

# KANTTEKENINGEN NAAR AANLEIDING VAN EN BIJ HET PHILIPS/LIDL-ARREST (ECLI:NL:GHDHA:2021:1371)

**Willem Grosheide**

## I. Vooraf<sup>1</sup>

1. Het te becommentariëren arrest betreft een geschil tussen Philips en Lidl over de door Philips in 2010 geïntroduceerde zogeheten ST3D-shaver en de door Lidl verhandelde Silvercrest scheerapparaten. Een geschil over aard en inhoud van de bescherming van producten van industriële vormgeving dus. Dergelijke producten kunnen naar Nederlands recht in beginsel onder verschillende wettelijke beschermingsregiems vallen. Ik beperk mij in dit opstel tot de Auteurswet (Aw), het EU-modellenrecht (Modellenrichtlijn [ModRi]; Gemeenschapsmodellenverordening [GModVo]), het BeNeLux-modellenrecht (BVIE), en art. 6:162 BW. Daarbij geldt het uitgangspunt van gelijktijdige, volledige, mogelijk deels overlappende, toepasselijkheid van elk der regiems, waarbij moet worden voldaan aan de vereisten en voorwaarden van ieder regiem afzonderlijk. Met als gevolg dat in dergelijke gevallen in beginsel de rechtsgevolgen gelden van alle regiems naast elkaar, mits dit niet wettelijk is uitgesloten of tot logisch of praktisch onaanvaardbare resultaten zou leiden.

Dit verschijnsel van zogeheten cumulatie (ook: samenloop) treedt op over de gehele linie van het privaatrecht, maar doet zich in het bijzonder voor

op het gebied van het intellectuele eigendomsrecht.<sup>2 3</sup>

---

<sup>1</sup> Van het te bespreken arrest loopt een cassatieprocedure bij de Hoge Raad waarin onlangs de mondelinge behandeling heeft plaatsgehad.

<sup>2</sup> Zie W. Snijders, Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe BW, in J.F. Glastra van Loon c.s. (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 453. Zie voorts in het

2. In het te bespreken arrest heeft Philips – zoals nader in die vordering is omschreven – gevorderd aan LIDL te verbieden om inbreuk te maken op haar auteursrecht op de ST3D en/of om onrechtmatig te handelen door het verhandelen van scheerapparaten die verwarringwekkend overeenstemmen met de ST3D. Het auteursrechtelijke onderdeel van de vordering is toegespitst op de vraag of de ST3D, die een bewerking is van eerder door Philips ontworpen elektrische scheerapparaten, wel een zgn. werk is in de zin van het auteursrecht. Het onderdeel slaafse nabootsingsrecht betreft de vraag of LIDL voldoende heeft gedaan om productverwarring te voorkomen. Ook daarbij speelt zijdelings de kwestie of al dan niet sprake is van een bewerking.

3. Geen beroep is gedaan op het modellenrecht, kennelijk omdat – voorzover kon worden nagegaan – geen modeldepots zijn verricht. Dat intrigeert, maar zal mogelijk een gevolg zijn van het feit dat Philips met de ST3D voortbouwde op eerdere vormgevingsversies en de ST3D als gevolg daarvan niet voldeed aan de vereisten en voor waarden voor een depot. Hoewel dit op zichzelf genomen geen reden is om toch niet enige aandacht aan het modellenrecht te besteden, gegeven het feit dat een beroep daarop in vergelijkbare situaties zeer wel denkbaar is, is een tweede reden de omstandigheid dat het Haagse hof bij zijn beoordeling van het conflict blijkt geeft van een modelrechtelijke benadering ervan.

---

algemeen J.F.M. Janssen, Wanneer is sprake van samenloop? Bw-Krant, 23(1) (2007), p. 3; <https://hdl.handle.net/1887/36889>

<sup>3</sup> Zie F.W. Grosheide, *Intellectuele eigendom*, (Mon. BW nr. A32), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 43 (nr. 14. (Samenloop)). Zie ook P.B. Hugenholtz, *Over Cumulatie gesproken*, Bijblad bij *De Industriële Eigendom* 2000/7, p. 240; Antoon Quaedvlieg, *Overlap/relationships between copyright and other intellectual property rights*, in Estelle Derclaye (ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 480; Anselm Kamperman Sanders, *100 Years of Copyright – The Interface with Design Law Coming Full Circle?*, in Bernt Hugenholtz c.s. (eds.), *A Century of Dutch Copyright Law*, Amsterdam: deLex 2012, p. 99.; Toon Huydecoper, *Samenloop of botsing? Cumulatie van IE-rechten*, BIE 2017/4, p.

4. Op grond van het voorgaande is er aanleiding om, voorafgaand aan de eigenlijke becommentariëring van het arrest in onderdeel III, in onderdeel II van dit opstel enkele voor de inhoud ervan relevant geachte algemene aspecten na te lopen van de manier waarop respectievelijk het auteursrecht en het modellenrecht, in samenhang met het slaafse nabootsingsrecht, en gegeven de mogelijkheid van cumulatie van rechtsregime's, rechtsverkrijging en inbreuk bij vormgeving behandelen.<sup>4</sup> Onderdeel IV geeft een korte afronding van het gehele opstel.

## II. Algemeen

5. Drie samenlopende ontwikkelingen zullen in de loop der tijd de bescherming van producten van industriële vormgeving gaan bepalen: het tot stand komen van een daadwerkelijk ongeoorloofde mededingingsrecht, de introductie van nieuwe wetgeving op het gebied van de intellectuele eigendom, en de commercialisering van dat gehele rechtsgebied. Deze ontwikkelingen zullen uiteindelijk convergeren in de beginselen van cumulatie en negatieve reflexwerking. Ik maak bij elk van deze ontwikkelingen een kanttekening.

### **- ongeoorloofde mededingingsrecht**

6. Aan de basis van het tot stand komen van een daadwerkelijk ongeoorloofde mededingingsrecht staat uiteraard het welbekende Lindebaum/Cohen-arrest.<sup>5</sup> Dit arrest over betekenis en functie van de in art. 1401

---

<sup>4</sup> Voor referenties wordt in hoofdzaak volstaan met verwijzing naar de handboeken. Zie J.H. Spoor, D.W.F. Verkade, D.J.G. Visser, Auteursrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (hierna: Spoor c.s.); P.G.F.A. Geerts, A.M.E. Verschuur (red.), Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2020 (hierna: Kort begrip). Ook wordt geen rechtsvergelijking toegepast.

<sup>5</sup> Zie HR 31 januari 1919, NJ 1919 (Lindebaum/Cohen) waarover het nog steeds belangwekkende opstel W.L.P.A. Molengraaff, De "Oneerlijke concurrentie" voor het forum van den Nederlandschen rechter, Rechtsgeleerd Magazijn 1887, p. 373, opgenomen in Molengraaff bundel, Zwolle: Tjeenk Willink 1978, p. 102, merkwaardigerwijs opmerkend dat Nederland in 1887 nog 'geen bescherming van fabrieksteekeningen en -modellen als zodanig' kende, terwijl er in 1880 een Nederlandse Merkenwet tot stand was gekomen. Gelet op de huidige toetsing of slaafs is nagebootst, is vermeldenswaard dat Molengraaff vaststelt dat voor het oordeel dat oneerlijk is geconcurrereerd niet nodig is dat de bedoeling om het publiek te misleiden voorzit, maar dat voldoende is 'dat een toestand in het leven is

BW (oud) neergelegde zorgvuldigheidnorm zal voortaan de bescherming naar ongeschreven recht van productvormgeving gaan bepalen. Als prominent onderdeel van deze bescherming is in de loop der tijd een uitbundige rechtspraak afgekomen met betrekking tot de slaafse nabootsing. Een en ander naar vrij algemeen wordt aangenomen zijn (voorlopig?) einde vindend in het Raamuitzetter-arrest.<sup>6</sup> Volgens deze gangbare opvatting staat vervangbare bescherming naar gemeen recht open na het verstrijken van de beschermingstermijn naar geschreven recht, zoals in het geval van het modellenrecht.

Terzijde kan nog worden opgemerkt dat de figuur van de bewerking in het slaafse nabootsingsrecht als zodanig onbekend is. Dit zal een gevolg zijn van het feit dat in het slaafse nabootsingsrecht niet de vergelijking van objecten maar de geoorloofdheid van handelen centraal staat.

7. In het kader van dit opstel verdient speciale aandacht de inhoud van de norm aan de hand waarvan moet worden vastgesteld dat slaafs is nagebootst. Die norm luidt dat nabootsen alleen dan onrechtmatig is, indien men bij het ontwikkelen van zijn product, zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen, op bepaalde punten evengoed een andere weg had kunnen inslaan en door dit na te laten nodeloos verwarring sticht bij het in aanmerking komende publiek. Daarvoor is bepalend het vaststellen van de totaalindruk(ken) van de conflicterende producten en de beschouwing daarvan door een weinig oplettend koopend publiek dat deze producten doorgaans niet naast elkaar ziet. Alle

---

geroepen, die verwarring moet stichten en misleiding van het publiek (...).<sup>5</sup> Elders spreekt hij ook van 'herkomstverwarring'. Onder de toenmalige maatschappelijke omstandigheden bestond geen behoefte aan een speciaal op de bescherming van vormgeving met een gebruiksdoel ofwel modellen gerichte bescherming.

<sup>6</sup> Zie Hoge Raad 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0259, NJ 1992, 391 (Raamuitzetter; ook Borsumij/Stenman). Tegen dit arrest is nadrukkelijk en principieel stelling genomen door Verkade; zie Feer Verkade, Bescherming door art. 6:162 BW tegen nabootsing na verval van modelrecht? in glElen, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 369. Verkade betoogt bovendien dat de HR in op het Raamuitzetter-arrest gevolgde arresten op die uitspraak zou zijn teruggekomen (genoemd wordt o.a. HR 29 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1942 NJ 1996/546, m. n. DWFV; AMI 1996/ , p. 195 m. nt. Quaedvlieg [Decaux/Mediamax]).

relevante omstandigheden van het geval dienen daarbij in de beschouwing te worden betrokken. Aan punten van overeenstemming komt niet meer betekenis toe dan aan punten van verschil.

Signalering verdient dat de vergelijking van de totaalindruk(ken) ook speelt bij de beantwoording van de vraag of inbreuk is gemaakt op het auteursrecht of het modellenrecht. Ik kom op deze stand van zaken hierna terug.

### **- uitbreiding en ‘verknoedeling’ rechtsregiems**

8. Van de uitbreiding van rechtsgebieden is in dit opstel in het bijzonder de introductie van het modellenrecht van belang, omdat deze nadrukkelijk de vraag naar de cumulatie met het driekwart eeuw eerder gecodificeerde auteursrecht aan de orde stelt. Aanleiding voor de introductie van het modellenrecht (de BTMW) in 1975 was onzekerheid over het antwoord op de vraag of een gebruiksvoorwerp zou blijken te voldoen aan de auteursrechtelijke werktoets welke destijds te streng werd geacht. Sedertdien is sprake van een netwerk van binnen de Benelux en de Europese Unie tot stand gekomen regelgeving met betrekking tot modellen. Van meet af aan is daarbij met betrekking tot de rechtsbescherming van producten van industriële vormgeving naar zowel Beneluxrecht als EU-recht beoogd dat cumulatie van rechtsregiems uitgangspunt zou zijn. Anders gezegd: voorzien was dat een gebruiksvoorwerp gemeten aan de toepasselijke vereisten en voorwaarden naar auteursrecht wel/geen beschermd werk kan zijn, maar naar modellenrecht wel/geen beschermd model, en vice versa.

9. Bij vergelijking van de beschermbaarheidstoetsing naar respectievelijk het auteursrecht en het modellenrecht blijkt – beperkt tot de voor dit opstel relevant geachte aspecten – het volgende.

De auteursrechtelijk beschermde trekken van een werk worden bepaald op grond van het originaliteits-criterium (Ok&ps-toets (nationaal) jo. Eis-toets (europees). In de rechtspraak is voorts uitgemaakt dat de waardering van de mate van originaliteit van een werk ofwel zijn beschermingsomvang van vele omstandigheden kan afhangen. Die omstandigheden

bepalen de ruimte die een maker heeft voor het creëren van een origineel werk. Esthetische aspecten vormen bijvoorbeeld slechts een bijkomende factor. Omstreden is of daartoe ook behoort de mate waarin een werk zich onderscheidt van oudere werken, het zogeheten vormgevingserfgoed.<sup>7</sup> Of sprake is van auteursrechtinbreuk wordt opnieuw beslist op basis van een vergelijking van de totaalindruk(ken). Duidelijk is dat uitsluitend de rechter de 'maatman' is die over de originaliteit beslist. Deze hoeft zich daarbij niet te laten leiden door welk geadresseerd publiek dan ook.

10. De modellenrechtelijke trekken van een model worden bepaald op grond van zijn nieuwe uiterlijk en eigen karakter. Nieuwheid en karakter worden geacht samen te hangen. Een model heeft een eigen karakter, indien de algemene indruk die dit model bij de geïnformeerde gebruiker wekt, verschilt van de algemene indruk die bij die gebruiker wordt gewekt door modellen welke voor het publiek beschikbaar zijn gesteld vóór de datum van registratie of vóór de datum van voorrang. Bij de beoordeling van het eigen karakter dienen de conflicterende modellen in hun geheel te worden vergeleken, hetgeen op grond van de rechtspraak inhoudt dat de rechter het model van eiser zoals geregistreerd en het voortbrengsel van gedaagde zoals gebruikt met elkaar moet vergelijken op basis van de totaalindrukken. Bij de beoordeling van het eigen karakter moet rekening worden gehouden met bedrijfstak of sector overschrijdend vormgevingserfgoed. De geïnformeerde gebruiker is een bijzonder aandachtige gebruiker, 'de maatman' die bij directe vergelijking van het vermeende inbreukmakende voortbrengsel met de modelregistratie eenzelfde algemene indruk krijgt als bij waarneming van het geregistreerde model.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Spoor c.s, voetnoot 4, p. 18, gaan er zonder meer vanuit dat dit mogelijk is. Anders Allard Ringnalda, Vormgevingsbescherming (terugblik), BIE, september/oktober 2021, p. 242 in zijn instructieve analyse van het Philips/LIDL-arrest.

<sup>8</sup> Zie P.G.F.A. Geerts, De geïnformeerde gebruiker in het modellenrecht: wat moet hij vergelijken en hoe moet hij vergelijken? IER 2013/13, p. 120.

11. Gelet op het voorgaande zijn er twee punten die aandacht vragen: de vergelijking van totaalindrukken en het vormgevingserfgoed.

Wat betreft de vergelijking van de totaalindrukken die in geval van conflicterende voortbrengselen in beschouwing moet worden genomen, is duidelijk dat dit in de drie besproken rechtsregiems: het slaafse nabootsingsrecht, het auteursrecht en het modellenrecht, steeds in een ander perspectief aan de orde is. In het slaafse nabootsingsrecht is dit het perspectief van een weinig oplettend kopend publiek. In het auteursrecht doet niet ter zake wie de geadresseerden zijn. In het modellenrecht gaat het om de geïnformeerde gebruiker.

12. Bij de vergelijking van voortbrengselen op basis van de totaalindrukken is de eerste gedachte die opkomt dat het niet zo kan zijn dat de uitkomst van de vergelijking anders uitvalt al naar gelang het toepasselijke rechtsregiem. Anders gezegd: de vergelijking van totaalindrukken die leidt tot de uitkomst dat wel/niet slaafs is nagebootst, behoort niet tot een andere uitkomst te leiden dan de vergelijking van totaalindrukken die leidt tot de uitkomst dat wel/niet inbreuk op het auteursrecht of het modellenrecht is gemaakt. Bij nadere doordenking is deze gedachte echter onjuist. Immers, afhankelijk van het in aanmerking komend geadresseerde publiek kan de uitkomst zeer wel verschillend zijn. Ik acht niet uitgesloten, en zelfs waarschijnlijk, dat bij onderzoek op dat punt van aanmerkelijke verschillen zal blijken. Met daarnaast nog de rechter die zich aan geen publiek hoeft te storen. Dit alles pleit er mijns inziens voor om naar wordend recht te bepalen dat de rechter in alle gevallen waarin een oordeel wordt gegeven op basis van vergelijking van totaalindrukken externe expertise moet inwinnen waarbij dan een belangrijke vraag is wat de kracht daarvan moet zijn.

13. Dit betekent naar mijn mening ook dat bij de vergelijking van de totaalindruk(ken) slechts ondersteunende betekenis toekomt aan het vergelijken van tot de conflicterende gebruiksvoorwerpen behorende elementen of onderdelen. Het gaat om de totaalindrukken en niet om (een optelsom van) de afzonderlijke elementen of onderdelen. Maar hier kan zich wel een verschil verdoen tussen het in aanmerking komend

publiek bij slaafse nabootsing en bij modellenrecht. Het eerste hoeft niet oplettend te zijn, het tweede juist wel, en dat kan, naar mij lijkt, inderdaad onder omstandigheden tot kennisneming van elementen of onderdelen verplichten. In beide gevallen kan het – zoals gezegd – aangegeven zijn om expertise in te brengen om uit te maken of sprake is van overeenstemming en dus ja/nee van onrechtmatig handelen dan wel van inbreuk.

Met naar de hier voor juist gehouden opvatting dat een positief antwoord op de vraag of slaafs is nagebootst dan wel inbreuk is gemaakt telkens leidt tot herkomstverwarring: het slaafs nagebootste dan wel inbreukmakende gebruiksvoorwerp wordt ten onrechte niet toegeschreven aan of als afkomstig beschouwd van de ware ontwerper.

14. Signalering verdient voorts nog dat naar zowel auteursrecht als modellenrecht bij de inbreukvraag als algemeen beginsel betekenis blijkt te worden toegekend aan het vormgevingserfgoed. Ten onrechte naar mijn mening waar dit het auteursrecht betreft.

In het auteursrecht is subjectieve oorspronkelijkheid uitgangspunt, en niet objectieve nieuwheid zoals in het modellenrecht. Met als gevolg dat de originaliteit van een werk, d.i. in het kader van dit opstel een gebruiksvoorwerp, niet wordt bepaald op basis van een vergelijking van het pretense originele werk met alle eerdere op een bepaald gebied vormgegeven en geproduceerde werken, maar uitsluitend en alleen aan de hand van de werktoets.<sup>9</sup> Dit werkt door in gevallen van auteursrechtinbreuk, omdat ook dan de werktoets bepaalt of sprake is van inbreuk, d.i. ontlening door het beweerdelijk inbreukmakende werk op het pretense originele werk. Originaliteit is in zoverre relationeel bepaald.

15. Het voorgaande illustreert dat in de loop der tijd in theorie en praktijk het onderscheid tussen de verschillende onderdelen van het intellectuele eigendomsrecht steeds minder betekenis heeft gekregen. Naar de me-

---

<sup>9</sup> Spoor c.s, voetnoot 4, p. 18 , gaan er zonder meer vanuit dat dit mogelijk is. Anders Allard Ringnalda, Vormgevingsbescherming (terugblik), BIE, september/oktober 2021, p. 242 in zijn instructieve analyse van het Philips/LIDL-arrest.



ning van sommigen heeft dit geleid tot een onheilzame ‘verknoedeling’ van het gehele gebied van de intellectuele eigendom. Zelf zie ik hierin geen probleem, mits dit wordt opgevat als een aanmoediging om de traditionele structuur van de Stuffentheorie opnieuw te doordenken.<sup>10</sup>

### **- commercialisering intellectuele eigendom**

16. Commercialisering houdt in dat gaandeweg allerlei voortbrengselen van intellectuele inspanning welke in aanmerking komen om te worden gekwalificeerd als objecten van intellectuele eigendom, niet slechts worden vervaardigd om hun zelfs wil, maar mede om hetzij als zodanig hetzij in combinatie met deze objecten te worden verhandeld. Voor de hand liggende voorbeelden zijn zelfzorgartikelen, meubels of vervoersmiddelen, allemaal producten waarbij hun design van belang is. Deze stand van zaken kan zich ook voordoen zonder dat dit bij de vervaardiging van een voortbrengsel is beoogd en heeft zich in de vorige eeuw steeds breder gemaakt.<sup>11</sup>

17. Beperkt tot de in dit opstel centraal gestelde gebruiksvoorwerpen geldt in het bijzonder voor objecten van auteursrecht dat gebleken is dat deze de potentie in zich dragen om commercieel te worden uitgebaat. Daarbij doet zich het opmerkelijke verschijnsel voor dat waar het modellenrecht is ingevoerd in een tijd dat aan een absoluutrechtelijke bescherming voor gebruiksvoorwerpen behoefte begon te ontstaan, maar de auteursrechtelijke beschermingsdrempel te hoog en dus belemmerend werd geacht (auteursrecht droeg nog het stempel van kunstrecht), zich thans een situatie voordoet waarin juist onder het auteursrecht bescher-

---

<sup>10</sup> De term ‘verknoedeling’ is afkomstig van H. Cohen Jehoram, De Hoge Raad erkent verwatering van auteursrecht door merkenrechtelijke verwording van een werk tot onbeschermde stijl. Een uniek monstrum en een nieuw obstakel voor het Europese vrij verkeer van goederen, BIE 2007/1, p. 12, naar aanleiding waarvan D.J.G. Visser, Verwatering, ‘verknoedeling’ en verandering van wezenlijke waarde: reactie op het artikel van prof. mr. H. Cohen Jehoram, BIE 2007/1, p. 16.

<sup>11</sup> Zie J.H. Spoor, De gestage groei van merk, werk en uitvinding, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, naar aanleiding waarvan o.m. Willem Grosheide, Grenzen aan de groei door te snoeien op maat, in Spoorbundel, Amsterdam: deLex 2007, p. 111.

ming wordt gezocht als alternatief voor bescherming onder het modellenrecht vanwege de daaronder gehanteerde strikte Nek-toets.

### **- Cumulatie en negatieve reflexwerking**

18. Daarmee komen tenslotte cumulatie en negatieve reflexwerking in beeld. In zijn diepgaande NJ-annotatie van het Brompton-arrest noemt Hugenholtz de industriële vormgeving het probleemkind in de familie van de intellectuele eigendom. Ter adstruering van zijn karakterisering wijst Hugenholtz erop dat voor bescherming van gebruiksvoorwerpen vanwege hun hybride karakter (een combinatie van esthetiek, functionaliteit en techniek) onder zowel het auteursrecht als het modellenrecht, met in bepaalde gevallen aanvullende bescherming tegen verwarringwekkende slaafse nabootsing, zeker iets valt te zeggen, maar dat geredeneerd vanuit de systematiek van het recht van intellectuele eigendom cumulatie veel minder voor de hand ligt. Weliswaar, aldus Hugenholtz, is auteursrechtelijke bescherming op haar plaats, omdat *'(t)oegepaste kunst (...) ook een vorm van kunst (is)'*, maar *'(h)et speciaal op industriële vormgeving toegesneden modellenregime met zijn depotvereiste en relatief korte beschermingsduur (...) wordt ondermijnd als ontwerpers daarnaast onbeperkt toegang hebben tot een IE-regime dat geen formele eisen stelt, ruimere bescherming biedt en aanzienlijk langer duurt dan het modellenrecht. Ook de vrijheid van mededinging, die geënt is op een principiële 'vrijheid van nabootsing' en gebaat is met in registers kenbare IE-rechten van beperkte duur, wordt door de cumulatieve toepassing van het auteursrecht op modellen geschaad'*.<sup>12</sup> Aldus Hugenholtz.

19. Zie ik goed, dan heeft Huydecoper een variant van de door Hugenholtz tegen cumulatie opgeworpen bezwaren ingebracht. Hij schrijft het volgende: *' 6. En zo komen we ertoe, dat het zinnig is dat er regels zijn die verbieden, dat wat in wezen een uitvinding is of een resultaat van kwekersarbeid, kan worden beschermd langs de weg van het auteursrecht, het modellenrecht of het merkenrecht (en natuurlijk ook het "geme-*

---

<sup>12</sup> Zie HvJ EU 11 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:461; NJ 2021/175, p. 3136 m. nt. Hugenholtz; BIE 2021/9, p. 161 m.nt. Ringnalda (Brompton). Voorts J. R. Torenbosch, Op een vouwfiets door het auteursrechtlandschap, IER 2021/36, p. 335.

*ne recht*<sup>13</sup>). De variant is dan deze dat volgens Huydecoper op grond van soortgelijke argumenten als aangevoerd door Hugenholtz, cumulatie nooit zou moeten kunnen, zou berusten – in zijn woorden – op gevoelens van de kinderspeelplaats, en onder ie-specialisten dan ook zou scoren als evidente onzin, omdat, indien de toepasselijkheid onder het ene i.e.-regiem negatief zou uitvallen, uitwijken naar een ander i.e.-regiem of het gemene recht als een vorm van misbruik van recht zou moeten worden aangemerkt. Het valt op dat ook Huydecoper wanneer het gaat over uitsluiting van auteursrechtelijke bescherming van techniek betoogt dat dit ook geldt voor techniek (genoemd worden chips) die getuigt van “esthetisch” fraai aandoende keuzen. Hier loopt hij in de pas met Hugenholtz.<sup>13</sup>

20. Ik acht deze bezwaren niet overtuigend. In het besproken verband is van belang dat in het licht van de systematiek van het intellectuele eigendomsrecht naar mijn mening voor geldend recht wordt uitgegaan van een onjuiste opvatting, wanneer – wat in wezen in Hugenholtz’s en Huydecoper’s opvatting gebeurt – het auteursrecht wordt verwezen naar het domein van de esthetiek. Dat is een 19<sup>de</sup> eeuwse benadering waarin ten onrechte wordt vastgehouden aan de traditionele zgn. Stufen-theorie. Een theorie die niet langer behoort te worden gevolgd, omdat daarin niet in aanmerking wordt genomen dat doel en strekking van de verschillende i.e.-regiems en de daarop afgestemde eigen vereisten en voorwaarden in de huidige tijd moeten worden gerelativeerd.

Wat betreft het auteursrecht betekent dit dat in aanmerking moet worden genomen dat dit zich steeds meer heeft ontwikkeld tot een commercieel recht dat gelijkelijk met andere intellectuele eigendomsrechten functioneert als middel in de concurrentiestrijd. Met als gevolg bijvoorbeeld dat – zoals hiervoor reeds ter sprake kwam – de auteursrechtelijke inbreuktoets naar die van het modellenrecht en het slaafse nabootsingsrecht is toegegroeid, en dat bij veel werken, evenmin als bij modellen, bij gebruik in het commerciële verkeer vaak geen behoefte aan of noodzaak tot een lange beschermingsduur bestaat. Dit neemt niet weg dat Hugenholtz en Huydecoper zonder meer een punt hebben met hun verwijzing naar het

---

<sup>13</sup> Zie Huydecoper, voetnoot 3.

nadelig effect van het ontbreken van een registratiesysteem in het auteursrecht. Hier laat art.2 (7<sup>e</sup>) jo art. 7 BC ruimte voor het scheppen van een nationaal auteursrecht op maat.

21. Met betrekking tot Huydecoper's betoog moet voorts worden vastgesteld dat daarin wordt voorbij gegaan aan de regelmatig voorkomende omstandigheid dat een voortbrengsel afhankelijk van het perspectief waarin het wordt geplaatst, zeer wel kan voldoen aan de vereisten en voorwaarden van verschillende i.e.-regiems. Afwijzen van cumulatie is in dergelijke gevallen zondermeer in strijd met het recht.

Dit wordt ook niet anders wanneer daarbij wordt betrokken het slaafse nabootsingsrecht in functie van 'vangnet', zoals toegelicht door A-G Drijber in zijn Conclusie voor het Kwantum/Vitra-geschil.<sup>14</sup> Kopieervrijheid staat in het recht centraal. Het is een uitgangspunt dat ik zondermeer onderschrijf. Dit is slechts anders, indien door ingrijpen van de wetgever is voorzien in specifieke wettelijke beschermingsregiems. Cumulatie van rechtsregiems is in dergelijke gevallen geen sluiproute maar een uitdrukkelijk beoogd effect mits uit de aard der zaak wordt voldaan aan de vereisten en voorwaarden van een specifiek regiem wanneer daarop een beroep wordt gedaan. Van deze specifieke wettelijke regiems gaat dan ook als algemeen beginsel geen negatieve reflexwerking uit.

## **II. Arrest**

22. Het hierna te becommentariëren arrest is door Ringalda terecht een van de meest opmerkelijke en fundamentele uitspraken op het gebied van het auteursrecht in 2021 genoemd.<sup>15</sup>

### **- *auteursrecht***

23. Gegeven de insteek van Philips's vordering diende het Haagse hof zich in hoger beroep primair een oordeel te vormen over haar stelling dat de ST3D een verdere evolutie was van een eerder door haar ontworpen elektrisch scheerapparaat en daarom in auteursrechtelijke termen moest

---

<sup>14</sup> Zie Conclusie A-G Drijber 15 oktober 2021, ECLI:NL:PHR:2021:983 (Kwantum/ Vitra).

<sup>15</sup> Ringalda, voetnoot 7.

worden aangemerkt als een bewerking in de zin van art. 10 (2<sup>e</sup>) Aw. In eerste instantie had het debat zich geconcentreerd op het antwoord op de vraag of de ST3D in het licht van het in aanmerking komende vormgevingserfgoed kon worden aangemerkt als een origineel werk zonder dat daarbij met zoveel woorden de auteursrechtelijke figuur van de bewerking werd betrokken.. Door LIDL was aangevoerd dat de ST3D vergeleken met onbetwist tot het vormgevingserfgoed behorende eerder geproduceerde en verhandelde elektrische scheerapparaten, zoals de Arcitect en de Silvercrest, niet origineel was. De Rechtbank oordeelde bij haar beoordeling van die vraag, met toepassing van de werktoets en onder verwijzing naar het relevant geachte vormgevingserfgoed waartoe de Arcitec geacht werd te behoren, op basis van een minutieuze vergelijking van de respectievelijke vormgevingen dat de ST3D niet origineel was en honoreerde dusdoende LIDL's verweer.

Philips's secundaire beroep op slaafse nabootsing werd verworpen met de motivering dat nu vaststond dat Philips de ST3D niet meer aanbood op de markt, dit product geen zodanig eigen gezicht op de markt kon hebben, dat nabootsing daarvan een onrechtmatige daad in de vorm van oneerlijke mededinging opleverde.

24. In appel komt nadrukkelijker dan in eerste instantie aan de orde wat moet worden verstaan onder een auteursrechtelijk beschermbare bewerking. Te dien aanzien overweegt het Hof als volgt: *'4.11. Voor de vraag of een bewerking als werk auteursrechtelijke bescherming toekomt, zijn enkel relevant de creatieve keuzen die door de maker(s) van de bewerking zijn verricht. Creatieve keuzes die reeds waren gemaakt door de maker(s) van het werk waarop de bewerking is gebaseerd, dienen daarbij buiten beschouwing te blijven. Dit is niet anders indien het auteursrecht op het originele werk en de bewerking in een hand zijn (gekomen). Evenmin maakt het verschil of bij de totstandkoming van het originele werk en de bewerking ten dele dezelfde makers zijn betrokken.* *4.12. Het voorgaande brengt mee dat de gestelde oorspronkelijkheid van de Arcitec niet kan bijdragen aan de gestelde oorspronkelijkheid van de ST3D. De grief van Philips tegen het oordeel van de rechtbank dat de*

*Arcitec deel uitmaakt van het 'relevante vormgevingserfgoed' is dus in zoverre ongegrond(...)'.*

25. Dit zijn opmerkelijke overwegingen. De 'eerdere creatieve keuzes' waarmee klaarblijkelijk wordt verwezen naar het vormgevingserfgoed (waarover hierna) welke volgens het Hof buiten beschouwing dienen te blijven, dienen immers per definitie in de beschouwing te worden betrokken a. om te beoordelen of de bewerking een origineel werk is, en zo ja, b. om te beoordelen of het latere, pretense inbreukmakende werk origineel, dat wil zeggen niet-ontleend is.

26. Wat vraag a. betreft staat het 'relevante vormgevingserfgoed', d.i. originele vormgeving welke dateert van een eerdere datum dan die van de bewerking, volgens het beginsel dat het relevante vormgevingserfgoed originaliteitsschadelijk is per definitie in de weg aan de oorspronkelijkheid van een later ontwerp. In dat opzicht snijdt Philips zich in eigen vlees met haar grief dat de Rechtbank zou hebben miskend dat de originaliteit van de ST3D voortvloeit uit het feit dat de originele Arcitec deel uitmaakt van het relevante vormgevingserfgoed. Zie ik goed dan komt Ringnalda in vrijwel dezelfde bewoordingen tot dezelfde conclusie. Ik citeer opnieuw: *'Strikt genomen zou die benadering (lees, in mijn woorden: de opstelling van Philips) ertoe leiden dat een producent zichzelf in de vingers snijdt door een nieuwe, qua vormgeving bewerkte versie van een product onder een 'afzonderlijke benaming' op de markt te brengen (...).'*<sup>16</sup>

27. Echter in een ander opzicht is Philips's beroep op de Arcitec, ook al behoort deze tot het relevante vormgevingserfgoed, wel degelijk van belang. Dit betreft Philips rechtspositie als bewerker van de Arcitec waarin de originaliteit van de Arcitec als ondersteunend voor die van de ST3D wordt opgevoerd, in zoverre de ST3D door Philips wordt aangemerkt als een verdere evolutie van de Arcitec. Naar die positie verwijst het Hof in Overweging 4.11 met het zinsdeel dat het *'(e)venmin (...) verschil*

---

<sup>16</sup> Zie Ringnalda, voetnoot 7, p. 248.

*(maakt) of bij de totstandkoming van het originele werk en de bewerking ten dele dezelfde makers zijn betrokken'.*

Dit betekent dus dat naar het oordeel van het Hof de oorspronkelijkheid van de Arcitec niet kan bijdragen aan de latere bewerking daarvan door Philips. Echter, het Hof maakt op geen enkele manier duidelijk waarom dit zo is en waarom niet bijvoorbeeld bij het ontwikkelen van een bepaalde vormgevingslijn sprake zou mogen zijn van 'voortbouwende originaliteit'. Afwijzing daarvan zou een soort, in het auteursrecht onbekende, 'tang-werking' opleveren waarvan sprake kan zijn in verband met het modellenrecht.<sup>17</sup>

28. Dit wordt ook niet anders na lezing van het slot van Overweging 4.12: *'De veronderstelling van Philips dat wegens de identiteit van de auteursrechthebbende het oorspronkelijke karakter van de Arcitec zou doorwerken in de oorspronkelijkheid van de ST3D staat haaks op de regel dat het auteursrecht op een werk ontstaat door het scheppen ervan. Bovendien zou dit de ongerijmde consequentie hebben dat de oorspronkelijkheid van een bewerking toe- of afneemt met de overdracht van het (vermeende) auteursrecht op de bewerking of het auteursrecht op het onderliggende werk.'* Het eerste onderdeel van dit zinsdeel bevat een stelling welke geenszins de vraag beantwoordt wat moet worden verstaan onder een bewerking. Voortbouwende creativiteit is een basis gegeven in het recht met betrekking tot de intellectuele eigendom. Dit is zo met door derden ontwikkelde creativiteit; zoveel temeer met zelf-ontwikkelde creativiteit.

29. Getoetst moet wel worden wat – in het kader van het auteursrecht – het voortbouwende werk toevoegt in relatie tot het pretense inbreukmakende werk. Dit relationele aspect is essentieel, omdat het in het auteursrecht niet gaat om objectieve originaliteit. Niet valt in te zien wat aan deze redenering ongerijmd is.

---

<sup>17</sup> Zie D.J.G. Visser, De 'tangwerking' in het modellenrecht, BIE 2008/4-5, p. 213. Vgl. wat Ringnalda, voetnoot 7, p. 248, in dit verband schrijft over het absurde resultaat dat een auteur die een werk in een aantal tussenstappen tot stand brengt in mindere mate beschermd zou zijn dan degene die in een keer een eindresultaat presenteert.

Het Hof lijkt in de bekritiseerde overwegingen in strijd met het geldende recht dat nog onverkort uitgaat van de Stufen-theorie, de modellen - rechtelijke nieuwheidstoets te hebben toegepast in een auteursrechtelijke casus. Ik heb daarmee overigens geen probleem mits dit de opmaat zou zijn tot een doordenking van de actuele betekenis van deze theorie.

30. In dit verband past de kanttekening dat opvalt dat door zowel partijen als Rechtbank en Hof zondermeer blijkt te worden aangenomen dat voor de bepaling van de originaliteit van een auteursrechtelijk werk betekenis, zo niet overwegende betekenis, toekomt aan het vormgevingserfgoed. Dit valt op, omdat – zoals eerder is opgemerkt – in het auteursrecht subjectieve oorspronkelijkheid uitgangspunt is. Dit betekent dat de originaliteit van een werk, d.i. in het kader van dit opstel een gebruiksvoorwerp, niet wordt bepaald op basis van een vergelijking van het pretense originele werk met alle eerdere op een bepaald gebied vormgegeven en geproduceerde werken, maar alleen in relatie tot een bepaald specifiek op dat werk beweerdelijk inbreuk makend ander werk. Daarover beslist de uitkomst van de werktoets in samenhang met het antwoord op de vraag of sprake is van ontlening. Uitgaande van het geldende auteursrecht sluit ik mij dan ook aan bij de opvatting dat het auteursrecht geen regel kent die betekenis toekent aan het vormgevingserfgoed. Met instemming citeer ik op dit punt Ringnalda: *‘Bovendien is het systematisch inconsistent om auteursrechten toe te kennen vanwege de subjectieve creativiteit van de auteur (...) maar vervolgens de inhoud van die bescherming afhankelijk te stellen van de objectieve verhouding tussen die creatie en dat wat er al was.’*<sup>18</sup>

31. Nadat het Hof heeft geoordeeld dat Philips zich voor de oorspronkelijkheid van de ST3D niet kan beroepen op de oorspronkelijkheid van de Arcitec, gaat het vervolgens na of de ST3D vergeleken met de Silvercrest voldoende oorspronkelijk is om auteursrechtelijk beschermd te zijn. Daartoe gaat het Hof in de Overwegingen 4.17-4.20 over tot een

---

<sup>18</sup> Zie Ringnalda, voetnoot 7, p. 246.



vergelijking van de totaalindrukken van de conflicterende scheerapparaten. Die vergelijking wordt uitgevoerd na een ontleding van deze scheerapparaten in een aantal kenmerkende eigenschappen op basis waarvan wordt geoordeeld dat geen sprake is van auteursrechtinbreuk. Wat betreft de ontleding in kenmerken verwijs ik naar wat ik eerder over de vergelijking van de totaalindrukken opmerkte. Dat is naar mijn mening een onjuiste methode van beoordelen wanneer het betreft de vergelijking van producten van industriële vormgeving. Daarbij moet niet de optelsom van vergeleken elementen en onderdelen het eindoordeel bepalen. Bovendien behoort niet de rechter de maatman te zijn maar het in casu relevante geadresseerde publiek. Een marktonderzoek zoals dat door Philips ter ondersteuning van haar klacht over slaafse nabootsing is ingebracht, kan daarbij dienstig zijn.

- ***slaafse nabootsingsrecht***

32. Ook Philips beroep op slaafse nabootsing kan haar niet baten. Onder verwijzing naar de onder het auteursrecht uitgevoerde vergelijking van de totaalindrukken, en gelet op het ingebrachte marktonderzoek en een aantal overige bijkomende omstandigheden, concludeert het Hof recht in de heersende leer in Overweging 4.26 dat de Silvercrest ook niet (kan) worden aangemerkt als een slaafse nabootsing van de ST3D. en dat LIDL gedaan heeft wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door de gelijkheid van de producten gevaar voor verwarring ontstaat, zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid of bruikbaarheid van haar product. In Overweging 4.30 oordeelt het Hof dat dit ook geldt voor de overige apparaten uit de productlijn van scheerapparaten van Philips ,omdat Lidl met de vormgeving van de Silvercrest voldoende afstand heeft gehouden van de vormgeving van de twee apparaten van Philips die daar volgens Philips het dichtst bij komen, te weten de ST3D en de Series 9000,

Onder verwijzing naar wat in het voorafgaande is opgemerkt over de vergelijking van totaalindrukken valt op het oordeel van het Hof in Overweging 4.18 naar aanleiding van het door Philips ingebrachte deskundigenrapport. De rechter blijkt het eenvoudigweg beter te weten dan een expert. Dit relativeert uiteraard de betekenis van in te brengen expertise

waarvoor eerder werd gepleit. Maar het vraagt tegelijkertijd om doordening van betekenis en functie van deskundigenberichten alsmede om rechterlijke terughoudendheid bij afwijken daarvan.

#### **IV. Afronding**

33. Wanneer geprobeerd wordt uit de voorafgaande kanttekeningen en uit het geanalyseerde arrest een algemene conclusie te trekken dan kan het deze zijn dat sterke behoefte bestaat aan een nationale zowel als een Europese doordening van de structuur van het geldende intellectuele eigendomsrecht. Naar mijn mening behoort daarbij relativering van de nog steeds gehonoreerde traditionele Stufen-theorie uitgangspunt te zijn. Dit leidt geenszins tot 'verknoedeling' maar, naar mag worden gehoopt, tot scherpstelling van dit rechtsgebied.