkelijk is als sprake is van een eigen intellectuele schepping die de persoonlijkheid van de auteur weerspiegelt en tot uiting komt door vrije, creatieve keuzen (r.o. 23). Hiervan kan géén sprake zijn als voor de vervaardiging van een voorwerp technische overwegingen, regels of andere beperkingen gelden die geen ruimte laten voor creatieve vrijheid (r.o. 24). Dit is voor voorwerpen die door technische overwegingen worden bepaald niet anders: ook deze voorwerpen genieten auteursrechtelijke bescherming, mits de technische overwegingen niet beletten dat de auteur met vrije, creatieve keuzes zijn persoonlijkheid tot uitdrukking weet te brengen (r.o. 26). Onderdelen van een voorwerp die uitsluitend door hun technische functie worden gekenmerkt kunnen evenwel niet oorspronkelijk zijn, omdat auteursrechtelijke bescherming zich niet uitstrekt tot ideeën (r.o. 27). Echter geldt nog steeds dat ook al lijkt de verschijningsvorm van een voorwerp noodzakelijk om een bepaald technisch resultaat te bereiken (r.o. 29) het desondanks een oorspronkelijk werk kan zijn (r.o. 30). Volgens het Hof duidt het kunnen kiezen tussen meerdere verschijningsvormen op keuzevrijheid, maar deze keuzevrijheid leidt op zichzelf niet per definitie tot een werk (r.o. 32, 35). Verder oordeelt het Hof dat alleen de oorspronkelijkheid van het betrokken product zelf mag worden beoordeeld aan de hand van een beoordeling van de factoren die de keuze van de maker hebben beïnvloed (r.o. 35). Een vroeger octrooi kan helpen bij de vraag of een verschijningsvorm oorspronkelijk is, doch slechts als het octrooi inzichtelijk kan maken met welke overwegingen bij de keuze van de verschijningsvorm rekening is gehouden (r.o. 36).

3. Positieve en negatieve definitie van het werkbegrip

5. Men kan verschillende dingen lezen in deze overwegingen van het Hof. Hugenholtz vat de kern van het arrest zo samen dat 'aangetoond zal moeten worden dat de keuze van een bepaalde vorm met een technisch functie niet louter is ingegeven door technische of functionele overwegingen, maar een uiting is van andere overwegingen van de ontwerper waardoor de vrij gekozen vorm "zijn persoonlijkheid weerspiegelt". Hoewel het Hof deze

1 Jorn Torenbosch is promovendus en docent Recht, Innovatie en Technologie aan de universiteit Utrecht.

2 HvJ EU 12 september 2019, C-683/17, *BIE* 2019/27, m.nt. Ringnalda, *NJ* 2021/175, m.nt. Hugenholtz, *AMI* 2021/1, m.nt. de Zwaan (*Cofemel*). Zie o.a. Tsoutsanis, 'Bella ciao – Cofemel and beyond: auteursrechtelijke bescherming van productvormgeving', *IER* 2021/4; Spoor, 'Auteursrechtelijke bescherming van modellen na Cofemel', *IER* 2020/42; Kur, 'Unité de l'art is here to stay – Cofemel and its consequences', Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper, No. 19-16.

3 Het arrest is opgenomen in dit nummer, zie *IER* 2021/37.

4 Vgl. HR 12 april 2013, *NJ* 2013/502, m.nt. Hugenholtz (*Stokke/Fikszo*), r.o. 4.2 onder c.

5 Vgl. o.a. de verschillende interpretaties van Ringnalda in zijn *BIE*-noot (*BIE* 2021/9, p. 161-167) onder het arrest en Hugenholtz in zijn *NJ*-noot (*NJ* 2021/175, p. 3136-3138). Zie straks ook verderop in deze beschouwing in nr. 5.

niet-technische overwegingen niet benoemt en het woord zorgvuldig vermijdt, moet het Hof hier wel het oog hebben op overwegingen van *esthetiek*.⁶ Volgens Hugenholtz bevestigt *Brompton* wat in *Cofemel* enigszins verborgen zou zijn gebleven, namelijk dat auteursrechtelijke bescherming van modellen geen sinecure is. Ringnalda leest het arrest anders dan Hugenholtz. Ringnalda bemerkt dat het Hof in *Brompton* de beoordeling van functionele vormgeving in het auteursrecht lijkt op te delen in twee fasen, maar dat dit allermindst duidelijk is.⁷ Ringnalda maakt vervolgens een uitgebreide analyse en neemt in deze analyse duidelijk stelling tegen een beoordeling in het auteursrecht die een bepaald gehalte aan creativiteit vereist alvorens iets kwalificeert als werk: 'Zo'n benadering (JT: een benadering gebaseerd op een bepaald gehalte aan creativiteit) komt neer op een esthetische waardering van een werk: is het resultaat voldoende bijzonder om bescherming te verdienen? Een objectief-esthetische beoordeling doet echter geen recht aan het subjectieve karakter van de geharmoniseerde werktoets – beschermd wordt een persoonlijke schepping, niet een resultaat of verdienste – en is in het Europese recht ook nadrukkelijk verboden. Overigens is het 'gehalte' aan creativiteit ook onmogelijk als maatstaf te hanteren.'

6. Ik meen zelf allereerst dat best een en ander duidelijk uit het arrest blijkt, al is onvermijdelijk dat er ook een aantal vragen opkomen naar aanleiding van dit arrest. Laten we beginnen met een aantal lessen die getrokken kunnen worden. Het Hof neemt in zijn arrest afstand van het voorstel van zijn A-G om een techniekexcepcie te introduceren in het auteursrecht die geen acht slaat op de beschikbaarheid van alternatieve vormgeving. Het Hof stelt immers dat wanneer een verschijningsvorm noodzakelijk lijkt te zijn voor een technische uitkomst, dat voorwerp desondanks oorspronkelijk kan zijn. Of dit het geval is, kan mede afhankelijk zijn van het bestaan van vormalternatieven. Het bestaan van alternatieve vormgeving duidt immers op keuzevrijheid (r.o. 35). Ook bij technische vormgeving is dus doorslaggevend of vrije, creatieve keuzes zijn gemaakt die de persoonlijkheid van de auteur weerspiegelen. Het Hof zoekt evenwel een beperking voor technisch bepaalde vormgeving binnen de kaders van de werktoets zelf: als een onderdeel van een voorwerp uitsluitend technisch is, kan dit onderdeel niet oorspronkelijk zijn en dus niet voor bescherming in aanmerking komen.

7. Ook bij gebruiksvoorwerpen waar technische overwegingen een rol hebben gespeeld, is de bekende werktoets dus doorslaggevend. Toch lijkt het arrest ook hintten te bevatten dat het Hof voorzichtig om wil gaan met gebruiksvoorwerpen waar technische overwegingen een rol hebben gespeeld. Zo benadrukt het Hof in r.o. 27

niet alleen dat aan het criterium van oorspronkelijkheid niet kan worden voldaan door onderdelen van een voorwerp die *uitsluitend* technisch zijn, maar stelt het Hof ook dat wanneer de uitdrukking van onderdelen door hun technische functie wordt bepaald, de verschillende manieren om een idee uit te voeren zodanig beperkt zijn dat het idee samenvalt met de uitdrukking ervan. Ook in dit laatste geval kan het technische onderdeel niet bijdragen aan de oorspronkelijkheid van het voorwerp, ondanks dat het onderdeel niet uitsluitend technisch is.

8. Men zou hier in kunnen lezen dat het Hof meegaat in een voorstel van de European Copyright Society (ECS).⁸ De ECS heeft voordat het Hof moest beslissen in *Brompton* een opinie uitgebracht, waarin het ECS het Hof adviseert over het te vellen oordeel in de zaak. Het ECS stelt in deze opinie dat 'a special degree of caution is to be used when assessing the eligibility for copyright protection of utilitarian articles, including those the shapes of which may contribute to a technical result or may be necessary to achieve it'.⁹ Deze 'special degree of caution' acht het ECS noodzakelijk omdat het problematisch zou zijn dat het auteursrecht a) een lange beschermingstermijn kent en b) het auteursrecht een registratiesysteem ontbeert, waardoor derden niet altijd op de hoogte (kunnen) zijn van auteursrechten die rusten op gebruiksvoorwerpen. Om de, volgens het ECS noodzakelijke, 'special degree of caution' vorm te geven, stelt zij een tweestappentest voor. In de eerste stap moet worden bekeken of het voorwerp oorspronkelijk is, in die zin dat de auteur door vrije creatieve keuzes zijn persoonlijkheid tot uitdrukking weet te brengen. In de tweede stap moet volgens de ECS worden bekeken of het verlenen van auteursrechtelijke bescherming andere auteurs wel de gewenste speelruimte laat om met alternatieve vormen te komen. Deze tweede stap betreft aldus een expliciete toetsing aan een grondbeginsel van het auteursrecht, namelijk dat alleen de uitdrukking van een idee wordt beschermd en dat bescherming niet mag leiden tot de monopolisering van het idee zelf.¹⁰ Deze tweestappentest van de ECS zou men ook kunnen lezen in de gelaagde structuur van r.o. 24, 26 en 27.

9. De opinie van het ECS is mijns inziens niet overtuigend. De twee bezwaren die het ECS noemt – de lange beschermingstermijn van het auteursrecht en het gebrek aan een registratiesysteem – zijn mijns inziens geen argumenten om te rechtvaardigen dat men voorzichtiger moet omgaan met de auteursrechtelijke bescherming van ge-

6 Zie Hugenholtz in zijn *NJ*-noot, p. 3138.

7 Zie Ringnalda in zijn *BIE*-noot, p. 163 e.v.

8 ECS, 'Opinion of the European Copyright Society in relation to the pending reference before the CJEU in *Brompton Bicycle v Chedech/Get2Get*, C-833/18', 12 december 2019 (raadpleegbaar op https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3506071).

9 Punt 17 van de opinie.

10 Zie punt 18-19 van de opinie.

bruiksvoorwerpen.¹¹ De bezwaren zijn immers geen specifieke bezwaren tegen de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen, maar bezwaren tegen het auteursrechtelijke systeem als geheel. Ik zie daarom ook niet in waarom het vanwege deze twee algemene bezwaren tegen het auteursrechtelijke systeem noodzakelijk is om voorzichtig te zijn met het auteursrechtelijk beschermen van gebruiksvoorwerpen.¹² De tweestappentest is mijns inziens onnodig: de noodzakelijke balans voor het auteursrechtelijk beschermen van gebruiksvoorwerpen kan reeds worden gevonden in de werktroets zelf.¹³ Hoewel hier anders over kan worden gedacht, meen ik tevens dat het Hof een dergelijke tweestappentest niet in het leven roept in het arrest.

10. Zo ik het arrest lees, herhaalt en scherpt het Hof aan dat men de werktroets vanuit twee verschillende definities kan benaderen: een positieve en negatieve definitie. Een negatieve definitie van het werkbegrip is te vinden in r.o. 24: als er technische overwegingen, regels of andere beperkingen zijn die geen ruimte laten voor creatieve vrijheid, kan er geen oorspronkelijk werk worden geschept. Deze negatieve definitie wordt wat betreft technische overwegingen die geen ruimte laten voor creatieve vrijheid verduidelijkt in r.o. 27: als een onderdeel van een voorwerp uitsluitend door de technische functie wordt gekenmerkt, kan dat onderdeel niet bijdragen aan de oorspronkelijkheid van dat voorwerp. Dit wordt opgevolgd met de vrij logische conclusie dat wanneer de verschijningsvorm van het product uitsluitend technisch is bepaald (in die zin dat al zijn onderdelen technisch bepaald zijn), geen auteursrechtelijke bescherming mogelijk is (r.o. 33).

11. Een positieve definitie van het werkbegrip is te vinden in r.o. 26. Een voorwerp bezit de vereiste oorspronkelijkheid als de auteur met vrije, creatieve keuzes zijn persoonlijkheid tot uitdrukking weet te brengen. Aan het

criterium van oorspronkelijkheid kan ook worden voldaan als de verwezenlijking van het voorwerp mede door technische overwegingen is bepaald. Het Hof vult deze positieve benadering aan in r.o. 29-30, door te benadrukken dat zelfs als de verschijningsvorm van het voorwerp noodzakelijk lijkt te zijn voor een technisch resultaat, er desondanks ruimte kan zijn om een oorspronkelijk werk te scheppen.

12. Dat de positieve en negatieve definitie van het werkbegrip uiteindelijk op hetzelfde neerkomen – namelijk ‘gewoon’ de werktroets, niets meer, niets minder – wordt mijns inziens bevestigd in r.o. 31. Hier vat het Hof r.o. 24, 26 en 27 samen door de negatieve definitie van het werkbegrip te herhalen. Hiermee geeft het Hof te kennen dat, hoewel anders verwoord, de negatieve en positieve definitie beide betrekking hebben op de reeds bekende werktroets. Hier valt mijns inziens niet uit te halen dat het Hof heeft bedoeld om, in overeenstemming met het voorstel van de ECS, meerdere stappen te onderscheiden voor gebruiksvoorwerpen waar techniek een rol speelt. Deze lezing vindt mijns inziens verder ook steun in het *Cofemel*-arrest. In *Cofemel* heeft het Hof immers beslist dat voor de beoordeling van de oorspronkelijkheid van een werk geen onderscheid mag worden gemaakt naargelang de categorie voorwerpen waar het om gaat. Het zou incongruent zijn om vervolgens in lijn met de ECS er een stappentroets op na te houden die is voorgesteld omdat ‘a special degree of caution’ nodig zou zijn bij de verlening van auteursrechtelijke bescherming voor gebruiksvoorwerpen. Een ‘special degree of caution’ voor slechts één categorie werken erop nahouden, houdt immers in dat juist wél onderscheid wordt gemaakt naargelang de categorie voorwerpen waar het om gaat.¹⁴

13. Tot zover meen ik dat het arrest duidelijkheid schept, door aan te geven wat de kaders zijn voor de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen. Het Hof geeft keurig antwoord op de gestelde vragen van de Belgische rechter en het antwoord van het Hof is te volgen. Komen we nu op wat moeilijker begaanbaar terrein. Niet alle vragen met betrekking tot de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen zijn namelijk beantwoord. Niet dat de prejudiciële vragen daartoe aanleiding gaven, maar het betreffen desalniettemin belangrijke vragen. Ik behandel in de rest van dit artikel twee van deze belangrijke vragen die ook na *Brompton* niet sluitend zijn beantwoord. Allereerst de vraag 1) wanneer nou precies een onderdeel van een voorwerp uitsluitend tech-

11 Wat betreft de beschermingstermijn kan er nog op worden gewezen dat de Berner Conventie in artikel 7 lid 4 de landen van de Unie de optie heeft gegeven om de duur van bescherming van werken van toegepaste kunst minder lang te maken dan de beschermingsduur van andere werken. Hier heeft de wetgever geen gebruik van gemaakt. Het argument dat het problematisch is dat de beschermingsduur van gebruiksvoorwerpen (te) lang is, is dus iets wat de wetgever reeds expliciet heeft afgewezen.

12 Het overtuigt mij dan ook niet dat het ECS, zonder verdere onderbouwing, in punt 16 van de opinie stelt dat ‘these twin features – long term protection and lack of publicity – may on the whole be welcome or at least acceptable for traditional copyright protected artifacts; but they may raise significant challenges when copyright protection applies to mass-produced articles manufactured industrially, as it is in the case of utilitarian articles’.

13 Bovendien kan men het grondbeginsel dat de bescherming zich niet mag uitstrekken tot ideeën *an sich* ook waarborgen bij de inbreukvraag, iets wat in de Nederlandse rechtspraak geregeld gebeurt ten aanzien van stijl en trends. Niet alleen is een stijl of een trend *an sich* niet beschermbaar (zie o.a. HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8661, IER 2013/40, m.nt. Eijsvogels, NJ 2013/504, m.nt. Hugenholtz (Broeren/Duijsens)), maar plegen Nederlandse feitenrechters dit principe mede in ogenschouw te nemen bij de inbreukvraag, zie bijv. Hof Amsterdam 13 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1031 (*Airwair/Primark*).

14 Het ECS is zelf overigens van mening dat ‘a special degree of caution’ niet leidt tot (ontoelaatbare) discriminatie van gebruiksvoorwerpen, zo getuigt het feit dat de ECS zegt dat de ‘special degree of caution’ niet mag leiden tot discriminatie (‘this special degree of caution should in no way amount to discrimination against utilitarian articles and the shapes thereof’, zie punt 17 van de opinie). Het ECS verliest hier mijns inziens uit het oog dat het op zichzelf al discriminerend is als je voor alleen gebruiksvoorwerpen er een ‘special degree of caution’ op nahoudt, maar voor andere categorieën voorwerpen niet.

nisch is bepaald en 2) wat het precies behelst om vrije, creatieve keuzes te maken bij de creatie van een gebruiksvoorwerp.¹⁵

4. Uitsluitend technisch bepaald

14. De eerste vraag betreft voornamelijk een definitieprobleem. Het Hof stelt in r.o. 27 resoluut dat een onderdeel van een voorwerp dat uitsluitend door een technische functie wordt gekenmerkt, niet kan voldoen aan het criterium van oorspronkelijkheid. Om die reden kan een product dat 'uitsluitend' wordt bepaald door zijn technische functie (in die zin dat al zijn onderdelen technisch bepaald zijn) geen auteursrechtelijke bescherming genieten (r.o. 33). Het Hof laat hierbij na om te definiëren wat hij precies bedoelt met het woord 'uitsluitend'. Op het eerste oog is niet meteen duidelijk of het de bedoeling is van het Hof om bij de uitleg van het woord 'uitsluitend' aan te sluiten bij de definitie zoals we deze kennen uit het modellenrecht (of het merkenrecht).¹⁶ Hieraan kan worden getwijfeld omdat het Hof niet expliciet aansluit bij zijn rechtspraak uit het modellen- en merkenrecht (zie straks nr. 17 e.v.).¹⁷

15. Het Hof gebruikt in het arrest ook andere termen dan 'uitsluitend' als hij spreekt over de relatie tussen het werkbegrip en techniek. Zo kan men in het arrest lezen dat de situatie dat onderdelen van een verschijningsvorm 'uitsluitend gekenmerkt worden door een technische functie' (r.o. 27) schijnbaar niet hetzelfde is als het geval dat de verschijningsvorm van de fiets 'noodzakelijk lijkt te zijn om een bepaald technisch resultaat te bereiken' (r.o. 29). In het geval dat het product uitsluitend gekenmerkt wordt door een technische functie is bescherming immers uitgesloten (r.o. 33), waar het Hof de deur voor bescherming openhoudt als de verschijningsvorm noodzakelijk lijkt te zijn om een bepaald technisch resultaat te bereiken (r.o. 30; zie tevens het dictum). Dit roept de vraag op of er een verschil is tussen 'uitsluitend gekenmerkt worden door een technische functie' en 'noodzakelijk lijken te zijn om een bepaald technisch resultaat te bereiken'.

15 Er zijn ook andere ingewikkelde vragen die dit arrest oproept, maar die laat ik in deze beschouwing rusten. Evenwel wil ik niet onbenoemd laten dat ook de vraag wanneer precies een idee samenvalt met de uitdrukking een erg belangrijk vraagstuk is. Voor een interessante analyse op dit punt zij verwezen naar Inguanez, 'A Refined Approach to Originality in EU Copyright Law in Light of the ECJ's Recent Copyright/Design Cumulation Case Law', ICC 2020, p. 798 e.v.

16 Hetgeen de A-G wel heeft voorgesteld in zijn conclusie.

17 In het bijzonder voor het modellenrecht het arrest HvJ EU 8 maart 2018, C-395/16 (*Doceram*) en voor het merkenrecht HvJ EU 14 september 2010, C-48/09 P, NJ 2011/303, m.nt. Spoor, BIE 2010/94, m.nt. Quaedvlieg, IER 2010/85, m.nt. De Wit en Vlaar (*Lego Juris/BHIM*). Zie voor auteurs die stellen dat het Hof in *Brompton* niet aansluit bij de techniekexceptie in het modellenrecht (of merkenrecht), Ringnalda, 'Auteursrecht op functionele productvormgeving', annotatie bij *Brompton Bicycle* in BIE 2021/9, p. 163 en Pinckaers, 'Uitleg van de techniekexceptie in het modellenrecht: de enige factor leer en het belang van alternatieve vormgeving', IER 2020/39, p. 302.

16. Soortgelijke vragen doen zich voor bij de vraag wat precies 'techniek' is. Als het Hof het heeft over techniek in r.o. 27 e.v., spreekt hij veelal over het bereiken van een technisch resultaat of een technische functie (r.o. 27, 29, 33, 35, 36 38). Dit lijkt erop te duiden dat het Hof wil dat wordt vastgesteld of onderdelen van het voorwerp uitsluitend gedictieerd wordt/worden door de technische functie van onderdelen van het voorwerp zelf. Het zijn die technische onderdelen die niet oorspronkelijk kunnen zijn. Maar in r.o. 24, 26 en 31 gebruikt het Hof andere terminologie: daar spreekt het Hof immers niet over het bereiken van een technisch resultaat, maar over voorwerpen die zijn ingegeven door technische *overwegingen*. Wat precies een technische overweging is, is een kwestie van interpretatie. Beperkt geïnterpreteerd is een technische overweging niets meer dan dat de keuze voor de vormgeving van een product (of onderdelen van dat product) wordt ingegeven door de technische functie die dat product moet hebben. Maar men kan het ook zo interpreteren dat een technische overweging meer omvat dan de technische functie van het apparaat zelf. Onder een bredere interpretatie van het begrip 'technische overweging' kunnen ook overwegingen vallen die in meer of mindere mate (op dwingende wijze) sturend zijn geweest bij de keuzes die de auteur heeft gemaakt. Denk bijvoorbeeld aan sector-specifieke productienormen of overwegingen ten aanzien van de kosten die gemoeid gaan met het produceren van bepaalde vormgeving. Met wat goede wil vallen ook dit soort (bepalende) overwegingen onder het begrip 'technische overwegingen'.

17. Wat precies 'technische overwegingen' zijn, is mijns inziens niet uit het arrest te halen.¹⁸ Ik denk wel dat uit het arrest valt af te leiden wat het Hof precies bedoelt te zeggen met 'uitsluitend technisch' en 'noodzakelijk om een bepaald technisch resultaat te bereiken'. Men kan het anders lezen, maar zo ik het arrest begrijp, probeert het Hof zo veel mogelijk aan te sluiten bij de techniekexceptie in het modellenrecht. In het *Doceram*-arrest heeft het Hof bepaald dat de techniekexceptie in het modellenrecht van toepassing is wanneer de noodzaak om aan een bepaalde technische functie van het betrokken voortbrengsel te voldoen, de enige factor is waarom de ontwerper voor een bepaald uiterlijk kenmerk van dat voortbrengsel heeft gekozen en andere overwegingen, met name met betrekking tot het visuele aspect van het voortbrengsel, geen rol heb-

18 Mijn voorkeur gaat ernaar uit om het begrip 'technische overwegingen' beperkt uit te leggen en het slechts betrekking te laten hebben op overwegingen die zijn ingegeven door de technische functie van een apparaat. Het begrip 'technische overwegingen' ruimer uitleggen is mijns inziens onnodig en daarom ook niet wenselijk. Er kan namelijk reeds rekening worden gehouden met overwegingen die geen relatie hebben met de technische functie van een apparaat maar evenwel weinig tot geen ruimte laten voor creativiteit: in dit geval staat het de rechter immers vrij om te oordelen dat er geen vrije, creatieve keuzes zijn gemaakt die de persoonlijkheid van de maker weerspiegelen. Maar, zoals gezegd, blijkt dit niet uit het arrest zelf.

ben gespeeld bij de keuze voor dat kenmerk.¹⁹ Niet doorslaggevend is of er alternatieve modellen zijn.²⁰ Wel kunnen alternatieve modellen waarmee dezelfde technische functie kan worden vervuld een rol spelen bij de beoordeling of sprake is van een uitsluitend technisch bepaald kenmerk.²¹

18. Volgens mij beslist het Hof in *Brompton* in eenzelfde zin als hij in *Doceram* heeft beslist.²² Toegegeven, het betreft geen 100% overlap. Zo beslist Hof in *Brompton* dat de doeltreffendheid van de verschijningsvorm om hetzelfde technische resultaat te bereiken alleen in aanmerking moet worden genomen voor zover deze elementen het mogelijk maken te achterhalen met welke overwegingen bij de keuze van de verschijningsvorm van het betrokken product rekening is gehouden (r.o. 36). In zoverre kan worden toegegeven dat het Hof in *Brompton* niet direct de enige factor leer uit *Doceram* overneemt.²³

19. Het betreft voornamelijk een theoretisch verschil: praktisch gezien komt het op hetzelfde neer. De kern van *Brompton* is volgens mij recht toe recht aan: onderdelen die uitsluitend technisch bepaald zijn, komen niet voor bescherming in aanmerking (r.o. 27), wat logischerwijs impliceert dat wanneer de gehele verschijningsvorm van het product uitsluitend technisch is bepaald (in de zin dat al zijn onderdelen uitsluitend technisch bepaald zijn) de vormgeving is uitgesloten van auteursrechtelijke bescherming. Dit betekent dat wanneer de technische functionaliteit van de verschijningsvorm de enige bepalende factor is voor het kiezen van die verschijningsvorm, die verschijningsvorm ook in het auteursrecht uitgesloten is van bescherming. Dat het Hof voor het auteursrecht aansluiting zoekt bij het modellenrecht, kan ook worden afgeleid uit het feit dat het Hof een ander aspect van het modellenrecht overneemt. Zo stelt het Hof dat ook in het auteursrecht, net als in het modellenrecht, de beschikbaarheid van alternatieve modellen niet doorslaggevend is voor de vraag of een onderdeel uitsluitend technisch is bepaald, maar dat alternatieve vormgeving wel een rol kan spelen.

20. Wanneer vormgeving uitsluitend technisch is bepaald, is en blijft een moeilijke feitelijke vraag. Het Hof is geen feitenrechter en mag zich dus niet met deze feitelijke vraag bemoeien. In dit kader wekt het geen verbazing dat het Hof stelt dat de verschijningsvorm van de fiets noodzakelijk *lijkt te zijn* om een bepaald technisch resultaat te bereiken (r.o. 29), maar dat desondanks de rechter moet

controleren of sprake is van een oorspronkelijk werk (r.o. 30). Volgens mij zegt het Hof hier niets meer dan dat het lijkt dat de vouwfiets uitsluitend technisch is bepaald, iets waar ook de verwijzende Belgische rechter vanuit lijkt te gaan. Maar of dit daadwerkelijk zo is, moet uiteraard nog door de feitenrechter worden onderzocht.²⁴ Als blijkt dat er een exclusieve verhouding bestaat tussen de functionaliteit en de verschijningsvorm van de fiets, dan is de fiets uitgesloten van auteursrechtelijke bescherming. Is er evenwel ruimte voor vrije, creatieve keuzes dan is dit niet per definitie het geval. Het doorhakken van deze knoop is aan de Belgische rechter.²⁵

21. Als men de beslissing van het Hof zo leest, heeft ook het auteursrecht praktisch gezien een techniekexceptie. Op macroniveau gaat deze techniekexceptie uit van hetzelfde principe als de techniekexcepties uit het modellen- en merkenrecht: dat wat uitsluitend technisch is bepaald, is voorbehouden aan het octrooirecht en kan niet worden beschermd door andere IE-rechten. Dat is waar het om draait. Dit fundamentele uitgangspunt is gewoon precies hetzelfde in het auteursrecht, modellenrecht en het merkenrecht. Wel verdient het opgemerkt te worden dat op microniveau de techniekexcepties van elkaar verschillen. Zo is alternatieve vormgeving in het auteursrecht en het modellenrecht wél relevant, maar in het merkenrecht niet.²⁶ Maar aangezien het fundamentele uitgangspunt van de techniekexcepties hetzelfde zijn, verdient het de aanbeveling om het wat dat betreft soms ook niet moeilijker te maken dan het is en van deze fundamentele scheiding tussen het octrooirecht en de rest van het IE-recht uit te gaan: dat wat uitsluitend technisch is bepaald, kan gewoon niet worden beschermd in het modellenrecht, het merkenrecht en ook niet in het auteursrecht. Nogmaals, het blijft natuurlijk onverminderd lastig wanneer iets uitsluitend technisch is,²⁷ maar dat lijkt mij in ieder geval zo te zijn als de vormgeving van (een onderdeel van) een voorwerp uitsluitend is bepaald door zijn technische functie.

5. Keuzeruimte, vrije keuzes en creatieve keuzes

22. Een tweede vraag die in *Brompton* niet is beantwoord, is wanneer een gebruiksvoorwerp oorspronkelijk is. Deze vraag is extra onder de aandacht gekomen door het arrest *Cofemel*. In dit arrest stelde het Hof dat de be-

19 HvJ EU 8 maart 2018, C-395/16 (*Doceram*), r.o. 26.

20 HvJ EU 8 maart 2018, C-395/16 (*Doceram*), r.o. 32.

21 HvJ EU 8 maart 2018, C-395/16 (*Doceram*), r.o. 36-37.

22 Vgl. P. Maeyaert, Auteursrechten op design en gebruiksvoorwerpen na de arresten *Cofemel* en *Brompton Bicycle*, *I.R.D.I.* 2021/2, p. 67 e.v.

23 Zie Pinckaers, 'Uitleg van de techniekexceptie in het modellenrecht: de enige factor leer en het belang van alternatieve vormgeving', *IER* 2020/39, p. 302.

24 Zie in dit verband ook r.o. 76 van de conclusie van de A-G.

25 Inmiddels heeft de Belgische rechter (de voorzitter van de ondernemingsrechtbank te Luik) vonnis gewezen na het arrest van het Hof van Justitie. De Belgische rechter heeft geoordeeld dat zowel de afzonderlijke onderdelen als de gehele verschijningsvorm van de *Brompton*-fiets, uitsluitend technisch bepaald zijn. Zie *I.R.D.I.* 2021/2, p. 110 e.v.

26 HvJ EU 14 september 2010, C-48/09 P (*Lego Juris*).

27 Een discussie die zowel moeilijk is vanwege het soms lastig definieerbare begrip 'uitsluitend' en het altijd moeilijk definieerbare begrip 'technisch'. Zie in dit kader o.a. Quaedvlieg, *Auteursrecht op techniek*, Zwolle: Tjeenk Willink 1987, p. 22 e.v. en de uitgebreide toelichting hierop in Quaedvlieg, 'De techniek, het Hof en de duivel', *BIE* 2013/7-8, p. 231-244.

scherming van het auteursrecht is voorbehouden aan voorwerpen die het ‘verdienen’ om als werk te worden gekwalificeerd (r.o. 50) en dat daarom cumulatie tussen het modellenrecht en auteursrecht slechts in ‘bepaalde situaties’ kan worden overwogen (r.o. 52). Deze twee rechts-overwegingen hebben een discussie in de literatuur aangewakkerd. Ringnalda concludeert dat deze overwegingen niet opzij zetten dat bij gebruiksvoorwerpen de geharmoniseerde oorspronkelijkheidsmaatstaf leidend is.²⁸ Spoor stelt dat, hoewel aannemelijk mag zijn dat voor gebruiksvoorwerpen dezelfde oorspronkelijkheidsstoets geldt als voor andere werken, over de inhoud van deze toets geen duidelijkheid bestaat.²⁹ Spoor sluit af met de conclusie dat er een duidelijk spanning is tussen onze Nederlandse *eok&ps*-toets en overwegingen 50-52 uit *Cofemel*. De prejudiciële vragen in *Brompton* vroegen het Hof niet om in te gaan op dit punt. Het was dus ook niet vereist voor het Hof om nader uiteen te zetten wanneer een gebruiksvoorwerp oorspronkelijkheid bezit. Het moge dan ook niet verbazen dat het Hof in *Brompton* het houdt bij de zeer open ‘basisnorm’ dat ook bij gebruiksvoorwerpen doorslaggevend is of vrije creatieve keuzes zijn gemaakt die de persoonlijkheid van de auteur weerspiegelen.

23. De enige aanwijzing die het Hof wel geeft, is dat er een verschil lijkt te zijn tussen (het benutten van) keuzeruimte en het maken van creatieve keuzes die de persoonlijkheid van de auteur weerspiegelen. Dit maakt het Hof duidelijk door te overwegen dat geen werk tot stand kan komen als er een zo beperkte ruimte is voor creatieve vrijheid dat het idee samenvalt met de uitdrukking ervan (r.o. 31) en dat het kunnen kiezen tussen meerdere verschijningsvormen niet per definitie leidt tot de vervaardiging van een werk (r.o. 32) omdat er dan weliswaar keuzemogelijkheden zijn, doch dit niet doorslaggevend is voor de beoordeling van de factoren die de keuze van de maker hebben beïnvloed (r.o. 35).

24. Het louter benutten van keuzeruimte staat dus niet gelijk aan het scheppen van een werk. Daarbij verdient wel de opmerking dat de boodschap van het Hof dat ‘een keuze niet per definitie een vrije creatieve keuze is die de persoonlijkheid van de auteur weerspiegelt’ louter wordt aangehaald in combinatie met het oordeel dat het kunnen kiezen tussen verschillende technische verschijningsvormen niet automatisch een werk oplevert. Het benutten van keuzeruimte die los van het beoogd technische resultaat van het voorwerp wordt gemaakt, zal mijns inziens al snel zorgen dat wel sprake is van een werk. Het benutten van dergelijke keuzeruimte gaat namelijk hand in hand met het maken van subjectieve keuzes en die keuzes zijn in de regel alleen te verklaren door, en te herleiden tot, de smaak en voorkeuren van de auteur, waardoor

het voorwerp in kwestie de persoonlijkheid van die auteur zal weerspiegelen. Ook de feitenrechters in Nederland oordelen (mijns inziens terecht) dat de lat voor oorspronkelijkheid veelal snel is gehaald als de auteur keuzeruimte benut en daarbij subjectieve keuzes heeft gemaakt.³⁰

25. Maar de open benadering van het Hof laat ook ruimte voor andere invullingen. Het Hof stelt immers alleen dat een gebruiksvoorwerp met een technische functie beschermd kan zijn, zo lang het maar oorspronkelijk is. Meer zegt het Hof eigenlijk niet. Vrij vertaald geeft het Hof in *Brompton* telkens, in zo abstract mogelijk opgeschreven zinnen, dezelfde boodschap mee aan de lidstaten: het hangt ervan af. Techniek in het gebruiksvoorwerp verhindert niet dat het gebruiksvoorwerp auteursrechtelijk beschermd kan zijn, het hangt ervan af of de auteur iets oorspronkelijks heeft geschept. Keuzeruimte is noodzakelijk maar niet doorslaggevend voor de vraag of sprake is van oorspronkelijkheid: het hangt ervan af.

26. Door zich niet uit te laten over wanneer sprake is van oorspronkelijkheid, maar het te laten bij de vrij ‘kale’ mededeling dat oorspronkelijkheid vereist is, is de invulling van het begrip ‘vrije en creatieve keuzes die de persoonlijkheid van de auteur weerspiegelen’ een interpretatiekwestie. Zonder indicaties van het Hof is de interpretatie noodzakelijkerwijs volledig aan de lidstaten zelf overgelaten. Een logisch gevolg is dat lidstaten hun eigen rechtstraditie en opvattingen ten opzichte van de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen een doorslaggevende rol laten spelen bij de invulling van wat de drempel is voor oorspronkelijkheid. In Nederland is die drempel, zoals net aangestipt, traditioneel laag. Maar in andere Europese landen waar traditioneel terughoudender wordt omgegaan met de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen (bijvoorbeeld Portugal, Duitsland en Italië) zal die drempel (veel) hoger (blijven) liggen.

27. Nu is het zo dat er altijd verschillen zullen blijven bestaan tussen lidstaten, hoe gedetailleerd het Hof het werkbegrip ook harmoniseert: het is onvermijdelijk omdat de vraag of iets een werk is, een beoordeling van de feiten vergt. Maar zo lang het werkbegrip niet nader wordt gepreciseerd, werkt de ‘basisnorm’ van de werктоets verschillen in de hand die het harmoniserende werk van het Hof ondermijnen. Harmonisatie van het werkbegrip heeft immers op zijn minst mede tot doel om dit werkbegrip enigszins uniform uit te leggen in de lidstaten. De verschillen tussen de lidstaten die *Brompton* in stand laat, worden reeds duidelijk als men kijkt naar hoe in Nederland is gereageerd op *Brompton* in hoe in Duitsland wordt

28 Zie de BIE-noot van Ringnalda onder het *Cofemel*-arrest (BIE 2019/27).

29 Spoor, ‘Auteursrechtelijke bescherming van modellen na *Cofemel*’, *IER* 2020/42.

30 Zie in soortgelijke zin Ringnalda, ‘Gebruiksvoorwerpen in het auteursrecht’, annotatie bij *Cofemel*, *BIE* 2019/27, p. 342-343. Zie voor een niet-limitatief inkijkje in deze Nederlandse feitenrechtspraak Spoor, ‘Auteursrechtelijke bescherming van modellen na *Cofemel*’, *IER* 2020/42, p. 334 e.v. Spoor is overigens erg kritisch op de manier hoe Nederlandse feitenrechters omgaan met de auteursrechtelijke bescherming van modellen.

gereageerd. Zo geeft bijvoorbeeld Ringnalda aan dat het voor de Nederlandse rechtspraak weinig nieuws brengt dat het Hof overweegt dat ook gebruiksvoorwerpen waarvan de functionaliteit 'bepalend' is voor de vormgeving ook voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen.³¹ Dit volgt uit de *Stokke*-arresten van de Hoge Raad.³² In voetnoot 17 geeft Ringnalda vervolgens aan dat de impact groter zal zijn in bijvoorbeeld Duitsland, waar het strengere uitgangspunt uit het arrest *Seilzirkus* geldend recht is.³³ In *Seilzirkus* stelt het Bundesgerichtshof (BGH) immers dat het uitgangspunt is 'dass nur solche Merkmale eines Gebrauchsgegenstandes Urheberrechtsschutz begründen können, die nicht allein technisch bedingt, sondern auch künstlerisch gestaltet sind'.³⁴ Dit volgt het BGH op met de vaststelling dat 'in solchen einfach gelagerten Fällen kann der Kläger seiner Darlegungslast bereits durch Vorlage des Werkes oder von Fotografien des Werkes genügen. Bei Gebrauchsgegenständen, die bestimmten technischen Anforderungen genügen müssen und technisch bedingte Gestaltungsmerkmale aufweisen, sind die Möglichkeiten einer künstlerisch-ästhetischen Ausformung zwar nicht ausgeschlossen, aber regelmäßig eingeschränkt. Bei solchen Formgestaltungen stellt sich daher in besonderem Maß die Frage, ob die gewählte Form durch den Gebrauchszweck technisch bedingt ist. Deshalb muss bei derartigen Werken der angewandten Kunst genau und deutlich dargelegt werden, inwieweit der Gebrauchsgegenstand über seine von der Funktion vorgegebene Form hinaus künstlerisch gestaltet ist'.³⁵

28. De Duitse maatstaf is duidelijk strenger dan de Nederlandse maatstaf. Toch wordt in de Duitse literatuur verdedigd dat het Hof in *Brompton* zijn zegen geeft aan de leer die volgt uit *Seilzirkus*.³⁶ Hier zit een discrepantie in: het kan namelijk niet zo zijn dat zowel de Nederlandse benadering als de Duitse benadering te verenigen zijn met het geharmoniseerde werkbegrip. Toch is het mogelijk om beide benaderingen een plek te geven in de uitleg van het begrip 'oorspronkelijkheid'. Nu is het niet ongebruikelijk dat in IE-zaken in (parallele) zaken in lidstaten verschillende uitkomsten voorkomen.³⁷ Sterker nog, zelfs tussen Nederlandse rechters onderling komen dergelijke ver-

schillende uitkomsten wel eens voor.³⁸ Bovendien moet niet worden vergeten dat de harmonisatie van het werkbegrip niet inhoudt dat het auteursrecht van de lidstaten wordt gelijkgetrokken. Auteursrechten blijven nationale rechten.³⁹ En toch is het mijns inziens wenselijk om zo veel mogelijk een invulling van het werkbegrip tot stand te brengen die in ieder geval het verschil in benadering tussen de lidstaten kan minimaliseren. Zonder verduidelijking zullen er namelijk grote verschillen blijven bestaan tussen de lidstaten, verstopt achter het gordijn van de volledige harmonisatie van het werkbegrip.⁴⁰ Ik zie echter geen manier om dit effectief tot bewerkstelligen.⁴¹ Mijn vurige wensen ten spijt is daarom wellicht beter om te accepteren dat de verschillen tussen de lidstaten zullen blijven bestaan.

31 Ringnalda, 'Auteursrecht op functionele productvormgeving', annotatie bij *Brompton Bicycle* in *BIE* 2021/9, p. 163.
 32 Zie bijv. HR 12 april 2013, *NJ* 2013/502, m.nt. Hugenholtz (*Stokke/Fikszo*), r.o. 4.2.
 33 BGH 12 mei 2011, I ZR 53/10, *GRUR* 2012, 58 (*Seilzirkus*).
 34 Rechtsoverweging 19. Zie ook verder in het arrest, bijvoorbeeld r.o. 22.
 35 Rechtsoverweging 28. Het volledige arrest is overigens lezenswaardig, vooral ook omdat het BGH inzicht geeft in de redenen waarom hij vindt dat terughoudender moet worden omgegaan met de bescherming van (technische) gebruiksvoorwerpen.
 36 Von Zech 'Urheberrecht und Technik', *ZUM* 2020, 801.
 37 Zie over dit punt ook HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1063 (*Simba/Hasbro*). Zie ook de conclusie van A-G Van Peursem, ECLI:NL:PHR:2014:2342, r.o. 2.7 e.v.

38 Zie bijvoorbeeld de verschillende benadering en uitkomst bij het Hof Den Haag en het Hof Amsterdam ten aanzien van dezelfde Tripp-Trapp-stoel: Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV3404 en Hof Den Haag 30 juni 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK8037.
 39 Vgl. A-G Van Peursem, ECLI:NL:PHR:2014:2342, r.o. 2.8.
 40 Vgl. Kur, 'Unité de l'art is here to stay – Cofemel and its consequences', Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper, No. 19-16, p. 14. Daarbij nog aangetekend dat een logisch gevolg van deze verschillen tussen de lidstaten in de hand werkt dat eisers Europees gaan forumshoppen. Eisers zullen natuurlijk proberen om hun vordering voor te leggen aan een rechter in een lidstaat die soepel(er) omgaat met de bescherming van gebruiksvoorwerpen dan rechters in andere lidstaten. Omdat het reproductierecht volledig is geharmoniseerd, rechtvaardigt een inbreuk al snel een pan-Europees verbod (de discussie over de harmonisering van het bewerkingsrecht en de vraag of de rechter bij inbreuk op het bewerkingsrecht een pan-Europees verbod kan opleggen, laat ik hier rusten). Op deze manier kunnen eisers proberen de strengere maatstaven in sommige lidstaten te ontwijken door te procederen in andere lidstaten. Deze ontwikkeling is niet wenselijk, al is het voor de praktijk van de Nederlandse IE-advocaten een kolfje naar de hand.
 41 Een startpunt is wellicht dat het Hof indicaties geeft wanneer een gebruiksvoorwerp oorspronkelijkheid bezit. In het verleden heeft het Hof dergelijke indicaties gegeven voor andere categorieën werken, bijvoorbeeld voor (portret)foto's (HvJ EU 1 december 2011, C-145/10 (*Painer*), r.o. 90-92, in het bijzonder r.o. 91 waar het Hof verscheidende vrije en creatieve keuzes opsomt die de auteur kan maken: 'In de voorbereidende fase kan de auteur de encensering, de pose van de te fotograferen persoon of de belichting kiezen. Bij het nemen van de portretfoto kan hij de camera-instelling, de invalshoek of de gecreëerde sfeer kiezen. Bij het ontwikkelen van het cliché tot slot kan de auteur kiezen tussen diverse technieken, of in voorkomend geval software gebruiken.' Vgl. op dit punt ook Endrich-Laimböck over ditzelfde gebrek in het arrest *Cofemel*: Endrich-Laimböck, 'Little Guidance for the Application of Copyright Law to Designs in Cofemel', *GRUR International*, 69(3), 2020, p. 266.