

Nr. 9

Hof van Justitie EU 11 juni 2020

IEF 19259; ECLI:EU:C:2020:461 (C-833/18)

(SI & Brompton/Chedech Get2Get)

(E. Regan, I. Jarukaitis, E. Juhász (rapporteur), M. Ilešič en C. Lycourgos)

Samenvatting

Art. 2-5 Auteursrechtlijn 2001/29; art. art. 10 Aw.

Brompton is houdster van de auteursrechten op de vormgeving van de Brompton vouwfiets. De auteursrechtelijke bescherming van de vormgeving van de Brompton vouwfiets omvat volgens Brompton een combinatie van vormgevingskenmerken die samenhangen met de mogelijkheid om de fiets in drie standen te vouwen. Chedech brengt in België een vouwfiets op de markt die dezelfde combinatie van vormgevingskenmerken bevat. Volgens Chedech komt aan de vormgeving geen auteursrechtelijke bescherming toe omdat zij technisch noodzakelijk is voor het toegepaste vouwmechanisme. Volgens Brompton is daarvan geen sprake omdat er vormgevingsalternatieven bestaan voor vouwfietsen die in drie standen kunnen worden gevouwen. Het Hof van Justitie antwoordt dat technisch noodzakelijke productvormgeving auteursrechtelijk beschermd kan zijn, mits zij het resultaat is van een eigen intellectuele schepping van de auteur. Dat dat het geval is, kan uit het enkele bestaan van vormgevingsalternatieven niet worden afgeleid. Nagegaan moet worden welke factoren de keuzes van de maker hebben beïnvloed, waarbij het bestaan van een octrooi in aanmerking genomen kunnen worden.

Arrest

[...]

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

10 Brompton, een vennootschap naar Engels recht die is opgericht door SI, brengt een vouwfiets in de handel. Deze vouwfiets wordt sinds 1987 verkocht in haar huidige verschijningsvorm (hierna: „Brompton-fiets”).

11 De Brompton-fiets, die als kenmerk heeft dat zij in drie standen kan worden gevouwen (gevouwen stand, open stand en een tussenstand waardoor de fiets op de grond in evenwicht blijft), was beschermd door een octrooi dat thans vervallen is.

12 Get2Get brengt een vouwfiets (hierna: „Chedech-fiets”) in de handel die er nagenoeg hetzelfde uitziet als de Brompton-fiets en die ook kan worden gevouwen in de drie in het vorige punt genoemde standen.

13 Op 21 november 2017 hebben SI en Brompton de tribunal de l'entreprise de Liège (ondernemingsrechtbank Luik, België) verzocht om vast

te stellen dat de Chedech-fietsen een inbreuk vormen op het auteursrecht van Brompton en op de immateriële rechten van SI, en dientengevolge te gelasten dat Get2Get de activiteiten staakt die inbreuk maken op hun rechten en het product uit alle verkooppunten terugroept.

14 Als verweer voert Get2Get aan dat de verschijningsvorm van de Chedech-fiets noodzakelijk is om het gewenste technische resultaat te bereiken, namelijk ervoor zorgen dat die fiets in drie verschillende standen kan worden gevouwen. Een dergelijke verschijningsvorm kan dus enkel octrooirechtelijk en niet auteursrechtelijk worden beschermd.

15 Verzoekers in het hoofdgeding hebben daarop geantwoord dat de drie standen van de Brompton-fiets ook mogelijk zijn bij fietsen met een andere verschijningsvorm dan die welke de uitvinder van de Brompton-fiets aan zijn fiets heeft gegeven. Dit betekent volgens hen dat de verschijningsvorm van de fiets auteursrechtelijk kan worden beschermd.

16 De tribunal de l'entreprise de Liège wijst erop dat naar Belgisch recht een schepping auteursrechtelijk wordt beschermd indien die tot uitdrukking komt in een bijzondere vorm en oorspronkelijk is. Een gebruiksvoorwerp – zoals een fiets – kan dus auteursrechtelijk worden beschermd. Verschijningsvormen die voor het bereiken van een technisch resultaat noodzakelijk zijn, kunnen weliswaar niet auteursrechtelijk worden beschermd, doch het is niet duidelijk of dit ook zo is wanneer een dergelijk resultaat door middel van andere verschijningsvormen kan worden bereikt.

17 De verwijzende rechter wijst erop dat het Hof in zijn arrest van 8 maart 2018, DOCERAM (C-395/16, EU:C:2018:172), inzake modellenrecht artikel 8, lid 1, van verordening nr. 6/2002 aldus heeft uitgelegd dat er voor de beoordeling of uiterlijke kenmerken van een voortbrengsel uitsluitend door de technische functie van dat voortbrengsel worden bepaald, nagegaan moet worden of die functie de enige factor is die bepalend was voor die kenmerken, en dat het in dit verband niet doorslaggevend is of er alternatieve modellen zijn.

18 Hij vraagt zich derhalve af of niet voor een soortgelijke oplossing moet worden gekozen met betrekking tot het auteursrecht wanneer de uiterlijke kenmerken van het product waarvoor auteursrechtelijke bescherming wordt gevraagd in het kader van richtlijn 2001/29, noodzakelijk zijn om een specifiek technisch effect te bereiken.

19 In die omstandigheden heeft de tribunal de l'entreprise de Liège de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Dient het Unierecht en inzonderheid [richtlijn 2001/29], waarvan de artikelen 2 tot en met 5 met name de verschillende aan de houders van auteursrechten verleende exclusieve rechten vastleggen, aldus te worden uitgelegd dat auteursrechtelijke bescherming uitgesloten is voor

werken waarvan de verschijningsvorm noodzakelijk is om een technisch resultaat te bereiken?

2) Dient bij de beoordeling of een verschijningsvorm noodzakelijk is om een technisch resultaat te bereiken, met de volgende criteria rekening te worden gehouden:

- het bestaan van andere mogelijke verschijningsvormen waarmee hetzelfde technische resultaat kan worden bereikt;
- de doeltreffendheid van de verschijningsvorm om dat resultaat te bereiken;
- de wil van de vermeende inbreukmaker om dat resultaat te bereiken;
- het bestaan van een thans vervallen vroeger octrooi op het procedé waarmee het gewenste technische resultaat kan worden bereikt?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

20 Met zijn twee vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 2 tot en met 5 van richtlijn 2001/29 aldus moeten worden uitgelegd dat de daarin neergelegde auteursrechtelijke bescherming van toepassing is op een product waarvan de verschijningsvorm, althans gedeeltelijk, noodzakelijk is om een technisch resultaat te bereiken.

21 Overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 5 van richtlijn 2001/29 worden werken van auteurs beschermd tegen reproductie, mededeling aan het publiek en distributie onder het publiek zonder hun toestemming.

22 Volgens vaste rechtspraak van het Hof bestaat het begrip „werk” uit twee elementen. Ten eerste impliceert dit begrip een oorspronkelijk voorwerp dat een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan is, en ten tweede vereist het dat die schepping wordt uitgedrukt (zie in die zin arrest van 12 september 2019, Cofemel, C-683/17, EU:C:2019:721, punten 29 en 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

23 Wat het eerste element betreft, volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat het, om een voorwerp als oorspronkelijk te kunnen beschouwen, zowel noodzakelijk als voldoende is dat dit voorwerp een intellectuele schepping van de auteur is die de persoonlijkheid van deze laatste weerspiegelt en tot uiting komt door de vrije creatieve keuzen van die auteur bij de totstandkoming ervan (arrest van 12 september 2019, Cofemel, C-683/17, EU:C:2019:721, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

24 In dat verband zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak, wanneer voor de vervaardiging van een voorwerp technische overwegingen, regels of andere beperkingen gelden die geen ruimte laten voor creatieve vrijheid, dat voorwerp niet kan worden geacht de oorspronkelijkheid te hebben die vereist is om een werk te kunnen vormen en bijgevolg auteursrechtelijke bescherming te genieten (zie in die zin arrest van 12 september 2019, Cofemel, C-683/17, EU:C:2019:721, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

25 Wat betreft het tweede element dat in punt 22 van dit arrest wordt genoemd, heeft het Hof verduidelijkt dat het begrip „werk”, waarnaar in richtlijn 2001/29 wordt verwezen, noodzakelijkerwijs een uitdrukkingvorm impliceert van het voorwerp van de auteursrechtelijke bescherming waardoor dit voorwerp voldoende nauwkeurig en objectief kan worden geïdentificeerd (arrest van 12 september 2019, Cofemel, C-683/17, EU:C:2019:721, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

26 Hieruit volgt dat een voorwerp dat aan de voorwaarde van oorspronkelijkheid voldoet, voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking

kan komen, ook al wordt de verwezenlijking ervan door technische overwegingen bepaald, op voorwaarde dat een dergelijke bepaling de auteur niet heeft belet zijn persoonlijkheid in dat voorwerp tot uitdrukking te brengen door vrije en creatieve keuzen tot uiting te brengen.

27 In dit verband moet worden benadrukt dat aan het criterium van oorspronkelijkheid niet kan worden voldaan door onderdelen van een voorwerp die uitsluitend door hun technische functie worden gekenmerkt, aangezien met name uit artikel 2 van het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht volgt dat de auteursrechtelijke bescherming zich niet uitstrekt tot ideeën. Het beschermen van ideeën door middel van het auteursrecht zou in feite neerkomen op het bieden van de mogelijkheid om ideeën te monopoliseren, ten koste van met name de technische vooruitgang en de industriële ontwikkeling (zie in die zin arrest van 2 mei 2012, SAS Institute, C-406/10, EU:C:2012:259, punten 33 en 40). Wanneer de uitdrukking van die onderdelen door hun technische functie wordt bepaald, zijn de verschillende manieren om een idee uit te voeren zodanig beperkt dat het idee samenvalt met de uitdrukking ervan (zie in die zin arrest van 22 december 2010, Bezpečnostní softwarová asociace, C-393/09, EU:C:2010:816, punten 48 en 49).

28 Derhalve moet worden onderzocht of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde vouwfiets een „werk” kan vormen dat de door richtlijn 2001/29 geboden bescherming geniet, aangezien de vragen van de nationale rechter geen betrekking hebben op het tweede in punt 22 van dit arrest genoemde element – die fiets lijkt namelijk voldoende nauwkeurig en objectief te kunnen worden geïdentificeerd – maar op het eerste element.

29 Het klopt dat in het onderhavige geval de verschijningsvorm van de betrokken fiets noodzakelijk lijkt te zijn om een bepaald technisch resultaat te bereiken, namelijk de mogelijkheid om de fiets in drie standen te vouwen, waarvan één het mogelijk maakt om de fiets op de grond in evenwicht te houden.

30 Het staat echter aan de verwijzende rechter om te bepalen of deze fiets desondanks een oorspronkelijk werk vormt dat het resultaat is van een intellectuele schepping.

31 Zoals in de punten 24, 26 en 27 van dit arrest in herinnering is gebracht, kan dit niet het geval zijn wanneer voor de vervaardiging van een voorwerp technische overwegingen, regels of andere beperkingen gelden die geen ruimte hebben gelaten voor creatieve vrijheid of daarvoor een ruimte hebben gelaten die zo beperkt is dat het idee samenvalt met de uitdrukking ervan.

32 Zelfs indien voor een voorwerp kan worden gekozen tussen meerdere verschijningsvormen, betekent dit niet dat dit voorwerp per definitie onder het begrip „werk” in de zin van richtlijn 2001/29 valt. Om uit te maken of dit inderdaad het geval is, dient de verwijzende rechter na te gaan of is voldaan aan de voorwaarden die in de punten 22 tot en met 27 van het onderhavige arrest in herinnering zijn gebracht.

33 Wanneer de verschijningsvorm van het product uitsluitend wordt bepaald door zijn technische functie, kan het product niet in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming.

34 Om vast te stellen of het betrokken product onder de auteursrechtelijke bescherming valt, moet de nationale rechter dus nagaan of de auteur van het product door deze keuze van de verschijningsvorm ervan zijn creatieve vermogen op originele wijze tot uitdrukking heeft gebracht

door vrije en creatieve keuzen te maken en het product zodanig heeft vormgegeven dat het zijn persoonlijkheid weerspiegelt.

35 In dit verband, en gezien het feit dat alleen de oorspronkelijkheid van het betrokken product moet worden beoordeeld, wijst het bestaan van andere mogelijke verschijningsvormen waarmee hetzelfde technische resultaat kan worden bereikt, weliswaar erop dat er keuzemogelijkheden zijn, doch dit is niet doorslaggevend voor de beoordeling van de factoren die de keuze van de maker hebben beïnvloed. Ook de wil van de vermeende inbreukmaker is bij die beoordeling irrelevant.

36 Het bestaan van een vroeger octrooi, dat thans in het hoofdgeding is vervallen, en de doeltreffendheid van de verschijningsvorm om hetzelfde technische resultaat te bereiken, moeten alleen in aanmerking 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.

37 In elk geval moet worden benadrukt dat de nationale rechter, om te beoordelen of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde vouwfiets een oorspronkelijke creatie is en dus door het auteursrecht wordt beschermd, rekening moet houden met alle relevante elementen van de zaak, zoals deze bestonden op het tijdstip waarop dit voorwerp werd ontworpen, ongeacht de factoren die na de creatie van het product en los daarvan zijn ontstaan.

[...]

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

De artikelen 2 tot en met 5 van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van

22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij moeten aldus worden uitgelegd dat de daarin neergelegde auteursrechtelijke bescherming van toepassing is op een product waarvan de verschijningsvorm, althans gedeeltelijk, noodzakelijk is om een technisch resultaat te bereiken, wanneer dit product een oorspronkelijk werk is dat het resultaat is van een intellectuele schepping omdat de auteur door middel van die verschijningsvorm zijn creatieve vermogen op originele wijze tot uitdrukking heeft gebracht door vrije en creatieve keuzen te maken zodat die verschijningsvorm zijn persoonlijkheid weerspiegelt. De nationale rechter moet dit verifiëren en moet daarbij rekening houden met alle pertinente gegevens van het hoofdgeding.

Noot

Auteursrecht op functionele productvormgeving

Auteursrechtelijke bescherming rust op voorwerpen (werken) voor zover die een 'eigen intellectuele schepping' zijn. Het Hof heeft dat begrip 'eigen intellectuele schepping' gedefinieerd door een woordenboek die weinig duidelijkheid verschaft. Het gaat erom dat de auteur 'uitdrukking aan zijn creatieve geest' geeft,¹ of dat het voorwerp 'uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid' doordat de auteur bij het maken van zijn werk zijn 'creatieve bekwaamheden' tot uitdrukking heeft kunnen brengen door het maken van 'vrije' en 'creatieve' keuzen waarmee hij zijn werk een 'persoonlijke noot' geeft.² In dit arrest (en in de recente arresten Cofemel³ en Renckhoff⁴) heet het dat een intellectuele schepping de 'persoonlijkheid' van de auteur moet 'weerspiegelen' en tot

- 1 HvJ EU 16 juli 2009, C-5/08 (*Infopaq*), r.o. 45.
- 2 HvJ EU 1 december 2011, C-145/10 (*Painer*), r.o. 88, 89 en 92.
- 3 HvJ EU 12 september 2019, C-683/17 (*Cofemel*).
- 4 HvJ EU 7 augustus 2018, C-161/17 (*Renckhoff*), r.o. 14.



- 5 J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 88-92.
- 6 Er zijn natuurlijk ook andere mogelijkheden, zoals het categorisch uitsluiten van op gebruiksvorwerpen toegepaste kunst of de Amerikaanse doctrine van *separability*.
- 7 Zie over die afbakeningskwisatie P.H. Blok, 'Het onderscheid tussen techniek en vormgeving', *IER* 2016/18.
- 8 Zie daarover bijv. A. Tsoutsanis, 'Bella ciao – Cofemel and beyond: auteursrechtelijke bescherming van productvormgeving', *IER* 2021/4 en J. Spoor, 'Auteursrechtelijke bescherming van modellen na Cofemel', *IER* 2020/42.
- 9 Of dat ook voldoende is, blijkt niet duidelijk uit de rechtspraak. Volgens HR 16 juni 2006, NJ 2006/585, m.nt. Spoor (*Lancôme/Kecofa*) kan als 'werk' niet worden aangemerkt datgene (hoe oorspronkelijk ook) 'wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch resultaat'. Het begrip 'noodzakelijk' kan echter zoals bekend worden bezien vanuit het apparaat (kan het apparaat ook zonder het betreffende element hetzelfde technische resultaat vervullen) of vanuit het resultaat (kan het technische resultaat ook op andere manieren worden bereikt). In HR 27 januari 1995, NJ 1997/273, m.nt. Ch. Gielen (*Dreentegel*), herhaald in HR 22 februari 2013, NJ 2013/501, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Stokke*) ligt de nadruk meer op de vrijheid waarover een vormgever beschikte; de HR keurde goed dat vormen die 'te zeer' het resultaat zijn van een door technische uitgangspunten beperkte keuze geacht worden geen oorspronkelijk karakter te hebben.
- 10 Daarover kritisch J. Spoor, 'Auteursrechtelijke bescherming van modellen na Cofemel', *IER* 2020/42. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad geldt niet zonder meer dat iedere vrije keuze ook een creatieve keuze is. In HR 30 mei 2008, NJ 2008/556, m.nt. Dommering (*Endstra*) hanteert de HR als ondergrens het concept van 'banaliteit en trivialiteit', zonder daarvan evenwel een goed hanteerbare definitie te geven ('geen creatieve arbeid van welke aard ook'). In HR 19 september 2014, NJ 2015/179 (*Rubik*) oordeelde de HR – in het kader van een motiveringsklacht – dat het oordeel dat een bepaalde vormgeving louter functioneel is bepaald en derhalve niet auteursrechtelijk is beschermd niet onvernegbaar is met de vaststelling dat dezelfde functie ook op andere manieren kan worden gerealiseerd, omdat de mogelijkheid om alternatieve oplossingen te kiezen niet noodzakelijk met zich meebrengt dat de keuze voor een van die oplossingen oorspronkelijk is. Onduidelijk is of deze oordelen verenigbaar zijn met het geharmoniseerde werkbegrip.
- 11 HvJ EU 12 september 2019, C-683/17 (*Cofemel*), NJ 2020/90, m.nt. Spoor, BIE 2019-6, nr. 27, m.nt. Ringnalda. Daarover ook A. Tsoutsanis, 'Bella ciao – Cofemel and beyond: auteursrechtelijke bescherming van productvormgeving', *IER* 2021/4 en J. Spoor, 'Auteursrechtelijke bescherming van modellen na Cofemel', *IER* 2020/42.
- 12 HvJ EU 22 december 2010 (*Painer*), C-393/09, par. 48-50.

uitdrukking moet komen door 'vrije creatieve keuzen' van de auteur. Volgens het dictum van dit arrest geldt dat de auteur zijn 'creatieve vermogen' op 'originele wijze' tot uitdrukking moet hebben gebracht door 'vrije en creatieve keuzen' te maken zodat die verschijningsvorm zijn 'persoonlijkheid weerspiegelt'.

In dit soort formuleringen kan men veel of weinig lezen. Verwijzingen naar de creatieve geest, het creatief vermogen en de persoonlijkheid van de auteur kunnen worden aangegrepen om auteursrechtelijke bescherming voor te behouden aan werken die aan een of andere impliciete kwalitatieve norm voldoen: alleen werken die een zeker 'gehalte' aan creativiteit en persoonlijkheid vertonen, verdienen bescherming – wat dan weer de vraag oproept hoe hoog die kwalitatieve drempel precies ligt en hoe in de praktijk begrippen als 'creativiteit' en 'persoonlijkheid' op een objectieve wijze uitgelegd en vastgesteld kunnen worden. Evengoed kan men redeneren dat de vormgeving van een werk die gelet op de vormgevingsvrijheid waarover de maker beschikte willekeurig is logischerwijs wel moet zijn ontsproten aan keuzes die de maker op subjectieve gronden (smaak, voorkeuren) heeft gemaakt en reeds daarom zijn of haar persoonlijke noot draagt. Aan een aparte waardering van het 'creatieve' karakter van de keuzes, het 'gehalte' van creativiteit, of de verdienstelijkheid van het resultaat komt men dan niet toe.

Bij de bescherming van de vormgeving van functionele gebruiksvorwerpen staat de inhoud van het werkbegrip volop in de aandacht. Daarbij gaat het in de eerste plaats om de afbakening van het begrip 'werk' ten opzichte van het begrip 'techniek'. Als algemeen uitgangspunt wordt aangenomen dat technische inventiviteit als zodanig alleen octrooirechtelijk beschermd kan worden en niet ook als werk voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking moeten kunnen komen.⁵ Uit het werkbegrip zelf volgt een dergelijke afbakening niet: vormen van producten, met inbegrip van vormen die essentieel zijn om een bepaalde techniek toe te passen, kunnen op zich onder de definitie van het begrip 'werk' vallen. De afbakening verloopt via de materiële voorwaarden waaronder een schepping als werk beschermd wordt.⁶ De gedachte is dat alleen 'subjectieve', op persoonlijke smaak en voorkeuren berustende keuzes een werk de vereiste oorspronkelijkheid kunnen verlenen; het resultaat van scheppende arbeid die enkel erin bestaat een praktisch probleem op te lossen – en waarbij zulke subjectieve factoren dus geen enkele rol spelen – kan niet auteursrechtelijk beschermd zijn. In de praktijk kan productvormgeving vaak deels maar niet volledig door objectieve 'probleemgerichte' factoren worden verklaard; vaak zijn bepaalde in de vormgeving gemaakte keuzes technisch gezien arbitrair en uiteindelijk dus alleen te verklaren aan de hand van (bewuste of onbewuste) subjectieve factoren.⁷ Dat roept de vraag op of vorm-

geving die niet louter door objectieve factoren bepaald wordt per definitie subjectief is, en of daarbij bijvoorbeeld nog belang toekomt aan de intenties van de vormgever.

Overigens moet men erop bedacht zijn dat – althans in sommige landen – het vooroordeel bestaat dat de vormgeving van gebruiksvorwerpen ('toegepaste kunst') vooral van een praktische, ambachtelijke, alledaagse aard is en het qua creatief gehalte doorgaans niet haalt bij het soort werken waarvoor het auteursrecht eigenlijk is bedoeld ('vrije kunst'). Ook in die zin kan het technische, functionele karakter van vormgeving dus een rol spelen bij de beoordeling van de auteursrechtelijke beschermbaarheid ervan. Daarbij gaat het om de vervolgvraag of subjectieve keuzes ook per definitie uitmonden in een auteursrechtelijk beschermd werk, en of daarbij een bepaald niveau van creativiteit wordt verlangd.⁸

In de Nederlandse rechtspraak – en ook in de Belgische die aanleiding gaf tot deze prejudiciële vraag – spitst een debat over de auteursrechtelijke bescherming van productvormgeving zich veelal toe op het bestaan van vormgevingsalternatieven. Indien een bepaald praktisch resultaat door middel van meerdere, gelijkwaardige technische oplossingen bereikt kan worden die elk een eigen verschijningsvorm hebben, dan is de keuze voor een concreet alternatief – en daarmee de daaruit voortvloeiende vormgeving – arbitrair. Zij kan dan door de ontwerper op subjectieve gronden worden gemaakt, en kan aldus een uitdrukking van persoonlijke creativiteit zijn.⁹ Uit het bestaan van vormgevingsruimte wordt daarnaast ook wel afgeleid dat een binnen die ruimte tot stand gekomen productvormgeving blijkt geeft van vrije en creatieve keuzes die de persoonlijkheid van de auteur weerspiegelen: als objectieve factoren van techniek en functionaliteit niet of nauwelijks dwingen tot een bepaalde vormgeving, dan is die vormgeving uiteindelijk vaak alleen maar te verklaren doordat zij teruggaat op subjectieve factoren zoals de persoonlijke smaak en voorkeuren van de maker. Een aparte kwalitatieve toets van het 'creatieve gehalte' van het resultaat blijft dan dus achterwege.¹⁰

Het werkbegrip, en daarmee ook de vraag naar de bescherming van functionele vormgeving, is inmiddels volledig geharmoniseerd recht.¹¹ In het arrest *BSA* ging het Hof van Justitie al eens zijdelings in op de auteursrechtelijke bescherming van vormgeving met functionele aspecten. Toen overwoog het Hof dat onderdelen van een werk die 'louter worden bepaald door hun technische functie' geen eigen intellectuele schepping kunnen zijn *omdat* in zulke gevallen de verschillende manieren om een idee uit te drukken zodanig beperkt zijn dat het idee samenvalt met de uitdrukking ervan en de auteur *daardoor* geen uitdrukking van geven aan zijn creatieve geest.¹² Die overweging suggereert dat techniek en

functionaliteit in het auteursrecht alleen relevant zijn als zij objectief gezien niet of nauwelijks ruimte laten om een bepaald technisch resultaat op grond van subjectieve inzichten op verschillende manieren in het uiterlijk van een product vorm te realiseren.¹³ Dat vindt ook steun bij de ratio die het Hof in het arrest SAS aanhaalde: het gaat erom te voorkomen dat ideeën worden gemonopoliseerd en daardoor technologische vooruitgang en industriële ontwikkeling zou worden gefrustreerd.¹⁴ In gevallen waarin eisen van functionaliteit en techniek de vormgeving niet nagenoeg volledig voorschrijven (in de Franse taalversie ‘*dictée par*’) – idee en uitdrukking vallen dus niet samen – staat aan de bescherming van het resultaat als werk niets in de weg. Bij de verdere beoordeling van die creatie zijn techniek en functionaliteit niet meer relevant: als binnen grenzen van techniek en functionaliteit voldoende ruimte bestaat voor vormgevingskeuzes, dan kan een binnen die vrijheid tot stand gekomen vormgeving niet alsnog bescherming worden ontzegd vanwege het technische of functionele karakter ervan.

In het Brompton-arrest lijkt het Hof van dit stramien af te wijken. In *Brompton* lijkt het Hof, anders dan in *BSA*, de beoordeling van functionele vormgeving in twee fasen op te delen. Het arrest laat zich in ieder geval op punten zo begrijpen, maar duidelijk is dat allerminst. Die onduidelijkheid noopt tot een wat algemenere beschouwing van wat het Hof bedoeld zou kunnen hebben en wat daarover te zeggen valt.

Volgens het Hof moet bij de beoordeling van het bestaan van auteursrechtelijke bescherming in de eerste plaats worden vastgesteld of ‘voor de vervaardiging van een voorwerp technische overwegingen, regels of andere beperkingen gelden die geen ruimte laten voor creatieve vrijheid’ (r.o. 24). Dat verwijst (indirect) naar de uit *BSA* bekende toets of de ontwerper van een voorwerp objectief gezien überhaupt over vormgevingsvrijheid beschikte.¹⁵ Die vrijheid is vanzelfsprekend een noodzakelijke voorwaarde om een eigen intellectuele schepping tot stand te kunnen brengen; zonder ontwerpvrijheid kan ook niets oorspronkelijks ontstaan. Het Hof leidt daaruit af dat vormgeving die door technische overwegingen wordt bepaald gewoon auteursrechtelijk beschermd kan zijn, zolang die technische overwegingen de auteur maar niet hebben belet vrije en creatieve keuzes te maken (r.o. 26). Daarmee brengt het Hof tot uitdrukking dat het enkele feit dat vormgeving een ‘functioneel’ of ‘technisch’ karakter heeft – dat het een gebruiksfunctie dient; dat die functionaliteit mede bepalend is geweest voor het ontwerp – aan bescherming op zich niet in de weg staat. Functionele (‘toegepaste’) vormgeving mag dan ook niet anders worden beoordeeld dan andere soorten (‘vrije’) kunst. Wat dat betreft bevestigt het Hof de eerder met *Cofemel* al ingezette leer van de *unité de l’art*.¹⁶ Dat is dus een belangrijk uitgangspunt: functionaliteit staat aan

auteursrechtelijke bescherming niet in de weg, zelfs niet als die functionaliteit ‘bepalend’ was voor de vormgeving van een gebruiksvoorwerp.

Voor de Nederlandse auteursrechtpraktijk brengt dat op zich weinig nieuws; in de rechtspraak van de Hoge Raad gold al het uitgangspunt dat ook vormgevings-elementen met een functie in beginsel onder de reikwijdte van auteursrechtelijke bescherming kunnen vallen.¹⁷ Het voorstel van de A-G om in het auteursrecht aan te knopen bij de uitleg van de techniekexceptie in het modellenrecht en het merkenrecht wordt door het Hof impliciet verworpen. In het auteursrecht komt, anders dan in het merkenrecht (en in sommige interpretaties ook anders dan in het modellenrecht) aldus geen betekenis toe aan de objectieve relatie tussen vormgeving en de technische functie ervan, zoals de merkenrechtelijke regel die alle vormgeving die ‘noodzakelijk’ is om een technisch resultaat te bereiken categorisch van bescherming uitsluit.¹⁸ Sterker nog: het Hof overweegt nadrukkelijk – het is zelfs het enige deel van het arrest dat in het dictum terecht is gekomen – dat ook vormgeving die ‘noodzakelijk’ is om een technisch effect te bereiken in beginsel auteursrechtelijk beschermd kan zijn, zolang er maar keuzeruimte bestond (r.o. 29-30).

Nieuw is een mogelijke tweede fase in de beoordeling die het Hof op de eerste lijkt te laten volgen. De eerste fase gaat als gezegd over de vraag of er ruimte was om iets te kiezen: zo nee, dan is bescherming categorisch uitgesloten; zo ja, dan kan een eigen intellectuele schepping tot stand komen. Vervolgens overweegt het Hof in r.o. 27 dat ‘onderdelen van een voorwerp die uitsluitend door hun technische functie worden gekenmerkt’ geen eigen intellectuele schepping kunnen vormen. Hoe verhoudt dat criterium zich tot de eerdere toets of bij de vervaardiging van het voorwerp technische regels, overwegingen of andere beperkingen golden die geen ruimte lieten voor creatieve vrijheid? Als vormgeving uitsluitend wordt gekenmerkt door haar technische functie indien bij de totstandkoming ervan geen ruimte voor vormgevingskeuzes bestond (zoals in r.o. 24 bedoeld), dan zouden beide criteria op hetzelfde neerkomen en zou het Hof zich op dit punt herhalen. Nu r.o. 27 specifiek is gericht op ‘onderdelen’ van een voorwerp is op zich denkbaar dat het Hof op deze plek enkel nog eens benadrukt dat puur functionele, technische elementen van een werk die niet vrij kiesbaar zijn uit de beschermde materie moeten worden weggedacht. Maar omdat het Hof deze overweging plaatst in de sleutel van de beoordeling van het oorspronkelijkheids criterium en daarbij bovendien een volstrekt andere, meer subjectieve formuleringen gebruikt dan bij de in r.o. 24 genoemde toets lijkt hier iets anders bedoeld te zijn. Kennelijk kan vormgeving ten aanzien waarvan wél de in r.o. 24 bedoelde vorm-

- ¹³ Uit de arresten blijkt m.i. niet of het Hof met het begrip ‘idee’ het oog had op het technische resultaat of de technische oplossing waarmee dat resultaat wordt gerealiseerd, zodat ook niet duidelijk is of de keuze uit meerdere alternatieve technische oplossingen (met elk verschillende vormen) een ‘vrije en creatieve keuze’ kan zijn. J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 88-92, gaan evenwel uit van een andere lezing. Daarover later meer.
- ¹⁴ HvJ EU 2 mei 2012 (SAS *Institute*), C-406/10, r.o. 40. Strikt genomen verschafte het auteursrecht alleen een exclusief recht op verveelvoudiging, en vestigt het dus geen monopolies op vormen en eventueel daarmee samenvallende ideeën. Wie door zelfstandige arbeid tot een reeds eerder door een ander gecreëerde technische oplossing en daardoor bepaalde vormgeving komt, maakt geen inbreuk op het eventuele auteursrecht van die ander. Bedoeld is dus dat vormen die louter techniek behelzen door derden vrij mogen worden gekopieerd.
- ¹⁵ Het criterium zoals hier geformuleerd komt uit HvJ EU 1 maart 2012, C-604/10 (*Football Dataco*), r.o. 39, waar het ‘naar analogie’ van *BSA* ten tonele wordt gevoerd.
- ¹⁶ Vgl. A. 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.
- ¹⁷ Vgl. voor het Nederlandse recht de Stokke-arresten, bijv. HR 12 april 2013, NJ 2013/502, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Stokke/Fikszó*), r.o. 4.2. In andere Europese landen – waar traditioneel meer terughoudendheid wordt betracht bij de bescherming van toegepaste kunst – zal de impact groter zijn. In Duitsland gold bijvoorbeeld het strengere uitgangspunt van BGH 12 mei 2011, I ZR 53/10 (*Seilzirkus*), § 20-21.
- ¹⁸ Vgl. P.H. Blok, ‘Het onderscheid tussen techniek en vormgeving’, *IER* 2016/18, par. 6.

¹⁹ Vgl. Hof Den Haag 29 maart 2016, IER 2017/27, m.nt. T. Iserief (KOZ/Adinco). Zie ook de overweging in het Brompton arrest (r.o. 35) dat alleen de oorspronkelijkheid van het betrokken product moet worden beoordeeld.

gevingsvrijheid bestond tóch uitsluitend functioneel bepaald zijn in de in r.o. 27 bedoelde zin.

Die gelaagde benadering lijkt ook door te schemeren in het tweede deel van het arrest, waarin het Hof de werktoets toepast op de vormgeving van de Brompton fiets. Volgens het Hof dient eerst te worden getoetst of voor de verschijningsvorm van de fiets vormgevingsvrijheid bestond (r.o. 31). Dat is dus de toets van r.o. 24. Maar het feit dat gekozen kon worden tussen verschillende (qua functionaliteit equivalente) vormgevingsalternatieven – en er dus ook binnen de grenzen van functionaliteit en techniek in ieder geval een zekere mate van vormgevingsvrijheid was – betekent dat nog niet dat een bepaalde verschijningsvorm ‘per definitie’ als werk auteursrechtelijk beschermd is (r.o. 32). Daaraan kan dan afdoen dat die vorm ‘uitsluitend wordt bepaald door zijn technische functie’ (r.o. 33). Dat is de toets van r.o. 27. Of daaraan voldaan is, hangt ervan af of de ontwerper door zijn keuze voor een concrete vormgeving ‘zijn creatieve vermogen op originele wijze tot uitdrukking heeft gebracht door vrije en creatieve keuzes te maken en het product zodanig heeft vormgegeven dat het zijn persoonlijkheid weerspiegelt’ (r.o. 34) – gewoon het oorspronkelijkheidsvereiste dus. En dat moet weer worden beoordeeld aan de hand van de ‘factoren die de keuze van de maker hebben beïnvloed’ (r.o. 35). Bij die benadering volgt de vormgeving van de Brompton fiets weliswaar niet objectief dwingend uit technische overwegingen, regels en andere beperkingen (en is dus niet a priori van de mogelijkheid van bescherming uitgesloten) maar kan zij desalniettemin – afhankelijk van de factoren die de vormgevingskeuzes van de maker hebben beïnvloed – alsnog uitsluitend door haar technische functie zijn bepaald en om die reden niet als ‘eigen intellectuele schepping’ kwalificeren.

Het is kennelijk niet ‘per definitie’ zo dat alle vormgeving die niet wegens gebrek aan vormgevingsvrijheid *a priori* van de mogelijkheid van auteursrechtelijke bescherming is uitgesloten ook automatisch als werk wordt beschermd. Dat suggereert dat een ‘vrije’ keuze nog geen ‘creatieve’ keuze is. Het zijn volgens het Hof de ‘factoren’ en ‘overwegingen’ (zie ook r.o. 36 over de beperkte relevantie van een octrooi) die de vormgevingskeuzes van de maker hebben beïnvloed die maken dat vormgevingskeuzes als ‘vrij en creatief’ worden aangemerkt of juist voor ‘uitsluitend technisch bepaald’ doorgaan. Wat bedoelt het Hof met die factoren en overwegingen? Die vraag is van groot belang. Het betreft hier immers niet de kwestie van ‘techniekuitsluiting’ in het bijzonder, maar de algemene inhoud en toepassing van het werkbegrip op alle denkbare soorten materie.

Op zich is nog wel te begrijpen dat het Hof overweegt dat de mogelijkheid om bij de vormgeving van een product tussen verschillende verschijningsvormen te

kiezen niet ‘per definitie’ betekent dat iedere binnen die vrijheid gekozen vormgeving een auteursrechtelijk beschermd werk is (r.o. 32). De vraag naar het bestaan van functioneel equivalente vormgevingsalternatieven – en dus naar ruimte voor arbitraire keuzes die de vormgeving van een product beïnvloeden – valt niet altijd samen met de vraag of vrije en creatieve keuzes zijn gemaakt om tot een concrete vormgeving te komen. Het enkele feit dat zulke alternatieven voorhanden zijn zegt nog niet dat de keuze voor één van die alternatieven noodzakelijkerwijs subjectief bepaald is door de auteur. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de ruimte voor keuzes zodanig beperkt was dat idee en uitdrukking samenvielen, dat de maker zijn keuzes aan het werk van een ander had ontleend, of dat de maker binnen de beschikbare keuzeruimte voor een zodanig gangbare, veel toegepaste vormgeving koos dat die keuze niet zonder meer als uitdrukking van zijn of haar persoonlijkheid kan worden aangemerkt (‘banaal’ in de termen van de Nederlandse rechtspraak). Denkbaar is ook dat de ‘vormgevingsalternatieven’ enkel bestaan uit het toevoegen van technisch zinloze decoratieve elementen aan een in de kern volledig door techniek gedicteerde vorm: dat het ook complexer en ornamentaler kan, wijst er niet per se op dat de ‘kale’ technische vorm oorspronkelijk is.¹⁹ Of de vormgevingsvrijheid kan onderdelen betreffen die zodanig ondergeschikt zijn in het totale uiterlijk van het product – een verandering in de dikte van een verbindingstuk, een geringe variatie in de hoek tussen twee onderdelen – dat zij er niet toe kan leiden dat de vormgeving van het product als geheel blijkt doet geven van persoonlijke keuzes. In zoverre benadrukt het Hof terecht dat de werktoets niet mag worden vereenzelvigd met de vraag of functioneel equivalente alternatieven bestaan.

De vraag is echter of het Hof meer bedoelt. Als productvormgeving ‘uitsluitend functioneel gekenmerkt’ kan zijn vanwege de ‘factoren’ en ‘overwegingen’ waarmee de vormgever rekening heeft gehouden, dan neigt dat naar een soort kwalitatieve beoordeling van het creatieve ‘gehalte’ of ‘karakter’ van de keuzes die de ontwerper heeft gemaakt om tot de vormgeving te komen. Het enkele feit dat vormgevingskeuzes niet door objectieve factoren worden gedictieerd en dus noodzakelijkerwijs in zekere mate arbitrair en subjectief zijn is onvoldoende. Op wat voor soort factoren en overwegingen het Hof doelt en hoe die moeten worden vastgesteld blijkt echter niet uit het arrest. In r.o. 27 overweegt het Hof dat vormgeving die uitsluitend door haar technische functie wordt gekenmerkt niet als oorspronkelijk werk beschermd kan zijn omdat de verschillende manieren om in het werk een bepaald ‘idee’ uit te drukken dan zodanig beperkt zijn dat bescherming van de vormgeving zou neerkomen op bescherming van het achterliggende ‘idee’. Als dit inderdaad een andere toets is dan de vraag of objectief gezien technische overwegingen, regels en andere beperkingen golden

die geen ruimte lieten voor creatieve vrijheid (r.o. 24), dan suggereert het Hof wellicht dat de keuzes die een ontwerper omwille van het functioneren van het product heeft gemaakt ‘technisch bepaalde’, en dus niet ‘creatieve’, keuzes zijn die tot het onbeschermd ‘idee’ worden gerekend – ook al volgen die keuzes niet dwingend uit de techniek en zijn in meer of mindere mate alternatieve vormen voorhanden waarmee hetzelfde resultaat kan worden bereikt. Die suggestie lijkt mij echter onjuist en onhoudbaar.

De overwegingen van het Hof laten naar mijn idee onverlet dat het bestaan van keuzeruimte weldegelijk een aanwijzing kan zijn dat een werk het resultaat is van ‘vrije en creatieve keuzes’ en aldus de ‘persoonlijke noot’ van de auteur weerspiegelt. Indien bij de vormgeving van een product op vele punten keuzes zijn gemaakt die niet door de techniek of functionaliteit zijn voorgeschreven – en die dus evengoed anders hadden kunnen uitvallen zonder in enig opzicht afbreuk te doen aan de functionaliteit en technische deugdelijkheid van het product – dan is dat samenstel van al die keuzes enkel te verklaren door de persoonlijke interventie van de ontwerper. Die keuzes moeten dan logischerwijs wel (mede) zijn terug te voeren op de persoonlijke, subjectieve smaak en voorkeuren van de ontwerper, en het resultaat is dan noodzakelijkerwijs een weerspiegeling van zijn of haar persoonlijkheid: bij een andere ontwerper was het werk in meer of mindere mate anders uitgevallen. Anders gezegd: dat een ontwerper ‘zijn creatieve vermogen op originele wijze tot uitdrukking heeft gebracht’ kan objectief worden afgeleid uit de omstandigheid dat het werk zonder creatief vermogen niet tot stand had kunnen komen. Dat betekent dat het bestaan van een ruime keuzeruimte weliswaar niet vereenzelvigd kan worden met de werktoets, maar wel een doorslaggevend onderdeel kan zijn van de motivering dat is voldaan aan de vereisten daarvan. Zie ook het arrest *Doceram*, waarin het Hof in het kader van de functionele bepaaldheid in het modellenrecht overwoog dat het bestaan van vormgevingsalternatieven een relevante omstandigheid is bij het beoordelen of een ontwerper enkel vanwege de functionaliteit voor de toepassing van een vormgevingskenmerk heeft gekozen.²⁰

Onduidelijk is ook waarom het Hof in algemene zin overweegt dat het bestaan van keuzemogelijkheden niet doorslaggevend is voor de beoordeling van de ‘factoren’ die de keuze van de maker hebben beïnvloed (r.o. 35). Buiten de zoëven bedoelde bijzondere gevallen lijkt me juist wel een objectieve, doorslaggevende indicator van het subjectieve karakter van die factoren. Het kan soms wellicht onbevredigend zijn om de ‘creativiteit’ van een werk enkel indirect af te leiden uit de objectieve willekeurigheid van het resultaat van de scheppende arbeid van de maker. Dat is inderdaad een marginale beoordeling die geen licht werpt op de precieze motieven, vernieuwingen, asso-

ciaties, idealen, emoties, bedoelingen en wat dies meer zij aan factoren die de maker tot zijn schepping hebben bewogen. Maar dat hoeft ook niet. Het criterium van de eigen intellectuele schepping verlangt alleen dat wij vaststellen dat die factoren – wat ze ook zijn – subjectief van aard zijn. En dat volgt logischerwijs uit de vaststelling dat ze in ieder geval niet objectief zijn. Die benadering lijkt me, hoe marginaal ook, te verkiezen boven pogingen om de creativiteit van een werk op directe wijze vast te stellen, onder woorden te brengen en te wegen.

Wie voor het aanmerken van vormgevingskeuzes als ‘vrij en creatief’ méér verlangt, legt bij de beoordeling van het werk in wezen een kwalitatieve maatstaf aan. De ontwerpkeuzes moeten dan niet alleen op grond van persoonlijke, subjectieve overwegingen zijn gemaakt; het werk, en de daaruit blijkende keuzes, moeten dan tevens in objectieve zin getuigen van een bepaald ‘gehalte’ aan creativiteit. Dat is echter problematisch. Zo’n beoordeling 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.²¹ Overigens is het ‘gehalte’ aan creativiteit ook onmogelijk als maatstaf te hanteren. In het ‘alldaagse spraakgebruik’ is nog wel iets voor te stellen bij ‘meer’ of ‘minder’ creatief, maar als juridische norm is het onprecies, subjectief en (dus) onwerkbaar: op welke wijze moet het gehalte aan creativiteit dan gemeten worden, en welke mate geldt als ondergrens om auteursrechtelijke bescherming te kunnen verdienen? Een objectieve, consistente en voorspelbare discussie daarover is uiteindelijk onmogelijk.

Het Hof lijkt in dit arrest een middenweg aan te houden tussen de zojuist geschetste benaderingen: niet iedere ‘vrije’ keuze is automatisch een creatieve keuze; of dat zo is hangt echter niet zozeer af van de esthetische verdienstelijkheid van de keuze maar van de motieven waarmee de ontwerper die keuze heeft gemaakt.²² Het esthetische als tegenpool van het functionele: alleen keuzes die omwille van de uiterlijke verschijningsvorm zijn gemaakt kunnen ‘creatief’ zijn en uitdrukking geven aan de ‘persoonlijkheid’ van de maker. Een beoordeling van de redenen waarom een ontwerper bepaalde vormgevingskeuzes heeft gemaakt is in het auteursrecht echter evengoed problematisch. Het begint er al mee dat een objectieve beoordeling of een maker een vormgevingskeuze om esthetische of praktische redenen heeft gemaakt veelal neerkomt op een verkapt waardeoordeel: men kan immers alleen zoeken naar de sporen van esthetische overwegingen als men een opvatting heeft van wat een esthetische overweging eigenlijk is. Bovendien zou die toets indirect vereisen

20 HvJ EU 8 maart 2018, C-395/16 (*Doceram*), waarover in dit verband ook B. Pinckaers, ‘Uitleg van de techniekexcepcie in het modellenrecht: de enige factor leer en het belang van alternatieve vormgeving’, *IER* 2020/39.

21 Zie punt 8 van de considerans van de Softwarerichtlijn (2009/24/EG), punt 16 van de considerans van de Databankenrichtlijn (96/9/EG) en punt 16 van de Duurrichtlijn (2006/116/EG). Weliswaar betreft dat steeds de nadrukkelijk geharmoniseerde bescherming van bepaalde soorten werken, maar die harmonisatie – inclusief het verbod op esthetische beoordeling – vormt de basis voor het oordeel van het Hof dat het werkbegrip *in zijn geheel* is geharmoniseerd, zodat dit verbod betrekking heeft op het geharmoniseerde werkbegrip in het algemeen.

22 De formuleringen die het Hof gebruikt doen sterk denken aan die in het *Doceram*-arrest, waarin werd overwogen dat voor de modelrechtelijke techniekexcepcie bepalend is of technische en functionele overwegingen de enige factor waren die de ontwerpkeuzes van de ontwerper hadden bepaald. In het *Doceram*-arrest maakte het Hof echter duidelijk dat doorslaggevend is of de ontwerper van een model vormgevingskeuzes heeft gemaakt omwille van het uiterlijk van het voortbrengsel. Zo een verduidelijking ontbreekt in het *Brompton*-arrest. Zie ook B. Pinckaers, ‘Uitleg van de techniekexcepcie in het modellenrecht: de enige factor leer en het belang van alternatieve vormgeving’, *IER* 2020/39.

- 23 Het Hof oordeelt in het dictum althans dat de ‘eigen intellectuele schepping’ erin bestaat dat de maker ‘door middel van de verschijningsvorm’ van een product uitdrukking geeft aan zijn creatieve vermogen. De overweging dat het werk de persoonlijkheid van de maker ‘weerspiegelt’ wijst in dezelfde richting. Zie overigens ook punt 16 van de Duurrichtlijn (2006/116/EG), waarin ten aanzien van foto’s wordt vooropgesteld dat de bescherming daarvan niet afhankelijk mag zijn van de ‘bedoeling’ van de maker.
- 24 HR 30 mei 2008, NJ 2008/556, m.nt. Dommering (*Endstra*).
- 25 Zie ook r.o. 31, waarin het Hof het ‘samenvallen’ van idee en uitdrukking in één adem noemt met het gelden van overwegingen, regels of andere beperkingen die geen ruimte hebben gelaten voor creatieve vrijheid.
- 26 A.A. Quaedvlieg, *Auteursrecht op techniek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 22-25.
- 27 A.A. Quaedvlieg, ‘De techniek, het Hof en de duivel’, *BIE* 2013-7/8, p. 232.

dat een maker steeds bewust vormgevingskeuzes omwille van het uiterlijk van het product maakt. Die eis doet echter geen recht aan de praktijk van de industriële vormgeving die zich kenmerkt door productvormgevers die vaak primair bezig zijn deugdelijke, bruikbare en handige producten te ontwerpen – dat staat aan auteursrechtelijke bescherming niet in de weg, zie r.o. 26 – maar daarbij allerlei keuzes maken die uiteindelijk alleen maar zijn terug te voeren op persoonlijke voorkeuren die hun creaties ook een persoonlijk signatuur geven. Die invloed van persoonlijke voorkeur kan bewust of onbewust zijn, maar dat doet aan het persoonlijke en subjectieve karakter niet af. Een bewustheidsvereiste zou bovendien ook moeilijk te rijmen zijn met de regel dat de vrije en creatieve keuzes uit het voorwerp zelf moeten blijken.²³ (De Hoge Raad wilde mede daarom in *Endstra* niets weten van een auteursrechtelijk bewustheidsvereiste; of dat onder het geharmoniseerde recht ook geldt, weten we nog niet zeker.²⁴)

Onduidelijk is ook waarom een maker die bewust een subjectief bepaalde vorm heeft geschapen anders zou moeten worden behandeld dan een maker die datzelfde per ongeluk heeft gedaan. In beide gevallen geeft het voortbrengsel zelf immers evengoed blijk van een ‘eigen intellectuele schepping’, ook al zag dat proces er in de hoofden van de beide makers wellicht anders uit. Subjectiviteit veronderstelt geen intentionaliteit. Zolang de door de ontwerper gemaakte keuzes objectief gezien technisch arbitrair zijn vanwege het bestaan van voldoende vormgevingsvrijheid is er ook volgens de door het Hof genoemde ratio geen reden om die keuzes buiten het bereik van het auteursrecht te plaatsen: zolang het door de maker gewenste praktische effect door concurrenten op voldoende andere, technisch gelijkwaardige manieren kan worden bereikt worden er immers ook geen technische ideeën gemonopoliseerd. Het louter subjectieve – en onterechte – geloof van de vormgever dat zijn keuzes op puur praktische, technische gronden zijn gemaakt brengt niet met zich mee dat alsnog een vrijhoudingsbehoefte ontstaat. Omgekeerd kan het ook niet zo zijn dat een puur functionele vorm die eigenlijk voor concurrenten beschikbaar moet blijven beschermd kan worden omdat de maker haar (ten onrechte) meende te hebben gekozen op grond van allerlei subjectieve, esthetische overtuigingen.

De anti-monopoliseringsratio noopt bovendien slechts in bijzondere gevallen tot vrijhouding. Volgens het Hof is dat het geval indien auteursrechtelijke bescherming van de concrete vormgeving met zich mee zou brengen dat het onderliggende technische idee de facto gemonopoliseerd zou worden – omdat idee en uitdrukking, zoals het in de Engelse taalversie heet, ‘indissociable’ zijn. Aan die strenge toets is alleen voldaan als men niet meer kan onderscheiden tussen het technische idee en de uitdrukking ervan.

Daarmee hebben de ‘factoren’ en ‘overwegingen’ die omgingen in het hoofd van de ontwerper niets te maken. Of een idee en een uitdrukking samenvallen laat zich aan de hand van een voorwerp zelf vaststellen. Uiteindelijk komt het daarbij weer aan op de eerder al ter sprake gekomen vraag naar de (objectieve) vormgevingsvrijheid die ten aanzien van het product of een onderdeel daarvan bestond. In zoverre is er dus geen wezenlijk verschil tussen de beoordeling van de subjectieve ‘factoren en overwegingen’ die de keuze van de maker hebben beïnvloed (de tweede fase) en de beoordeling van de ruimte om een bepaald idee op verschillende manieren uit te drukken (de eerste fase).²⁵

Wellicht moeten uit de overwegingen van het Hof geen al te verstrekkende conclusies worden getrokken. Van belang is dat zij volgen in de context van de beantwoording van de vraag of vormgeving die ‘noodzakelijk’ is om een bepaald technisch resultaat te bereiken desalniettemin auteursrechtelijk beschermd kan zijn. Daarmee komen wij op het terrein van de vraag of ook een keuze tussen verschillende alternatieve technische oplossingen een vrije en creatieve keuze kan zijn waarmee de maker zijn persoonlijkheid tot uitdrukking brengt. Het gaat daarbij om wat Quaedvlieg aanduidde als ‘gesloten’ vormen: vormen die zelf geheel uit een bepaalde technische oplossing voortvloeien en door de maker dus niet gevarieerd kunnen worden, maar die wel uitgewisseld kunnen worden voor andere (gesloten) vormen door een andere technische oplossing toe te passen.²⁶ Vanuit het apparaat bezien is een gesloten vorm ‘noodzakelijk’ om een technisch resultaat te realiseren: de vorm zelf valt niet naar eigen inzicht te variëren zonder de werking van het product te beïnvloeden. Maar indien hetzelfde resultaat door middel van verschillende alternatieve, qua functionaliteit en deugdelijkheid equivalente technische oplossingen kan worden bereikt, kan de maker door te kiezen tussen die equivalente alternatieve technische oplossingen indirect wel de verschijningsvorm van het product beïnvloeden.²⁷ Het resultaat blijft dan echter een vorm die op zichzelf puur technisch is (geheel door de gekozen oplossing wordt bepaald) en zelf niet door de maker aan de hand van subjectieve keuzes kan worden gevarieerd.

Wat het Hof precies bedoelt met de opmerking dat de vormgeving van de Brompton fiets ‘noodzakelijk’ is om een bepaald technisch resultaat te bereiken (r.o. 29) blijkt niet uit het arrest en evenmin uit de beslissing van de verwijzende rechter die deze noodzakelijkheid als feitelijk uitgangspunt had meegeven. Als we het Hof hier letterlijk nemen, dan kan met ‘noodzakelijk’ niets anders bedoeld zijn dan dat de vorm van de Brompton fiets geheel voortvloeit uit de technische oplossing die is toegepast om een technisch resultaat (de drie standen van de fiets) te realiseren.

Binnen die toegepaste oplossing is de vorm van de fiets zelf dan niet op subjectieve gronden te variëren. Dat betekent dat de alternatieven die volgens het Hof voorhanden zijn om hetzelfde technische resultaat te bereiken niet bestaan uit variaties van die vorm zelf maar uit alternatieve technische oplossingen die elk leiden tot een andere productvorm. Het is onduidelijk of het Hof dit alles zo bedoeld heeft – behalve het (mogelijk onzorgvuldig gebruikte) woord ‘noodzakelijk’ draagt het arrest daarvan geen sporen²⁸ – maar als dat zo is, dan acht het Hof het kennelijk mogelijk dat ook een keuze tussen verschillende alternatieve technische oplossingen, en daarmee tussen ‘gesloten’, puur technische vormen, een vrije en creatieve keuze kan zijn.

In die specifieke context zou wel begrijpelijk zijn dat het Hof terughoudendheid betracht bij het aannemen van vrije en creatieve keuzes uit de enkele omstandigheid dat een maker kon kiezen tussen verschillende alternatieve technische oplossingen en daarmee de verschijningsvorm van het product in zeer beperkte mate kon beïnvloeden. Uit de (naar mijn idee zeldzame) omstandigheid dat een auteur enkel kiest tussen een aantal ‘gesloten’, voorgebakken vormen die zuiver voortvloeden uit verschillende mogelijke technische oplossingen laat zich minder dwingend afleiden dat die keuze op grond van subjectieve smaak en voorkeuren is gemaakt dan in een geval van een ‘open’ vorm die alleen maar tot stand heeft kunnen komen doordat de vormgever op tal van punten keuzes heeft gemaakt die niet door techniek worden voorgeschreven. Dat geldt vooral als het aantal alternatieve technische oplossingen waaruit kan worden gekozen gering is, als niet duidelijk is in hoeverre die alternatieven daadwerkelijk in alle functionele en technische opzichten equivalent zijn, of als niet zeker is dat de alternatieve oplossingen tijdens de creatie ook alle voor handen waren en door de ontwerper onder ogen zijn gezien. Bovendien geldt in dergelijke gevallen ook een mogelijk vrijhoudingsbelang: als een puur technische, ‘gesloten’ vorm wordt beschermd, dan wordt daarmee ook de achterliggende technische oplossing de facto gemonopoliseerd. Dat kan een probleem zijn als het aantal beschikbare equivalente alternatieve oplossingen gering is. Tot slot is er ook een fundamenteel probleem. Het werkbegrip vereist dat de maker door vrije en creatieve keuzes zijn persoonlijkheid in het werk tot uitdrukking brengt. Een keuze tussen alternatieve ‘gesloten’, puur door verschillende technische oplossingen bepaalde vormen kan weliswaar subjectief zijn – gebaseerd op persoonlijke smaak en voorkeuren – maar dat ziet een ander niet zonder meer aan die vorm af: die vloeit voort uit de techniek en is in zoverre zelf dus geen uitdrukking van een persoonlijke noot van de maker.

Toch is ook voor zulke bijzondere gevallen de overweging van het Hof dat nader moet worden gekeken naar de factoren en overwegingen die de keuze van de maker hebben beïnvloed weinig bevredigend. Hoe moet worden vastgesteld welke factoren en overwegingen in het hoofd van de ontwerper omgingen ten tijde van de creatie van het werk? Als de alternatieve technische oplossingen werkelijk in alle technische en functionele opzichten equivalent zijn, dan moeten die factoren en overwegingen logischerwijs wel van een subjectieve, persoonlijke aard zijn. Is dat dan voldoende?²⁹ Daar werpt het arrest geen licht op. Problematisch is ook dat het Hof over de vormgeving van de Brompton fiets spreekt als een keuze ‘tussen meerdere verschijningsvormen’ (r.o. 32). Dat de vormgeving van een product als geheel voortvloeit uit een technische oplossing lijkt vooral een theoretisch geval – al hangt veel ervan af met welke keuzes en elementen het ‘werk’ in auteursrechtelijke zin wordt omschreven. In de praktijk zullen veelal slechts specifieke delen van de vormgeving van een product bestaan uit de keuze om een bepaalde technische oplossing toe te passen (bijvoorbeeld een constructiemethode of een verbindingstechniek). Die technische oplossingen en de daaruit voortvloeiende vormen blijven natuurlijk vrij, ook al zijn er voor elk van de onderdelen alternatieven voorhanden. Dat doet er niet aan af dat de vormgeving van het product als geheel een samenspel is van een selectie, rangschikking en combinatie van verschillende technische oplossingen en vrij gevormde elementen, en dus als geheel, als combinatie, een ‘open’, willekeurige vorm is die voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking zou moeten kunnen komen.³⁰

Een opmerkingen tot slot. In de meeste discussies over de auteursrechtelijke beschermbaarheid van vormgeving met een ‘technisch’ of ‘functioneel’ aspect ontbreekt een definitie van die begrippen. Dat is opmerkelijk, want die definities zijn geenszins eenduidig.³¹ Dit arrest verschaft over die begrippen geen opheldering. De vraag blijft dus wat precies tot de techniek en functie moet worden gerekend, en wat aldus behoort tot ‘technische overwegingen, regels en andere beperkingen’ die de keuzeruimte van de maker kunnen beperken dan wel tot de ‘factoren’ en ‘overwegingen’ die vormgeving louter functioneel bepaald kunnen maken. En hoe moet men eigenlijk vaststellen wat de functie van een voorwerp is? Gaat het er dan om wat de maker voor ogen stond, of is (ook) van belang wat men in het algemeen met het voorwerp kan doen of welke functie het voorwerp na zijn creatie is gaan vervullen? Ook dat leert het arrest niet.

*Allard Ringnalda**

* Mr. A. Ringnalda is advocaat te Amsterdam en redacteur van dit blad.

²⁸ In de herformulering van de vraag en in het dictum zwakt het Hof het begrip ‘noodzakelijk’ enigszins af door de toevoeging ‘althans gedeeltelijk’. Dat verduidelijkt de zaken niet. Daarmee kan ook bedoeld zijn dat de regel evengoed geldt voor vormgeving die ‘geheel’ noodzakelijk is om een technisch resultaat te bereiken, zoals de overwegingen in het arrest zelf suggereren.

²⁹ Zouden bijv. het soort overwegingen die de HR in 24 februari 2006, *AMI* 2006-5, nr. 13, m.nt. *Quaedvlieg (Technip)* relevant achtte bij het Hof door de beugel kunnen?

³⁰ Zie bijv. Hof Den Haag 1 september 2020, *ECLI:NL:GHDHA:2020:1620, Auteursrecht 2020/9 (Tribù/Borek)*, r.o. 4.11.

³¹ Gaat het om de wens een bepaald technisch resultaat te bereiken, of de concrete technische oplossing die daarvoor wordt gekozen? En gaat het alleen om de wijze ‘waarop iets werkt’, of ook om andere praktische overwegingen zoals productiekosten en duurzaamheid? Is dat in het geval van de Brompton fiets bijvoorbeeld het idee om een opvouwbare fiets te maken, of een fiets die men (meer concreet) in drie standen kan opvouwen, of (nog concreter) een fiets die men in drie standen kan opvouwen door middel van een bepaalde plaatsing van schamieren en kromming van delen van het frame? Uiteindelijk laat iedere concrete vormgeving zich ook als abstract ‘idee’ omschrijven; dat er een onderscheid is tussen onbeschermd ideeën en beschermbare uitdrukkingen daarvan zegt nog niets over de wijze waarop dat onderscheid moet worden gemaakt.