

Het Mio-arrest: PW = EIS ≠ EOK&PS

IER 2026/3

1. Inleiding

De bal in de gevoegde zaken *Mio* en *Konektra* (kortweg: het *Mio*-arrest, raadpleegbaar in dit nummer, *IER* 2026/1 en *IER* 2026/4) begint te rollen als op 21 september 2023 het Patent- och marknadsöverdomstol (rechter in tweede aanleg voor IE-zaken in Zweden) in de *Mio*-zaak prejudiciële vragen aan het HvJ EU stelt. Volgens de Zweedse rechter is namelijk onduidelijk hoe moet worden vastgesteld of een gebruiksvoorwerp blijkt geeft van creatieve keuzes en welke factoren daarbij in aanmerking mogen worden genomen. Allereerst vraagt de Zweedse rechter of het scheppingsproces of het gebruiksvoorwerp zelf als uitgangspunt moet worden genomen voor de beoordeling of sprake is van een eigen intellectuele schepping van de auteur. Ten tweede vraagt de Zweedse rechter in wezen naar de relevantie van het vormgevingserfgoed. Meer concreet vraagt de Zweedse rechter of het relevant is dat i) de auteur gebruik maakt van reeds beschikbare vormen, ii) zich heeft laten inspireren door bestaande voorwerpen en iii) de mogelijkheid dat soortgelijke voorwerpen onafhankelijk worden gecreëerd. Tot slot vraagt de Zweedse rechter welk criterium moet worden gehanteerd voor het vaststellen van auteursrechtinbreuk en hoe de beschermingsomvang van een werk moet worden vastgesteld.

Een klein half jaar later stelt ook het Duitse Bundesgerichtshof (BGH) in de zaak *Konektra* prejudiciële vragen die raken aan de kern van het auteursrecht. Ten eerste vraagt het BGH of er een regel-uitzondering-relatie bestaat tussen modelrechtelijke en auteursrechtelijke bescherming in die zin dat voor gebruiksvoorwerpen hogere eisen moeten worden gesteld voor bescherming dan die gelden voor andere soorten voorwerpen. Ten tweede legt het BGH in *lockstep* met de Zweedse rechter voor of bij de beoordeling van oorspronkelijkheid bij gebruiksvoorwerpen, (mede) moet worden uitgegaan van het scheppingsproces. Ten derde en tot slot vraagt het BGH naar de relevantie van factoren die zich ná het moment van het scheppen van een voorwerp hebben voorgedaan, zoals de presentatie in kunsttentoonstellingen of musea of de erkenning ervan in vakkringen.

In dit artikel sta ik uitgebreid stil bij het *Mio*-arrest. Ik vat in paragraaf 2 eerst kort het arrest samen. Vervolgens ga ik in paragraaf 3 in op de vereisten voor auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen en in paragraaf 4 op enige onduidelijkheid die het *Mio*-arrest hieromtrent schept. Daarna ga ik in paragraaf 5 dieper in op de vraag wat het *Mio*-arrest betekent voor de inhoud van het geharmoniseerde werkbegrip c.q. de (hoogte van de) lat van

het aannemen van oorspronkelijkheid. In paragraaf 6 bespreek ik tot slot de door het HvJ EU geformuleerde inbreuktoets. Ik sluit af met een conclusie in paragraaf 7.

2. De beantwoording van het HvJ EU in het kort

In zijn arrest stelt het HvJ EU voorop dat een voorwerp alleen auteursrechtelijk beschermd is als de persoonlijkheid van de auteur wordt weerspiegeld, doordat uiting wordt gegeven aan diens vrije én creatieve keuzen (r.o. 50). Vervolgens oordeelt het HvJ EU dat auteursrechtelijke bescherming een ander doel dient dan het modellenrecht en is voorbehouden aan voorwerpen die het verdienen om als werk te worden gekwalificeerd (r.o. 52) en dat gelijktijdige bescherming via het modellenrecht en auteursrecht niet ertoe mag leiden dat het doel en de doeltreffendheid van de beide vormen van bescherming worden aangetast (r.o. 53). Hieruit volgt volgens het HvJ EU dat het modellen- en auteursrecht niet vergelijkbaar met elkaar zijn; cumulatieve bescherming is daarom geen automatisme en de criteria voor bescherming in het modellen- en auteursrecht moeten niet met elkaar worden verward (r.o. 54). Cumulatie is evenwel mogelijk, maar blijft beperkt tot bepaalde gevallen, aangezien voor auteursrechtelijke bescherming is vereist dat een auteur een uniek werk creëert dat zijn persoonlijkheid weerspiegelt (r.o. 55). Er is echter geen regel-uitzondering-relatie tussen het modellenrecht en het auteursrecht (r.o. 56) en dus mogen geen hogere eisen worden gesteld aan gebruiksvoorwerpen dan aan andere categorieën voorwerpen (r.o. 58).

Omdat voor auteursrechtelijke bescherming is vereist dat de persoonlijkheid van de maker wordt weerspiegeld in het voorwerp, moet bij de beoordeling van de oorspronkelijkheid worden uitgegaan van het voorwerp zelf (r.o. 71, 75). Het scheppingsproces en de bedoelingen van de auteur kunnen slechts een rol spelen voor zover dit concreet tot uitdrukking is gebracht (r.o. 74, 75).

Wat betreft de concrete beoordeling van de oorspronkelijkheid oordeelt het HvJ EU dat creativiteit niet mag worden verondersteld maar moet worden aangetoond, zelfs wanneer de auteur vrije keuzes heeft gemaakt (r.o. 65). Het is immers niet gegeven dat (het maken van) een vrije keuze ook de persoonlijkheid van de auteur weerspiegelt (r.o. 82). Ook verduidelijkt het HvJ EU dat hoewel een artistiek of esthetisch *effect* het op zich niet mogelijk maakt om vast te stellen of het voorwerp de persoonlijkheid van de maker weerspiegelt, artistieke en/of esthetische *overwegingen* van de auteur deel uitmaken van de creatieve activiteit (r.o. 67, 68) en dus kunnen bijdragen aan het vaststellen van oorspronkelijkheid. Verder moet bij de beoordeling van oorspronkelijkheid rekening worden gehouden met de specifieke aard van de betrokken soort voorwerpen; voor werken van toegepaste kunst geldt in

¹ Mr. dr. J.R. (Jorn) Torenbosch is universitair docent aan de Universiteit van Utrecht en redactielid van dit blad.

dat kader dat zij zich van andere categorieën voorwerpen onderscheiden door het feit dat zij in de eerste plaats gebruiksvoorwerpen zijn (r.o. 62). Dit brengt mee dat de scheppingsvrijheid wordt beteugeld door de functionaliteit die eigen is aan gebruiksvoorwerpen (r.o. 80) c.q. dat de creatieve mogelijkheden om functionele redenen zijn beperkt (r.o. 91).

Wanneer een voorwerp uitsluitend uit reeds beschikbare vormen bestaat, kan het auteursrechtelijk beschermd zijn, mits de auteur zijn creatieve keuzen tot uitdrukking heeft gebracht in de schikking van die vormen (r.o. 78). Ook wanneer de auteur zich heeft laten inspireren door bestaande voorwerpen, kan zijn schepping oorspronkelijk zijn, al blijft de bescherming dan wel beperkt tot die creatieve elementen die zijn persoonlijkheid weerspiegelen (r.o. 79). Ook wanneer een derde onafhankelijk al eerder een bepaald voorwerp heeft gemaakt, kan een daarop lijkend of identiek voorwerp van een latere auteur oorspronkelijk zijn, al is dit wel onwaarschijnlijk (r.o. 80). De omstandigheid dat een voorwerp in een tentoonstelling of museum staat en/of wordt erkend in vakkringen, is noch noodzakelijk noch doorslaggevend (r.o. 81), omdat deze factoren nog niet bestonden op het tijdstip waarop het voorwerp werd ontworpen (r.o. 77).

Tot slot oordeelt het HvJ EU dat de beschermingsomvang in het auteursrecht niet afhangt van de mate van creatieve vrijheid waarover de auteur beschikt (r.o. 88) en dat sprake is van auteursrechtinbreuk als creatieve elementen van het werk op herkenbare wijze zijn overgenomen in het tweedelijk inbreukmakende voorwerp (r.o. 86). De algemene indruk die de conflicterende voorwerpen wekken, is niet doorslaggevend (r.o. 87).

3. De werktoets: geen extra vereisten voor gebruiksvoorwerpen

In *Cofemel* bracht het HvJ EU de duidelijke boodschap dat een gebruiksvoorwerp auteursrechtelijk beschermd is als het een intellectuele schepping van de auteur is die de persoonlijkheid van deze laatste weerspiegelt en tot uiting komt door vrije én creatieve keuzen.² Gebruiksvoorwerpen mogen aldus niet worden onderworpen aan andere (extra) vereisten,³ een lot dat deze specifieke categorie voorwerpen in een behoorlijk aantal EU-landen tot op de dag van vandaag ten deel valt. Deze duidelijke boodschap werd in datzelfde arrest helaas vertroebeld, omdat het HvJ EU eraan toevoegde dat gebruiksvoorwerpen het moeten 'verdienen' om (ook) als werk beschermd te worden (r.o. 50), het auteursrecht en het modellenrecht elkaars doel en doeltreffendheid niet mogen ondermijnen

(r.o. 51) en cumulatief tussen de twee slechts in 'bepaalde situaties' kan worden overwogen (r.o. 52). Deze overwegingen zijn op zijn minst multi-interpretabel en hebben de laatste jaren veel pennen in beweging gebracht.⁴ De vraag rees dan ook of het HvJ EU in *Cofemel* niet (stiekem) toch een hogere lat voor bescherming had geïntroduceerd als het gaat om gebruiksvoorwerpen.⁵

Het *Mio*-arrest is duidelijk op dit punt: nee, gebruiksvoorwerpen mag je niet anders behandelen dan andere type voorwerpen. In r.o. 52 van *Mio* herhaalt het HvJ EU dat voorwerpen het moeten 'verdienen' om als werk beschermd te worden en in r.o. 53 dat het auteursrecht en het modellenrecht elkaars doel en doeltreffendheid niet mogen ondermijnen. Maar anders dan in *Cofemel* verduidelijkt het HvJ EU in *Mio* expliciet de conclusies die moeten worden verbonden aan deze twee stellingen: er volgt louter uit dat i) het modellen- en auteursrecht niet vergelijkbaar met elkaar zijn, ii) de criteria voor bescherming in het modellen- en auteursrecht niet met elkaar verward moeten worden en iii) cumulatieve bescherming (daarom) geen automatisme is (r.o. 54).⁶ Het woord 'verdienen' en de waarschuwing dat het modellenrecht niet mag worden ondermijnd, mag dus niet zo worden opgevat dat er bepaalde extra vereisten gelden voor auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen (r.o. 58).⁷ Het HvJ EU bevestigt in *Mio* aldus ondubbelzinnig dat landen als Italië en Tsjechië in strijd handelen met het EU-recht. In Italië geldt immers louter voor gebruiksvoorwerpen het

² HvJ EU 12 september 2019, ECLI:EU:C:2019:721 (*Cofemel*), r.o. 29-30.
³ HvJ EU 12 september 2019, ECLI:EU:C:2019:721 (*Cofemel*), r.o. 48. Zie ook r.o. 30: "[...] om een voorwerp als oorspronkelijk te kunnen beschouwen [is] zowel noodzakelijk als voldoende [...] 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."

⁴ Zie over deze beruchte overwegingen o.a. Tsoutsanis, 'Bella ciao – Cofemel and beyond: auteursrechtelijke bescherming van productvormgeving', *IER* 2021/4; Spoor, 'Auteursrechtelijke bescherming van modellen na Cofemel', *IER* 2020/42; Kur, 'Unité de l'art is here to stay – Cofemel and its consequences', Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper, No. 19-16; Ringnalda in zijn noot bij HvJ EU 12 september 2019, ECLI:EU:C:2019:721, *BIE* 2019/27 (*Cofemel*); Geerts in zijn noot bij Rb. Rotterdam 30 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2421, *IER* 2022/21 (*iClean Carwash Technologies*); Hugenholtz in zijn noot bij HvJ EU 11 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:461, *NJ* 2021/175 (*Brompton*); mijn noot bij Rb. Midden-Nederland 19 juli 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:4318, *IER* 2024/38 (*Boska/Plus*).

⁵ In deze zin bijv. de European Copyright Society (ECS), 'The Protection of Works of Applied Art under EU Copyright Law Opinion of the European Copyright Society in MIO/konektra (Cases C-580/23 and C-795/23)', 3 december 2024 (raadpleegbaar op <https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-025-01579-4>), p. 6: "Cofemel's reference to 'certain specific situations' appears to be a call to adopt a rigorous assessment of the originality standard, which takes into account the specific characteristics of works of applied art and the different functions of copyright and design law."

⁶ Zie t.a.v. dit laatste ook r.o. 80, waar het HvJ EU oordeelt dat het auteursrecht – anders dan het modellenrecht – geen nieuwerheidsvereiste kent. Vgl. voorts r.o. 87, waar het HvJ EU oordeelt dat de algemene indruk niet doorslaggevend kan zijn in het kader van de beoordeling van auteursrechtinbreuk, omdat dit een modellenrechtelijk criterium is. Zie ook HvJ EU 18 december 2025, ECLI:EU:C:2025:983 (*Deity Shoe*), r.o. 28-29, waar het HvJ EU (in een andere context) eens te meer benadrukt dat de vereisten in het modellenrecht en het auteursrecht niet met elkaar moeten worden verward.

⁷ Zoals is bepleit door de ECS (zie voetnoot 5), die voorstaat dat louter voor gebruiksvoorwerpen 'a rigorous assessment of the originality standard' plaatsvindt, hetgeen overigens erg lijkt op het uitgangspunt van het BGH dat bij gebruiksvoorwerpen 'in besonderem Maße' moet worden beoordeeld of zij creatief zijn, zie o.a. BGH 20 februari 2025, I ZR 16/24, I ZR 17/24 en I ZR 18/24 (*Birkenstock*), randnr. 19 (zie over dit laatste ook par. 4.1).

wettelijke extra vereiste dat zij artistieke waarde moeten hebben,⁸ en in Tsjechië geldt voor bepaalde type voorwerpen het wettelijke vereiste dat sprake moet zijn van een *uniek* resultaat van creativiteit,⁹ hetgeen naar Tsjechisch recht traditioneel een hogere lat is dan ‘gewone’ creativiteit.¹⁰ Ook voor landen zoals Duitsland, waar weliswaar geen wettelijk extra vereiste (meer) wordt gesteld, maar de traditioneel hoge(re) lat voor auteursrechtelijke bescherming van met name gebruiksvoorwerpen is ondergebracht in de uitleg van termen als ‘creatief’, heeft *Mio* grote implicaties (zie paragraaf 5).

4. Ruis op de lijn in rechtsoverweging 55

Maar daarmee zijn we er nog niet. De duidelijke boodschap van het HvJ EU wordt namelijk troebel in r.o. 55, waarin het HvJ EU oordeelt dat “hoewel modelrechtelijke bescherming en auteursrechtelijke bescherming elkaar niet uitsluiten [...] een dergelijke cumulatie beperkt [blijft] tot *bepaalde gevallen* [...], *aangezien* een auteur een *uniek* werk dient te creëren dat zijn persoonlijkheid weerspiegelt en als zodanig beschermd is overeenkomstig richtlijn 2001/29.” Zowel de woorden ‘bepaalde gevallen’ (paragraaf 4.1) als het woord ‘uniek’ – dat in verschillende lidstaten traditioneel anders wordt gebruikt en begrepen in auteursrechtelijke context (paragraaf 4.2) – roepen de nodige vragen op, welke beantwoord moeten worden voordat kan worden toegekomen aan de eigenlijke vraag: wat houdt het begrip ‘oorspronkelijkheid’ precies in? (paragraaf 5).

4.1 ‘Bepaalde gevallen’

Te beginnen met de woorden ‘bepaalde gevallen’.¹¹ Opvallend is dat in *Cofemel* deze woorden in een andere context staan dan in *Mio*. In *Cofemel* oordeelt het HvJ EU namelijk dat het auteursrecht het doel en de doeltreffendheid van het modellenrecht niet mag ondermijnen (r.o. 51) en dat *hieruit* volgt dat cumulatie slechts in ‘bepaalde situaties’ kan worden overwogen (r.o. 52). Dit suggereerde op zijn minst dat het behoud van de volle werking van het doel en doeltreffendheid van het modellenrecht moet leiden tot beperkte cumulatie met het auteursrecht. Zoals besproken in paragraaf 3 verduidelijkt het HvJ EU in r.o. 54 dat dit onjuist is. Maar curieus genoeg laat het HvJ EU in *Mio* in stand dat cumulatie beperkt blijft tot ‘bepaalde gevallen’, zij het om een (schijnbaar) andere reden dan in *Cofemel*, namelijk vanwege het feit (*aangezien*) dat een auteur een *uniek* werk dient te creëren dat zijn persoonlijkheid weerspiegelt (r.o. 55).

Dit subtiele verschil in het gebruik van de woorden ‘bepaalde gevallen’ roept de vraag op of het BGH hier niet toch zijn gram haalt, zij het via een andere route dan de door hem geponeerde regel-uitzondering-relatie tussen het modellen- en het auteursrecht. Dat zit als volgt. Het BGH stelt in zijn verwijzingsbeslissing dat evident uit *Cofemel* volgt dat voor alle type voorwerpen dezelfde EIS-toets moet worden aangelegd.¹² Het oordeel in r.o. 52 van *Cofemel* dat cumulatie tussen het auteursrecht en het modellenrecht slechts is voorbehouden aan ‘bepaalde situaties’, is dus niet normatief – het betreft geen voorschrift/stelt geen (zelfstandige) vereiste – maar *beschrijvend*, aldus het BGH, en wel in die zin dat de toepassing van de EIS-maatstaf er feitelijk toe zou leiden dat maar een handjevol (‘bepaalde situaties’) gebruiksvoorwerpen aan die maatstaf voldoet,¹³ hetgeen te verklaren is doordat de vormgeving van gebruiksvoorwerpen grotendeels wordt bepaald door het beoogde gebruik ervan en dus weinig ruimte laat voor

8 Artikel 2 lid 1 onder 10 van de Italiaanse Auteurswet (Wet no. 633/1941). Zie ook artikel 2 onder 4, waarin is opgenomen dat tevens vereist is dat de artistieke waarde van het gebruiksvoorwerp kan worden gescheiden van het industriële karakter van het product waarmee het daadwerkelijk is geassocieerd (het zogeheten *scindibilità*-vereiste). De Italiaanse Hoge Raad – de Corte Suprema di Cassazione – heeft ten aanzien van dit laatste verduidelijkt dat louter vereist is dat de artistieke waarde conceptueel te scheiden is, zie o.a. Corte Suprema di Cassazione 29 april 2024, zaak 11413/2024, *GRUR Int* 2025/1, p. 1-5. Overigens heeft de Corte Suprema di Cassazione in de net genoemde zaak tevens geoordeeld (als ook al in eerdere zaken) dat het vereiste van artistieke waarde in het Italiaanse recht in strijd is met het EU-recht, zie de vertaling in *GRUR Int* 2025/1, p. 5. Lagere rechtspraak en ook de hoofdmoot van de literatuur in Italië houdt daarentegen nog stevig vast aan het extra vereiste van artistieke waarde, zie Sanna, ‘The ‘Artistic Value’ Requirement in Italy after Cofemel’, in: Rosati & Calboli (reds.), *The Handbook of Fashion Law*, Oxford: Oxford University Press 2025, in het bijzonder p. 284-289.

9 Artikel 2 lid 1 van de Tsjechische Auteurswet.

10 Deze standaard van ‘gewone’ creativiteit geldt in Tsjechië louter voor computerprogramma’s, foto’s (en soortgelijke creaties) en databanken, zie artikel 2 lid 2 van de Tsjechische Auteurswet, hetgeen ongetwijfeld het geval is omdat louter voor deze categorieën voorwerpen een expliciete wettelijke harmonisatie van het werkbegrip heeft plaatsgevonden, zie artikel 1 lid 3 richtlijn 2009/24/EG, artikel 3 lid 1 richtlijn 96/9/EG en artikel 6 richtlijn 2006/116/EG. Zie voor voorbeelden uit de Tsjechische rechtspraak van de toepassing van de Tsjechische criteria voor auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen: Bird & Bird IP Team, ‘Round-up of national decisions on copyright protection of works of applied art 2023’, *JIPLP* 2024/3, p. 218-219.

11 Anders dan in r.o. 52 van *Cofemel*, spreekt het HvJ EU in r.o. 55 van *Mio* over ‘bepaalde gevallen’ in plaats van ‘bepaalde situaties’ (zie ook de Franse taalversie, waar het HvJ EU in *Cofemel* spreekt over ‘*certaines situations*’ en in *Mio* over ‘*certain cas de figure*’). Het mag veilig worden aangenomen dat dit hetzelfde betekent, te meer omdat in andere taalversies van het arrest geen sprake is van een verschil tussen *Cofemel* en *Mio* op dit punt; zo spreekt het HvJ EU in de Engelse taalversie van *Cofemel* én *Mio* over ‘*certain situations*’ en in de Duitse taalversie over ‘*bestimmten Fällen*’.

12 De Duitse rechter gaat hier overigens reeds sinds BGH 13 november 2013, I ZR 143/12 (*Geburtsstagszug*) vanuit, zij het om andere redenen dan dat het Europees geharmoniseerde auteursrecht dit zou voorschrijven (hetgeen in *Cofemel* de boodschap is); zie hierover Kur, ‘The More, the Merrier? Das Kumulationsproblem im geltenden und künftigen EU-Designrecht’, in: Thouvenin e.a. (red.), *Kreation Innovation Märkte – Creation Innovation Markets, Festschrift Reto M. Hilty*, Berlin: Springer 2024, p. 370; Ohly, ‘The Case for Partial Cumulation in Germany’, in: E. Derclaye (red.), *The Copyright/Design Interface*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, in het bijzonder p. 158 e.v.

13 Nr. 9 van de verwijzingsbeslissing.

creativiteit.¹⁴ Het BGH koppelt deze beschrijvende lezing van ‘bepaalde gevallen’ vervolgens aan de – volgens het BGH – juiste *toepassing* van het werkbegrip zoals dit gebeurt in Duitsland;¹⁵ vanwege de veronderstelde weinige creatieve ruimte rijst bij gebruiksvoorwerpen volgens het BGH namelijk “*in besonderem Maße die Frage, ob sie über ihre von der Funktion vorgegebene Form hinaus künstlerisch gestaltet sind und diese Gestaltung eine Gestaltungshöhe erreicht, die Urheberrechtsschutz rechtfertigt.*”¹⁶ Het is vanwege dit uitgangspunt dat het vaste rechtspraak is in Duitsland dat alleen gebruiksvoorwerpen die naar de opvatting van kunstkringen een artistieke prestatie zijn c.q. een bepaald artistiek gehalte hebben, creatief te noemen zijn en dus auteursrechtelijk beschermd.¹⁸

Deze lezing van de zinsnede ‘bepaalde situaties’ in r.o. 52 van *Cofemel* is interessant, omdat het in theorie niet onverenigbaar is met de centrale boodschap uit dat arrest dat elk type voorwerp aan dezelfde maatstaf moet worden onderworpen (namelijk: EIS). Belangrijker is echter dat deze lezing volgens mij dé absolute kernvraag over het ge-

harmoniseerde werkbegrip aankaart. In onder andere Duitsland, Nederland, Frankrijk, Zweden en Portugal¹⁹ was reeds vóór *Mio* al wel duidelijk dat de enige maatstaf voor auteursrechtelijke bescherming EIS is. Zoals gezegd, wordt dit – anders dan soms wel wordt aangenomen – ook erkend door bijvoorbeeld het BGH.²⁰ Wat echter onduidelijk is, is hoe die maatstaf moet worden toegepast c.q. of die maatstaf een inhoudelijk zwaar criterium is (zoals in Duitsland het geval is) of niet (zoals in Nederland traditioneel het geval was; zie straks ook paragraaf 5).

Zie ik het evenwel goed, dan legt het BGH zijn beschrijvende lezing van r.o. 52 van *Cofemel* niet voor aan het HvJ EU. Wat het BGH uiteindelijk vraagt is namelijk of er een regel-uitzondering-relatie is tussen het modellenrecht en het auteursrecht. Anders verwoord, het vraagt of *vanwege* het doel en de doelmatigheid van het modellenrecht geldt dat slechts in ‘bepaalde situaties’ een model ook wordt beschermd via het auteursrecht. In deze vraag ligt de veronderstelling besloten dat de zinsnede ‘bepaalde situaties’ een kwantitatief vereiste is dat *voorschrijft* (en dus niet: *beschrijft*) dat maar enkele gebruiksvoorwerpen auteursrechtelijk beschermd worden. Dit wijst het HvJ EU logischerwijs van de hand: het auteursrecht en het modellenrecht zijn immers autonome rechtsgebieden die niet met elkaar moeten worden verward (r.o. 54) en dus kan het nooit zo zijn dat vanwege het modellenrecht bepaalde vereisten moeten worden gesteld of ingelezen in het auteursrecht (r.o. 56). Goed om te zien is dat deze afwijzing van een regel-uitzondering-relatie tussen het modellenrecht en het auteursrecht, niet betekent dat daarmee ook de *beschrijvende* lezing van de zinsnede ‘bepaalde situaties/gevallen’ onjuist is. De beschrijvende lezing van het BGH houdt immers in dat het *vanwege* de (inhoudelijk zware, niet-discriminatoire) EIS-maatstaf zelf zo is dat slechts een handjevol (‘bepaalde gevallen’) gebruiksvoorwerpen aan die maatstaf voldoet. Die veel interessantere

14 Een redenering die veel doet denken aan hoe het vormmerk aan banden is gelegd. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU moet het onderscheidend vermogen van elk type teken namelijk worden beoordeeld aan de hand van i) de waren of diensten waarvoor het is ingeschreven en ii) de perceptie van het relevante publiek. In een Orwelliaanse twist meent het HvJ EU echter – zonder onderbouwing – dat de perceptie van het relevante publiek niet noodzakelijkerwijs dezelfde is voor alle categorieën merken. Om die reden geldt dat het voor sommige categorieën merken moeilijker is om onderscheidend vermogen te hebben dan voor andere categorieën (o.a. HvJ EG 8 april 2003, ECLI:EU:C:2003:206 (*Linde, Rado & Winward*)). Dit geldt volgens het HvJ EU in het bijzonder voor vormen (o.a. HvJ EG 29 april 2004, ECLI:EU:C:2004:258 (*Henkel*)).

15 Nr. 10 van de verwijzingsbeslissing.

16 Vrij vertaald: dat vanwege de veronderstelde weinige creatieve ruimte bij gebruiksvoorwerpen in *bijzondere mate* de vraag rijst of deze voorwerpen, afgezien van hun door de functie bepaalde vorm, *artistiek* zijn vormgegeven en of deze vormgeving *een creatief niveau bereikt dat auteursrechtelijke bescherming rechtvaardigt*.

17 Het BGH verwijst in zijn verwijzingsbeslissing onder meer naar BGH 14 december 2022, I ZR 173/21 (*Vitrineleuchte*). Zie ook recent, waarvandaan de quote in de hoofdtekst: BGH 20 februari 2025, I ZR 16/24, I ZR 17/24 en I ZR 18/24 (*Birkenstock*), randnr. 19. Zie over dit (controversiële) arrest, o.a. Vrendenbarg, ‘Loopt het Bundesgerichtshof met Birkenstock uit de pas?’, *IER* 2025/17; Sipetas, ‘The German Federal Court of Justice’s Birkenstock Judgment: Rethinking Copyright Protection of Designs?’, *JIC* 2025/56, p. 1392–1410; Hollenders, ‘Sandalen als Spiegel der Persönlichkeit? Kein Urheberrechtsschutz für Birkenstock’, *ZUM* 2025/448.

18 O.a. BGH 29 april 2021, I ZR 193/20 (*Architektenrecht*), randnr. 57; BGH 7 april 2022, I ZR 222/20 (*Porsche*); BGH 14 december 2022, I ZR 173/21 (*Vitrineleuchte*), in het bijzonder randnrs. 13b en 14–15; BGH 9 november 2023, I ZR 203/22 (*E2*), randnr. 24–25. Een aanverwante reden dat het te vereisen gehalte aan oorspronkelijkheid in het auteursrecht niet te laag moet zijn volgens het BGH, is vanwege ‘de extreem lange auteursrechtelijke beschermingstermijn’, zie nr. 10 van de verwijzingsbeslissing, met verwijzing naar vaste rechtspraak van het BGH. Ook uit de Zweedse verwijzingsbeslissing in de *Mio*-zaak blijkt overigens duidelijk dat de Zweedse rechter vreest voor een te lage lat voor het aannemen van oorspronkelijkheid van gebruiksvoorwerpen (hetgeen historisch diepgeworteld is in niet alleen Zweden, maar alle Scandinavische landen, zie Schovsbo & Rosenmeier, ‘The Copyright/Design Interface in Scandinavia’, in: E. Derclaye (red.), *The Copyright/Design Interface*, Cambridge: Cambridge University Press 2018). Dit zou volgens de Zweedse rechter namelijk betekenen dat praktisch bijna alle gebruiksvoorwerpen die in aanmerking komen voor bescherming via het modellenrecht, (ook) aanspraak kunnen maken op auteursrechtelijke bescherming; omdat het auteursrecht een ruimere bescherming biedt dan het modellenrecht, zou dit vervolgens het modellenrecht van zijn doel en (volle) functioneren beroven.

19 De Portugese rechter (de Supremo Tribunal) die in *Cofemel* de vraag voorlegde of het EU-recht toestaat dat gebruiksvoorwerpen alleen auteursrechtelijk beschermd kunnen worden indien zij na een zeer grondige beoordeling van het artistieke karakter ervan en rekening houdend met de heersende ideeën in culturele en institutionele kringen de kwalificatie als ‘artistieke creatie’ of ‘kunstwerk’ verdienen, erkent dit post *Cofemel* bijv. ook; zie Spoor, ‘Auteursrechtelijke bescherming van modellen na *Cofemel*’, *IER* 2020/42, p. 332 e.v., waar hij een en ander bespreekt en in context plaatst. Zie ook Rocha, ‘The Treatment of Works of Applied Art under Portuguese Law in the Post-*Cofemel* Era’, in: Rosati & Calboli (reds.), *The Handbook of Fashion Law*, Oxford: Oxford University Press 2025, p. 306–308.

20 Het BGH erkent dit bijv. in de recente uitspraken BGH 14 december 2022, I ZR 173/21 (*Vitrineleuchte*) en BGH 20 februari 2025, I ZR 16/24, I ZR 17/24 en I ZR 18/24 (*Birkenstock*). Daarbij zij reeds wel opgemerkt dat mijns inziens de Duitse benadering tegenwoordig achter een rookgordijn van formele gelijkheid *de facto* nog steeds gebruiksvoorwerpen anders behandelt en om die reden in strijd is met het EU-recht (zie straks par 5).

vraag is zoals gezegd niet voorgelegd.²¹ In het verlengde daarvan is daarmee op zichzelf ook niet uitgesloten dat de Duitse opvatting over de inhoud van het werkbegrip, juist is (zie evenwel paragraaf 5).

Sterker nog, bij een eerste lezing van het *Mio*-arrest lijkt het HvJ EU de deur naar deze beschrijvende lezing van het BGH van de zinsnede 'bepaalde gevallen' zelfs open te zetten. Zoals gezegd had het BGH namelijk voorgesteld om tot een feitelijke situatie van slechts 'bepaalde gevallen' van cumulatie te komen door te omarmen dat gebruiksvoorwerpen grotendeels worden bepaald door het beoogde gebruik ervan en daarom weinig ruimte laten voor creativiteit. Deze voorgestelde 'oplossing' van het BGH zien we op meerdere plekken terug in *Mio*. Zo overweegt het HvJ EU dat "werken van toegepaste kunst [zich] onderscheiden [...] van andere categorieën werken door het feit dat zij in de eerste plaats gebruiksvoorwerpen zijn" (r.o. 62) en dat creativiteit niet mag worden verondersteld (r.o. 65). Ook oordeelt het HvJ EU dat bij gebruiksvoorwerpen de vrijheid van een auteur "wordt beteugeld door verschillende beperkingen die verband houden met de technische functie ervan" (r.o. 80) en dat "de creatieve mogelijkheden om technische redenen [...] beperkt [zijn] in het geval van voorwerpen van toegepaste kunst" (r.o. 91).

Hoewel het volgens mij dus mogelijk is om te verdedigen dat 'bepaalde gevallen' in r.o. 55 van *Mio* als beschrijvend moet worden opgevat in de zin zoals het BGH dat doet – en het om die reden onvermijdelijk is dat het HvJ EU in de toekomst hieromtrent helderheid moet verschaffen – ligt deze lezing mijns inziens uiteindelijk niet voor de hand. Daarbij vooropgesteld dat het woord 'bepaald' grammaticaal inderdaad kan worden gelezen zoals het BGH dat doet, namelijk als 'sommige/enkele', maar dat het ook kan betekenen: 'nauwkeurig aangewezen als onder-

scheiden van andere zaken'.²² In dit laatste geval zijn de 'bepaalde gevallen' waarnaar het HvJ EU verwijst in r.o. 55 niets meer of minder dan de voorwerpen die voldoen aan zowel de beschermingsvoorwaarden in het modellenrecht als de beschermingsvoorwaarden in het auteursrecht.²³ Deze lezing is mijns inziens overtuigender dan de lezing van het BGH.²⁴ Allereerst sluit het goed aan op artikel 23 Modellenrichtlijn en artikel 96 lid 2 Modellenverordening, waarin is opgenomen dat een model dat wordt beschermd via het modellenrecht tevens beschermd kan worden via het auteursrecht, op (enige) voorwaarde dat aan de eisen van de wetgeving betreffende auteursrechten wordt voldaan.²⁵ Ten tweede verduidelijkt het HvJ EU in *Mio* dat het 'verdienen' van auteursrechtelijke bescherming en de waarschuwing dat het modellenrecht niet mag worden ondermijnd, louter betekent dat i) het modellen- en auteursrecht niet vergelijkbaar met elkaar zijn, ii) cumulatieve bescherming geen automatisme is en iii) de criteria voor bescherming in het modellen- en auteursrecht niet met elkaar verward moeten worden (r.o. 54; zie eerder paragraaf 3). Het zou logisch inconsistent zijn als vervolgens de zinsnede 'bepaalde gevallen' ineens wél meer/iets anders zou betekenen dan een loutere verwijzing naar de autonomie van het modellen- en auteursrecht.²⁶ Ten derde staat de beschrijvende lezing van het BGH van 'bepaalde gevallen' op gespannen voet met het feit dat het HvJ EU geen feitelijke instantie is, en daarom niets in de melk te brokkelen heeft over het aantal concrete gevallen dat auteursrechtelijke bescherming wordt toegekend.²⁷ Ook is mijns inziens van belang dat, zoals eerder aangegeven, het BGH zijn beschrijvende lezing koppelt aan de juistheid van het Duitse uitgangspunt dat alleen gebruiksvoorwerpen die naar de opvatting van kunstkringen een artistieke prestatie zijn c.q. een bepaald artistiek gehalte

21 Zie hierover ook Kur, 'Unité de l'art ohne cumul total (?) – das Verhältnis von Urheber- und Designrecht nach der Rechtsprechung des EuGH', *ZUM* 2025/759, p. 764, waar Kur het vermoeden uitspreekt dat het BGH de vraag over de verhouding tussen het modellen- en auteursrecht mogelijk bewust niet zorgvuldig heeft geformuleerd: "Der BGH hätte durch eine entsprechende Formulierung der Vorlagefragen im Fall »konektra« für größere Klarheit sorgen können, sodass – im Erfolgsfall – auch andere Mitgliedstaaten zur Beachtung derselben Maßstäbe angehalten werden könnten. Dass die Chance nicht genutzt wurde, dürfte weder den Besonderheiten des Falles geschuldet noch mit mangelndem Problembewusstsein zu erklären sein. Zu vermuten ist eher, dass der BGH die zentralen Fragen der Gestaltungshöhe und des ausreichenden Grades an ästhetischem Gehalt gerade nicht ausdrücklich ansprechen wollte, um sich unabhängig vom Ausgang der Verfahren die Möglichkeit zu bewahren, seine Rechtsprechung zumindest in den Grundzügen fortzusetzen." Vgl. op dit punt ook Stieper, 'Der europäische Werkbegriff bei Werken der angewandten Kunst', *GRUR* 2024/104, p. 106; Ohly, 'Der Schutz von Produktgestaltungen im Spannungsfeld von gewerblichem Rechtsschutz, Urheberrecht und Lauterkeitsrecht', *GRUR* 2025/23, p. 27; Kur, '„Alles wie gehabt“ im Verhältnis von Urheberrecht und Designschutz – oder etwa doch nicht?', *GRUR* 2024/243, p. 246 (in dit artikel geeft Kur overigens ook uitgebreid aan wat betere vragen waren geweest).

22 Aldus de Dikke van Dale. Hetzelfde geldt voor bijv. de woorden 'certain' en 'bestimmt' in de Engelse resp. Duitse taalversie van het arrest. Vgl. ook Kur, '„Alles wie gehabt“ im Verhältnis von Urheberrecht und Designschutz – oder etwa doch nicht?', *GRUR* 2024/243, p. 246: "Zum einen sollte nicht ganz unbeachtet bleiben, dass der EuGH nicht von "wenigen", sondern "bestimmten" Fällen (engl: "certain cases") spricht. Es ist daher womöglich voreilig, diesen Hinweis im Sinne von "nur selten" zu verstehen; er könnte auch lediglich auf den Umstand aufmerksam machen, dass bereits aus systematischen Gründen – kein Neuheitserfordernis im Urheberrecht; Sperrwirkung des Schutzes nur im Designrecht – keine vollständige Überlagerung stattfinden kann."

23 Vgl. Ringnalda in zijn noot bij HvJ EU 12 september 2019, ECLI:EU:C:2019:721, *BIE* 2019/27 (*Cofemel*), p. 342.

24 Zie ook Kur, '„Alles wie gehabt“ im Verhältnis von Urheberrecht und Designschutz – oder etwa doch nicht?', *GRUR* 2024/243, p. 246.

25 Richtlijn 2024/282; verordening 2024/282. Vgl. in dit opzicht ook cons. nr. 12 Modellenrichtlijn en cons. nr. 36 Modellenverordening.

26 Vgl. A-G Szpunar in zijn conclusie bij het arrest, in het bijzonder punt 36. Anders, en aldus instemmend t.a.v. de beschrijvende lezing van het BGH: Von Welser, 'Anforderungen des europäischen Urheberrechts an Werke der angewandten Kunst', *NJW* 2024/722, p. 725.

27 Daarbij zij wel opgemerkt dat het HvJ EU er niet vies van is om zich te bemoeien met de feitelijke uitkomst van zaken, ondanks dat dit niet tot zijn takenpakket behoort. Berucht is zijn mededeling aan het publiek-rechtspraak, waar het te pas en te onpas aan nationale rechters meegeeft hoe een zaak feitelijk moet worden opgelost (al doet het dit wel altijd onder de dekmantel dat het aan de nationale rechter is om dat feitelijke oordeel te verifiëren).

hebben, auteursrechtelijk beschermd zijn. Dit is begrijpelijk, omdat moeilijk is voor te stellen dat in feitelijke zin slechts enkele gevallen van cumulatie optreden als géén kwalitatief artistiek vereiste wordt gesteld voor de auteursrechtelijke bescherming van gebruiksvoorwerpen. Maar van het vereisen van een bepaald artistiek gehalte dat ‘*in besonderem Maße*’ oplettend moet worden getoetst bij gebruiksvoorwerpen – bijvoorbeeld via een uitleg van wat het betekent om een creatieve keuze te maken – lijkt het HvJ EU in *Mio* (en overigens ook al in andere rechtspraak)²⁸ niets te willen weten:²⁹ i) hogere eisen voor werken van toegepaste kunst zijn niet toegestaan (r.o. 58), ii) artistieke of esthetische overwegingen maken louter deel uit van de creatieve activiteit (r.o. 67),³⁰ iii) ook een voorwerp dat bestaat uit een schikking van uitsluitend reeds bekende vormen kan auteursrechtelijk beschermd zijn (r.o. 78) en iv) de presentatie in een museum of de erkenning van het voorwerp in vakkringen, is ‘noch noodzakelijk noch doorslaggevend’ (r.o. 81).

Noemenswaardig is in dit kader ook dat het HvJ EU in r.o. 65 weliswaar overweegt dat creativiteit niet mag worden verondersteld, zelfs niet wanneer de auteur keuzen heeft gemaakt die niet door technische of andere beperkingen zijn ingegeven (zie straks ook paragraaf 5), maar over-

weegt zij tevens – in afwijking van haar A-G³¹ – dat dit uitgangspunt niet specifiek beperkt is tot gebruiksvoorwerpen. Tevens noemenswaardig en mijns inziens tekenend is dat de A-G in zijn uiteenzetting van het algemene kader van het geharmoniseerde werkbegrip stelt dat vrije keuzes die ‘volstrekt onbeduidend zijn of banaal’, niet creatief zijn.³² Deze stelling van de A-G vraagt mijns inziens van een feitenrechter dat hij een normatief (en uiteindelijk: subjectief) waardeoordeel velt over het werk in kwestie: ‘banaal’ betekent immers letterlijk ‘afgezaagd, alledaags of plat’ en ‘onbeduidend’ betekent ‘nietsbetekenend, onbetekenend, prullig, nietswaardig’.³³ De A-G vraagt de feitenrechter aldus om na te gaan of een vrije keuze min of meer gewoontjes is c.q. weinig indrukwekkend, welk oordeel niet kan worden gegeven zonder een (subjectief vast te stellen) bepaald gehalte aan creativiteit te vergen (welk gehalte een vrije keuze verheft van ‘gewoontjes’ naar ‘creatief’). Opvallend is dat het HvJ EU vrijwel het volledige algemene kader over het werkbegrip van zijn A-G overneemt, maar dat de woorden ‘onbeduidend’ en ‘banaal’ schitteren in afwezigheid in het arrest, hetgeen wederom past bij de opvatting dat waardeoordelen niet passend zijn ter vaststelling van oorspronkelijkheid c.q. creativiteit.

Al met al komt het erop neer dat de hiervoor aangehaalde, tot aan *Mio* gehanteerde, ‘*in besonderem Maße*’-maatstaf van het BGH onhoudbaar is (zie straks paragraaf 5 nog uitgebreid over het in diezelfde maatstaf gehanteerde criterium van ‘*künstlerische Gestaltung*’).

4.2 ‘Uniek’

Ook het woord ‘uniek’ in r.o. 55 van *Mio* zorgt voor onduidelijkheid. Dit woord kan namelijk grammaticaal zo worden gelezen dat het een extra eis is voor auteursrechtelijke bescherming: een auteur dient niet slechts een ‘gewoon’ werk te maken dat zijn persoonlijkheid weerspiegelt, maar een *uniek* werk. Een dergelijke lezing sluit aan bij het begrip in sommige lidstaten dat het woord ‘uniek’ een apart en vooral ook zwaarder criterium is voor bescherming; zoals benoemd in paragraaf 3 is Tsjechië een voorbeeld hiervan.

Deze lezing moet mijns inziens echter van de hand worden gewezen. Het woord ‘uniek’ komt in deze zaak voor het eerst voor in de verwijzingsbeslissing van de Zweedse

28 Zie bijv. HvJ EU 1 december 2011, ECLI:EU:C:2011:798 (*Painer*), r.o. 90, waar het HvJ EU oordeelt dat voor auteursrecht op portretfoto's geldt dat creativiteit tot uiting kan worden gebracht in de inscenering, de pose van de te fotograferen persoon, de belichting, de camera-instelling, de invalshoek, de gecreëerde sfeer en de nabewerking, zonder daarbij relevant te achten of die keuzes ook leiden tot een bepaalde kwalitatief gehalte van het werk c.q. een bepaald esthetisch of artistiek gehalte van de portretfoto. Ook veelzeggend is dat de Portugese verwijzende rechter in het *Cofemel*-arrest aan het HvJ EU had voorgelegd of het EU-recht toestaat dat gebruiksvoorwerpen alleen auteursrechtelijk beschermd kunnen worden indien zij na een zeer grondige beoordeling van het artistieke karakter ervan en rekening houdend met de heersende ideeën in culturele en institutionele kringen de kwalificatie als ‘artistieke creatie’ of ‘kunstwerk’ verdienen (r.o. 25), en het HvJ EU deze vraag niet aangrijpt om een kwalitatief vereiste van een bepaald artistiek gehalte als maatstaf te hanteren voor bescherming, hetgeen wel voor de hand had gelegen had het HvJ EU gemeend dat een dergelijk vereiste verenigbaar is met het Europees geharmoniseerde werkbegrip; zie hierover ook Hollenders, ‘Sandalen als Spiegel der Persönlichkeit? Kein Urheberrechtsschutz für Birkenstock’, *ZUM* 2025/448, p. 450; Kur, ‘„Alles wie gehabt“ im Verhältnis von Urheberrecht und Designschutz – oder etwa doch nicht?’, *GRUR* 2024/243, p. 244; zie ook p. 246.

29 Zie in deze zin ook, naar aanleiding van het *Mio*-arrest, Nordemann, ‘Das Ende von Gestaltungshöhe und Gesamteindruck im Urheberrecht’, *GRUR* 2026/32, i.h.b. p. 32–34.

30 Het HvJ EU overweegt in r.o. 67 verder dat een artistiek of esthetisch effect, hoe dan ook niet behulpzaam is om vast te stellen of een voorwerp een intellectuele schepping is die de keuzevrijheid en de persoonlijkheid van de auteur ervan weerspiegelt. Anders verwoord: het doet er niet toe of een voorwerp er esthetisch of artistiek uitziet (een criterium dat overigens ook meteen de vraag oproept voor wie het er dan esthetisch of artistiek uit moet zien).

31 Zie A-G Szpunar in punt 42 van zijn conclusie bij het arrest: “De rechter die over de oorspronkelijkheid van een dergelijk voorwerp moet oordelen, moet dus deze creatieve keuzen in de vorm van het voorwerp onderzoeken en vaststellen om te kunnen verklaren dat het voorwerp auteursrechtelijk is beschermd. *Anders dan bij andere categorieën werken, waarbij de keuze om iets te maken op zich reeds een creatieve keuze is, is er in het geval van werken van toegepaste kunst geen sprake van een dergelijk vermoeden.* Het feit dat de maker van een gebruiksvoorwerp keuzen heeft gemaakt die niet zijn ingegeven door technische of andere beperkingen, leidt met name niet tot het vermoeden dat deze keuzen van creatieve aard zijn in de zin van het auteursrecht.”

32 A-G Szpunar in punt 31 van zijn conclusie. Deze stelling van de A-G doet denken aan het oordeel van de Hoge Raad in HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra*), r.o. 4.5.1, dat keuzes die ‘banaal of triviaal’ zijn, niet creatief zijn.

33 Aldus de Dikke van Dale.

rechter, als hij beschrijft dat in Zweden en Duitsland – althans in het verleden – onder het begrip ‘originaliteit’ moet worden verstaan dat “het voorwerp een zeker eigen karakter moet hebben en enigszins uniek moet zijn.”³⁴ Of, anders gezegd, het moet gaan om een voorwerp dat een zekere mate van onafhankelijkheid en originaliteit heeft bereikt en uitdrukking geeft aan de eigenheid van de auteur.³⁵ Dit criterium schakelt de Zweedse rechter gelijk met de bekende Duitse (en Zweedse) eis dat het voorwerp ‘een zekere mate van artistieke’ vertoont³⁶ c.q. ‘een artistieke verwezenlijking is en uitdrukking geeft aan een artistieke inspanning.’³⁷ Vervolgens gebruikt ook A-G Szpunar het tot dan toe voor het Europese auteursrecht onbekende woord ‘uniek’ in zijn conclusie, maar laat hij de historische c.q. nationale lading die de Zweedse rechter aan dit woord geeft, achterwege. Volgens de A-G is namelijk sprake van een voorwerp met een ‘uniek’ karakter als het de persoonlijkheid van de auteur weerspiegelt.³⁸ ‘Uniek’ betekent voor de A-G dus niet meer of minder dan dat een voorwerp voldoet aan de werktoets.

Het is volgens mij dit gebruik van het woord ‘uniek’ dat ook het HvJ EU hanteert. In r.o. 55 lijkt het woord grammaticaal een extra eis te suggereren, maar in r.o. 82 en het dictum onder 2 verduidelijkt het HvJ EU dat een voorwerp ‘uniek’ is als het de persoonlijkheid van de auteur weerspiegelt.³⁹ Dat lijkt mij klip en klaar, te meer omdat een uitleg van het woord ‘uniek’ die erop neerkomt dat een extra, zwaardere eis wordt gesteld, onverenigbaar is met het oordeel van het HvJ EU dat de “voorwaarde dat de persoonlijkheid van de auteur wordt weerspiegeld in het voorwerp waarvoor bescherming wordt gevraagd, doordat uiting wordt gegeven aan de vrije en creatieve keuzen van die auteur, [...] in het Unierecht [...] doorslaggevend [is] voor ‘oorspronkelijkheid’ en bijgevolg voor auteursrechtelijke bescherming (r.o. 50).” Dit is eens te meer het geval omdat het HvJ EU aangeeft dat het auteursrecht geen nieuwerheidsvereiste kent en een werk ook kan ontstaan wanneer een derde onafhankelijk al eerder een gelijkend of zelfs eenzelfde voorwerp heeft gemaakt (r.o. 80), hetgeen onverenigbaar is met een grammaticale uitleg van het woord ‘uniek’ als extra vereiste (‘uniek’ betekent – aldus de Dikke van Dale – immers letterlijk “waarvan geen tweede exemplaar bestaat”).⁴⁰

Al met al is de term ‘uniek’ niets meer dan een manier om te zeggen dat voor auteursrechtelijke bescherming een voorwerp moet voldoen aan de vereisten van de werktoets, op een soortgelijke manier als ‘verdienen’, ‘bepaalde gevallen’ en de waarschuwing dat het auteursrecht het doel en doelmatigheid van het modellenrecht niet mag ondermijnen, niets meer zijn dan manieren om te zeggen dat het auteursrecht en het modellenrecht autonome rechtsgebieden zijn met hun eigen voorwaarden voor bescherming. Waarom het HvJ EU deze relatief rechtlijnige boodschap brengt middels een onnavolgbaar gegoochel en gestoei met een steeds uitdijende catalogus aan belangwekkend ogende termen als ‘verdienen’, ‘bepaalde gevallen’ en ‘uniek’? Joost mag het weten. Kwalijk en schadelijk is het wel. Het lijkt wel alsof het HvJ EU het erom doet en niet maalt om het feit dat dit soort semantisch gehannes leidt tot rechtsonzekerheid. Het kwalijke eraan is voorts dat dit een van de belangrijkste redenen is dat *Mio* (en eerder ook *Cofemel*) waarschijnlijk niet zal leiden tot daadwerkelijke harmonisatie in de EU, omdat de onnodige verwarring die wordt veroorzaakt alle lidstaten de gelegenheid biedt om precies in het arrest te lezen wat ze erin willen lezen.⁴¹

5. De inhoud van het werkbegrip: wat is ‘oorspronkelijkheid’?

Ondanks al deze onnodig veroorzaakte ruis op de lijn is dus duidelijk dat louter relevant is voor het aannemen van oorspronkelijkheid dat een werk ‘een eigen intellectuele schepping’ is, waarbij doorslaggevend is dat “de persoonlijkheid van de auteur wordt weerspiegeld in het voorwerp waarvoor bescherming wordt gevraagd, doordat uiting wordt gegeven aan de vrije en creatieve keuzen van die auteur (r.o. 50).” Maar wat dit precies betekent, is en blijft onduidelijk. A-G Szpunar gooide op dit punt zijn handen haast als verslagen in de lucht, toen hij met bijna hoorbare verzuchting verklaarde dat “in dit stadium in abstracto geen verdere verduidelijking kan worden gegeven. Het begrip ‘oorspronkelijkheid’ is immers een zeer algemeen, om niet te zeggen vaag, begrip, dat is bestemd om te worden toegepast op voorwerpen van zeer uiteenlopende aard, waardoor het zich niet goed leent voor een

34 Zie over de fascinerende oorsprong en verdere geschiedenis van het uniciteitsbegrip in het Zweedse auteursrecht o.a. Schovsbo & Rosenmeier, ‘The Copyright/Design Interface in Scandinavia’, in: E. Derclaye (red.), *The Copyright/Design Interface*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 119 e.v.

35 Nr. 16 van de verwijzingsbeslissing.

36 Nr. 16 van de verwijzingsbeslissing.

37 Nr. 17 van de verwijzingsbeslissing.

38 A-G Szpunar in punt 30, 56, 60, 62, 67 en 74 onder 2 van zijn conclusie bij het arrest.

39 Het HvJ EU bezigt het woord ‘uniek’ ook in r.o. 32, doch daar betreft het louter een *copy-paste* van wat de Zweedse rechter in nr. 16 van zijn verwijzingsbeslissing zegt.

40 Zie reeds al eerder helder: Härkönen, ‘A Narrative Approach to the Standard of Originality in EU Copyright Law: The Story of a Dress’, *IIC* 2025/56, p. 309: “The similarity of one work to another is not necessarily an indication of lack of originality, because *originality is not about uniqueness*.”

41 Iets wat elke lidstaat in de EU maar wat graag doet, vgl. Torenbosch, ‘Harmonisatie en het Teddybeer-effect’, *AR* 2024/3. Zie in dit opzicht reeds, naar aanleiding van het begrip ‘uniek’: Abrar, ‘Die Originalitäts- und Verletzungsprüfung bei Werken der angewandten Kunst im Urheberrecht nach der “Mio/konektra“-Entscheidung des EuGH’, *GRUR-Prax* 2026/1, p. 6 e.v., in het bijzonder nr. 17: “Zugleich deutet “*einzigartig*” darauf hin, dass die Prüfung der Gestaltungshöhe bei Werken der angewandten Kunst, wie auch bei allen anderen Werkarten, einem eher strengen Maßstab unterliegt und nicht zu großzügig bejaht werden darf.” De onduidelijkheid die het woord ‘uniek’ veroorzaakt wordt vervolgens in datzelfde nr. 17 gretig aangegrepen om te betogen dat “Bei der Prüfung der Originalität [...] der BGH also nicht strenger [ist] als der EuGH, anders als dies in der Literatur zum Teil angenommen wird.” De auteur gaat zelfs verder, door te stellen dat vanwege het woord ‘uniek’, “Man [...] den EuGH sogar als noch strenger verstehen [kann].” Zie ook nr. 31 van het artikel.

strikte en systematische definitie in de rechtspraak [...]."⁴² Ook het HvJ EU blijft, in navolging van zijn A-G, vaag over wat precies 'oorspronkelijkheid' is. Als in een oneindige cirkelredenering blijft het voor de definitie van de door hem gehanteerde begrippen verwijzen naar andere begrippen zonder duidelijke definitie: 'oorspronkelijkheid' is hetzelfde als 'een eigen intellectuele schepping', en dat vereist een 'weerspiegeling van de persoonlijkheid', wat inhoudt dat 'vrije én creatieve keuzes' zijn gemaakt, want dan is een voorwerp 'oorspronkelijk', etc. etc. Eufemistisch uitgedrukt is deze vaagheid jammer te noemen: zoals eerder benoemd in paragraaf 4.2, is het centrale twistpunt t.a.v. het Europees geharmoniseerde werkbegrip namelijk niet wat de maatstaf is (namelijk: EIS), maar of deze maatstaf wel of niet een inhoudelijk zwaar criterium is. Zo hanteren wij in Nederland traditioneel een (zeer) lage drempel,⁴³ die tot een praktijk heeft geleid⁴⁴ waar zodra bij de totstandkoming van een object enige (niet uitsluitend technische of door regels bepaalde) vrije c.q. subjectieve keuzes zijn gemaakt, al sprake is van een werk.⁴⁵ Dit Nederlandse pré harmonisatie criterium van het eigen oorspronkelijk karakter en de persoonlijke stempel van de maker (EOK&PS) is volgens de Hoge Raad hetzelfde als het EIS-criterium van het HvJ EU (EOK&PS = EIS),⁴⁶ wat impliceert dat ook het EIS-criterium een (zeer)

lage lat zou zijn.⁴⁷ Ook in landen die traditioneel de lat voor het aannemen van oorspronkelijkheid hoger leggen – vrijwel altijd in het bijzonder voor gebruiksvoorwerpen – ging de juridische trukendoos open om te kunnen rechtvaardigen dat met de komst van de volledig geharmoniseerde EIS-maatstaf in 2009⁴⁸ niets hoefde te veranderen. Zo gold in Duitsland vroeger de zogeheten *Stufentheorie*, wat inhield dat voor werken van toegepaste kunst een extra vereiste voor bescherming gold, namelijk dat zij "*deutliches Übertreffen der Durchschnittsgestaltung*".⁴⁹ Deze *Stufentheorie* heeft het BGH in 2013 expliciet verlaten in het *Geburtsstagszug*-arrest,⁵⁰ maar de terminologie die gebruikelijk was om het extra vereiste in die *Stufentheorie* onder woorden te brengen, heeft het BGH in wezen behouden bij zijn uitleg en invulling van de geharmoniseerde EIS-maatstaf.⁵¹ Anders verwoord: wat vroeger een extra vereiste was, is ná het arrest *Geburtsstagszug* in wezen ondergebracht in de uitleg van (vage) begrippen als 'creatief' (wat volgens het BGH hetzelfde zou betekenen als kunstzinnig) en 'de persoonlijkheid van de auteur weerspiege-

42 A-G Szpunar in punt 40 van zijn conclusie bij het arrest. Iets minder verlagen, doch ook van mening dat het oorspronkelijkheidsbegrip subjectief is, is bijv. A-G Wathelet in voetnoot 31 van zijn conclusie bij HvJ EU 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:618 (*Heksenkaas*): "[...] de beoordeling van de oorspronkelijkheid [...], die kan leiden tot uiteenlopende opvattingen en die een zekere mate van subjectiviteit impliceert."

43 Zie o.a. HR 24 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7508 (*Technip*); HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra*), r.o. 4.5.1. Zie over dit laatste arrest treffend Quaadvlieg, 'The tripod of originality and the concept of work in Dutch and European copyright', *GRUR Int.* 2014, p. 1110: "In *Endstra* [...] the Dutch Supreme Court fixed the minimum level of originality at a level approaching the 'absolute zero'." Zie ook Quaadvlieg, 'Auteursrecht op geklets', in: Baas e.a. (red.), *Rechtspleging en rechtsbescherming. Liber amicorum voor prof. dr. Leny E. de Groot-van Leeuwen*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 66-69.

44 Zie hierover eerder, met verwijzing naar relevante bronnen, mijn noot bij Rb. Midden-Nederland 19 juli 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:4318, *IER* 2024/38 (*Boska/Plus*), p. 407.

45 Zij er wel op gewezen dat er een lezing mogelijk is van voornamelijk HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra*), waarin banaliteit slechts als ondergrens geldt. In r.o. 4.5.1 van dit arrest overweegt de Hoge Raad immers dat *in elk geval* al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt te aan te wijzen, is uitgesloten van bescherming. Dit staat grammaticaal een lezing toe die ruimte laat voor de opvatting dat ook niet-triviale en/of banale keuzes niet (automatisch) creatief (hoeven te) zijn. Zie hierover o.a. Teunissen, 'De werken van anderen. Auteursrechtelijke bescherming van ongepubliceerd werk', *AR* 2025/2, p. 72, met verwijzing naar Quaadvlieg, 'Auteursrecht', in: Quaadvlieg, Van Leent & Teunissen (reds.), *Intellectuele Eigendom*, Enschede: Academic Store 2021, p. 137-139. Deze alternatieve lezing laat natuurlijk onverlet dat de praktische toepassing van EOK&PS heeft geleid tot een wel heel lage lat voor auteursrechtelijke bescherming, die decennialang Nederlandse rechtbanken en hoven heeft bewogen tot het wel heel makkelijk toekennen van auteursrechtelijke bescherming, hetgeen de Hoge Raad bij gelegenheid nooit aan heeft getornd (en klaarblijkelijk ook nooit aan heeft willen tornen). Bovendien is deze alternatieve lezing mijns inziens moeilijk verenigbaar met andere arresten van de Hoge Raad waaruit de lage lat (ook) blijkt, in het bijzonder HR 24 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7508 (*Technip*).

46 HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532 (*Stokke/Fikszo*), r.o. 4.2, onder a.

47 Mijns inziens was het overigens niet aan de Hoge Raad om dit te oordelen, maar had dit moeten worden voorgelegd aan het HvJ EU.

48 HvJ EU 16 juli 2009, ECLI:EU:C:2009:465 (*Infopaq*).

49 Zie o.a. BGH 22 juni 1995, I ZR 119/93, *GRUR* 1995/581 (*Silberdistel*): "*Da sich bereits die geschmacksmusterschutzfähige Gestaltung von der nicht geschützten Durchschnittsgestaltung, dem rein Handwerksmäßigen und Alltäglichen abheben muß, ist für die Urheberrechtsschutzfähigkeit ein noch weiterer Abstand, das heißt ein deutliches Übertreffen der Durchschnittsgestaltung zu fordern (vgl. BGHZ 94, 276, 287 3- Inkasso Programm). Für den Urheberrechtsschutz ist danach ein höherer schöpferischer Eigentümlichkeitsgrad als bei nur geschmacksmusterfähigen Gegenständen zu verlangen, wobei die Grenze zwischen beiden nicht zu niedrig angesetzt werden darf.*" Zie uitgebreid over de boeiende, diep in historie en cultuur gewortelde oorsprong van de *Stufentheorie*: Ohly, 'The Case for Partial Cumulation in Germany', in: E. Derclaye (red.), *The Copyright/Design Interface*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, in het bijzonder p. 154 e.v.

50 BGH 13 november 2013, I ZR 143/12 (*Geburtsstagszug*).

51 Zo oordeelde het BGH bijv. in het *Silberdistel*-arrest (voetnoot 49) dat in de *Stufentheorie* geldt dat "*Für den Urheberrechtsschutz ist danach ein höherer schöpferischer Eigentümlichkeitsgrad als bei nur geschmacksmusterfähigen Gegenständen zu verlangen, wobei die Grenze zwischen beiden nicht zu niedrig angesetzt werden darf.*", terwijl het BGH tegenwoordig – met de *Stufentheorie* officieel achter zich gelaten – van oordeel is dat voor gebruiksvoorwerpen geldt dat "*durch den Gebrauchszweck bedingte Gestaltungsmerkmale aufweisen, ist der Spielraum für eine künstlerische Gestaltung jedoch regelmäßig eingeschränkt. Deshalb stellt sich bei ihnen in besonderem Maße die Frage, ob sie über ihre von der Funktion vorgegebene Form hinaus künstlerisch gestaltet sind und diese Gestaltung eine Gestaltungshöhe erreicht, die Urheberrechtsschutz rechtfertigt.*" zie BGH 20 februari 2025, I ZR 16/24, I ZR 17/24 en I ZR 18/24 (*Birkenstock*), randnr. 19. Zie ook randnr. 26, waar het BGH zijn vaste rechtspraak herhaalt dat een "*nicht zu geringe Gestaltungshöhe zu fordern ist.*"

len'.⁵² Het is deze juridische truc – in wezen de Duitse variant van onze 'EOK&PS = EIS' – die maakt dat in Duitsland⁵³ tot op de dag van vandaag wordt volgehouden dat het in overeenstemming is met het EU-recht dat alleen gebruiksvoorwerpen die naar de opvatting van kunstkringen artistiek zijn (een '*künstlerische Gestaltung*' hebben), auteursrechtelijk worden beschermd.⁵⁴ Deze benadering komt er op neer dat gebruiksvoorwerpen achter een rookgordijn van formele gelijkheid, *de facto* (nog steeds) aan een andere (strengere) maatstaf moeten voldoen dan andere type voorwerpen.⁵⁵

Zoals gezegd blijft het HvJ EU tamelijk vaag over de inhoud van de EIS-maatstaf. Toch staan we na *Mio* niet met volledig lege handen: er zijn de nodige puzzelstukjes in de

uitspraak die mijns inziens in ieder geval duidelijk maken welke toepassingen en invullingen van het begrip oorspronkelijkheid niet in overeenstemming zijn met de EIS-maatstaf. Zoals reeds benoemd op het einde van paragraaf 4.1, maakt het HvJ EU in *Mio* volgens mij genoeg duidelijk dat EIS in ieder geval géén maatstaf is die voor bescherming een bepaalde mate van artistiek gehalte vereist.⁵⁶ Daarmee weten we nog niet wat EIS wél vereist, maar is in ieder geval duidelijk dat bijvoorbeeld de huidige Duitse opvatting onjuist is. Voor wie twijfelt op dit punt, kan een expliciete doodsteek voor de Duitse opvatting gevonden worden in r.o. 81 van *Mio*. Fundamenteel aan de Duitse opvatting is immers dat alleen gebruiksvoorwerpen die naar de opvatting van kunstkringen artistiek zijn, auteursrechtelijk worden beschermd, terwijl het HvJ EU in r.o. 81 nu juist oordeelt dat de erkenning van een voorwerp in vakkringen – als omstandigheid die pas na de creatie van het voorwerp kan ontstaan⁵⁷ – 'noch noodzakelijk noch doorslaggevend' is. Daar is geen woord Chinees bij.⁵⁸ Nordemann, in een van de eerste verschenen Duitse commentaren op het *Mio*-arrest, trekt deze conclusie overigens ook. In niet mis te verstane woorden concludeert hij "*das Urteil des EuGH kommt einer kleinen Revolution gleich. Zukünftig wird es die Anforderung der Gestaltungshöhe nicht mehr geben, die für Kunst empfänglichen und mit Kun-*

52 Zie hierover ook Kur, 'Unité de l'art ohne cumul total (?) – das Verhältnis von Urheber- und Designrecht nach der Rechtsprechung des EuGH', *ZUM* 2025/759, p. 763: "Als Erstes wäre daran zu denken, sich offen zu einer stärker qualitätsorientierten Betrachtung zu bekennen, die im Ergebnis auf eine modifizierte Stufentheorie hinauslaufen würde. Zwar hat der BGH diesen Ansatz in »Geburtsstageszug« explizit aufgegeben; angesichts der weitgehenden Beibehaltung der bereits unter der Stufentheorie gebräuchlichen Terminologie einschließlich der Delegation der Entscheidung darüber, ob ein für die Qualifizierung als »künstlerisch« ausreichender Grad an »ästhetischem Gehalt« erreicht sei, an die »für Kunst empfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Kreise« lässt sich jedoch bezweifeln, ob dies tatsächlich zu einem konsequenten Abrücken von den zuvor angewandten Maßstäben geführt hat." Vgl. ook Ohly, 'Der Schutz von Produktgestaltungen im Spannungsfeld von gewerblichem Rechtsschutz, Urheberrecht und Lauterkeitsrecht', *GRUR* 2025/23, p. 28, die aangeeft dat het BGH "[...] die "Stufentheorie" nur halbherzig aufgegeben [hat]." Zie voorts Ohly, 'The Case for Partial Cumulation in Germany', in: E. Derclaye (red.), *The Copyright/Design Interface*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 160-161.

53 Dit gebeurt ook elders in de EU, zie o.a. Derclaye, 'The Status of Three-Dimensional Functional Works Post-Cofemel: An Empirical Analysis of the Member States' Case Law', in: F. Thouvenin e.a. (red.), *Kreation Innovation Märkte*, Berlijn: Springer Nature 2024 en Scheurwater, 'Cumulatie van het auteursrecht en het merkenrecht: kan vormgeving dubbele bescherming genieten?', *BIE* 2025/2, par. 2.3. Een sprekend voorbeeld is het in dit artikel eerder aangehaalde Tsjechië. Zoals besproken (par. 3) staat in Tsjechië nog steeds in de wet dat voor bepaalde type voorwerpen, waaronder werken van toegepaste kunst, het vereiste van uniciteit geldt, hetgeen naar Tsjechisch recht een hogere lat is dan 'gewone' creativiteit. Dit is zoals gezegd in strijd met het EU-recht. Maar met goedkeuring van de Tsjechische Hoge Raad heeft het Hof Praag met een *slight of hand* het uniciteitscriterium gered door – u raadt het vast al – te oordelen dat de EIS-maatstaf in wezen inhoudt dat een voorwerp ook uniek moet zijn op de manier zoals de Tsjechen dat altijd begrepen en gehanteerd hebben als criterium; zie hierover Bird & Bird IP Team, 'Round-up of national decisions on copyright protection of works of applied art 2023', *JIPPLP* 2024/3, p. 218-219. Een klacht van Skoda bij het Tsjechische grondwettelijk Hof – de Ústavního soud – strandde overigens: Ústavního soud 13 februari 2024, darts-937-597-S-cs-2.

54 Zie bijv. wel heel stellig Stieper, 'Der europäische Werkbegriff bei Werken der angewandten Kunst', *GRUR* 2024/104, p. 107: "Auch nach den Urteilen "Cofemel" und "Brompton" muss der Urheberrechtsschutz solchen Gestaltungen vorbehalten bleiben, die das Ergebnis der Ausübung künstlerischer Freiheit sind und über den bloßen Massengeschmack hinaus die Persönlichkeit der Schöpferin widerspiegeln. Daran werden die Vorabentscheidungsersuchen des BGH im Fall "USM Haller" wie des Svea hovrätt im Fall "Mio/Asplund" nichts ändern."

55 Vgl in dit kader o.a. Ohly, 'The Case for Partial Cumulation in Germany', in: E. Derclaye (red.), *The Copyright/Design Interface*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 161, waar hij opmerkt dat dat ook na BGH 13 november 2013, I ZR 143/12 (*Geburtsstageszug*) "it can also be argued that there is still a difference between works of applied art and other types of works: with regard to literary works, for example, German courts have never enquired whether, according to members of the public reasonably familiar with novels and poems, a text can be referred to as literature."

56 Zie ook A-G Szpunar in punt 43 van zijn conclusie: "De term 'artistiek' wordt [...] geassocieerd met een waardeoordeel, in de zin van een relatief hoge mate van artistieke prestatie. Dergelijke oordelen zijn echter niet relevant in het auteursrecht: de bescherming is geenszins afhankelijk van de artistieke (of andere) kwaliteit van het werk, ook niet in het geval van werken van toegepaste kunst [...]."

57 R.o. 77 van *Mio*, met verwijzing naar HvJ EU 11 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:461 (*Brompton*), r.o. 37.

58 Mijn enige grief tegen deze overweging is dat het van mij wel iets sterker geformuleerd had mogen worden; als omstandigheid die per definitie pas na de creatie van het voorwerp kan ontstaan, is het volgens mij nooit het geval dat de erkenning in vakkringen (of de presentatie in kunsttentoonstellingen of musea) relevant kan zijn (ook niet als niet-doorslaggevende omstandigheid). De voorzichtige formulering van het HvJ EU zal in Duitsland door sommigen ongetwijfeld worden aangegrepen om te betogen dat het Duitse criterium niet de prullenbak in hoeft. Een voorbode hiervan was Haberstumpf, 'Neue Fragen zum urheberrechtlichen Werkbegriff', *ZUM* 2024/267, p. 267, en een verwezenlijking hiervan is Abrar, 'Die Originalitäts- und Verletzungsprüfung bei Werken der angewandten Kunst im Urheberrecht nach der "Mio/konekra"-Entscheidung des EuGH', *GRUR-Prax* 2026/1, p. 6, nr. 20, waar de auteur betoogt dat ook post *Mio* de erkenning in vakkringen en presentatie in musea of tentoonstellingen een aanwijzing voor oorspronkelijkheid kunnen zijn (zie ook Raue, 'Der objektive Werkbegriff und Schutzzumfang des Unionsurheberrechts', *ZUM* 2026/2, p. 77-78). In ander (mijns inziens overtuigender) Duits commentaar naar aanleiding van *Mio* wordt overigens in niet mis te verstane woorden de conclusie getrokken dat "*die für Kunst empfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Kreise sind in den Ruhestand geschickt worden*". Zie volgende voetnoot en ook de hoofdtekst.

stanschauungen einigermaßen vertrauten Kreise sind in den Ruhestand geschickt worden [...].”⁵⁹

Maar dat de Duitse opvatting over de inhoud van de EIS-maatstaf onjuist is, betekent niet dat de traditionele lage EOK&PS-lat datgene is wat het HvJ EU voor ogen heeft. Sterker: met dezelfde zekerheid dat uit *Mio* volgt dat de Duitse opvatting onjuist is, is ook onze traditionele Nederlandse opvatting volgens mij ten grave gedragen. Zoals gezegd komt de wel heel lage Nederlandse EOK&PS-lat er namelijk *de facto* op neer dat wanneer bij de totstandkoming van een object enige (niet uitsluitend technische of door regels bepaalde) vrije c.q. subjectieve keuzes zijn gemaakt, al sprake is van een werk.⁶⁰ De schijnbare redenering hierachter is dat wanneer een auteur de vrijheid heeft om keuzes te maken en die vrijheid benut, dit gelijkstaat aan de uiting van creativiteit die beschermd dient te worden via het auteursrecht. Anders verwoord: er wordt traditioneel in het Nederlandse auteursrecht verondersteld dat een vrije keuze ook een creatieve keuze is. Maar deze vlieger gaat volgens het HvJ EU niet op: vrije keuzes zijn niet hetzelfde als creatieve keuzes, omdat een vrije keuze niet per se ertoe leidt dat de persoonlijkheid van de maker wordt weerspiegeld in het voorwerp (r.o. 82). Om deze reden mag niet worden verondersteld dat een vrije keuze ook creatief is (r.o. 65). Ook daar is geen woord Chinees bij.

In een eerdere noot in dit blad heb ik beschreven hoe sinds 2022 Nederlandse feitenrechters – voor Nederlandse begrippen – opvallend streng beoordelen of gebruiksvoorwerpen in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming. In afwijking van de Nederlandse traditie wordt

niet langer aangenomen dat vrije keuzes automatisch ook creatieve keuzes zijn.⁶¹ Die strengere lijn in de feitenrecht-spraak lijkt mij in algemene zin gevalideerd te worden in *Mio*. Wel zijn een aantal kanttekeningen daarbij op zijn plaats.

Allereerst volgt uit *Mio* dat het inhoudelijke zwaartepunt van het aantonen van een ‘eigen intellectuele schepping’ zit in de bewijslast. Eisers moeten aantonen waarom de gemaakte vrije keuzes de persoonlijkheid van de maker weerspiegelen en dus hoe de stap van vrijheid naar creativiteit is gezet.⁶² Anders verwoord: uit *Mio* blijkt dat het verschil tussen vrijheid en creativiteit zit in het – in de woorden van het HvJ EU – doorslaggevende(!) vereiste dat ‘de persoonlijkheid van de auteur wordt weerspiegeld in het voorwerp’ (r.o. 50) en het is dit doorslaggevende vereiste dat een serieuze onderbouwing vraagt (r.o. 65). Het is door deze bril dat het HvJ EU verduidelijkt dat: i) bij de beoordeling van oorspronkelijkheid rekening moet worden gehouden met de specifieke aard van het werk in kwestie en de functionaliteit en/of regels die de keuzeruimte en de (vrije) keuzes bij dat soort type voorwerpen beperken of dicteren (r.o. 62); ii) ook een vorm die uitsluitend uit beschikbare vormen bestaat oorspronkelijk kan zijn, als de auteur zijn creativiteit tot uitdrukking brengt in de schikking van die vormen (r.o. 78); iii) wanneer een auteur een variant maakt van zijn eigen werk, deze variant *per definitie* oorspronkelijk is als het bewerkte werk dat ook is; de overgenomen creatieve elementen zijn immers ook in de variant, elementen die de persoonlijkheid van de maker weerspiegelen (r.o. 78); iv) wanneer een auteur zich laat inspireren door het werk van een ander, is zijn werk echter alleen beschermd als zijn persoonlijkheid wordt weerspiegeld door wat hij toevoegt/anders doet t.o.v. het werk van die andere auteur (r.o. 78); v) hoewel niet uitgesloten, het bestaan van een soortgelijk of identiek voorwerp van vóór de schepping van het werk in kwestie, een indicatie is van de lage graad of zelfs het ontbreken van oorspronkelijkheid; het is in dit geval immer onwaarschijnlijk dat de (vrije) keuzes van de auteur ook zijn persoonlijkheid weerspiegelen (r.o. 79).

Ten tweede verdient benadrukking dat, om het niemandslan tussen vrijheid en creativiteit te overbruggen, niet stiekem tóch een bepaald esthetisch of artistiek gehalte mag worden vereist⁶³ (vgl. het einde van paragraaf 4.1) c.q. dat een rechter er in wezen belang aan hecht of het resultaat van de gemaakte keuzes in zijn ogen het wel of niet (in normatieve zin) ‘verdient’ om als werk te worden gekwalificeerd. Of een rechter dit wel of niet doet, is natuurlijk niet terug te vinden in de uitspraak zelf: als het

59 Nordemann, ‘Das Ende von Gestaltungshöhe und Gesamteindruck im Urheberrecht’, *GRUR* 2026/32, p. 32. Zie ook bijv. p. 33-34: “Der BGH verlangt für den Schutz von Werken der angewandten Kunst demgegenüber wie oben erwähnt, dass der Gebrauchsgegenstand über seine von der Funktion vorgegebene Form hinaus künstlerisch gestaltet ist bei Anwendung einer nicht zu geringen Gestaltungshöhe, was dem unionsrechtlichen Werkbegriff des EuGH entsprechen soll. Da der BGH den EuGH explizit gefragt hatte, ob eine besondere Gestaltungshöhe für Werke der angewandten Kunst zu verlangen ist und der EuGH dies klar abgelehnt hat, dürfte es in Zukunft im Urheberrecht keine Gestaltungshöhe mehr geben und Schricker, der die Gestaltungshöhe schon 1995 als generelle Schutzvoraussetzung über Bord werfen wollte, 30 Jahre später Recht bekommen. Ohnehin kannte der unionsrechtliche Werkbegriff auch schon bislang keine Gestaltungshöhe, zumal der Begriff indiziert, dass es im Bereich der kreativen Leistungen noch eine Abstufung zwischen ungeschützten und geschützten Leistungen gibt. Das darf aber nach der Rechtsprechung des EuGH gerade nicht sein: Entweder eine Gestaltung ist kreativ, dann liegt Urheberrechtsschutz vor; fehlt die Kreativität, dann ist der urheberrechtliche Schutz zu verneinen. Ansonsten würde man die Gestaltungshöhe nämlich mit der Originalität gleichsetzen.” Zie voorts nog p. 35-36: “Da aber der EuGH den Begriff “künstlerisch” wiederum vermieden und ausschließlich von “kreativ” gesprochen hat, sollte es in Zukunft nicht mehr auf eine erforderliche künstlerische, sondern vielmehr auf eine notwendige kreative Leistung ankommen. Damit müssen die nach Auffassung der für Kunst empfänglichen und für Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Kreise ebenfalls verabschiedet werden; es wird nur noch darauf ankommen, ob “freie kreative Entscheidungen, die die Persönlichkeit des Urhebers widerspiegeln”, im Werk festgestellt werden können.” Anders dan Nordemann: Abrar, ‘Die Originalitäts- und Verletzungsprüfung bei Werken der angewandten Kunst im Urheberrecht nach der “Mio/konektra”-Entscheidung des EuGH’, *GRUR-Prax* 2026/1, in het bijzonder nrs. 10, 17 en 31.

60 Zie in dit kader ook eerder voetnoten 43 t/m 45.

61 Zie mijn noot bij Rb. Midden-Nederland 19 juli 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:4318, *IER* 2024/38 (*Boska/Plus*).

62 Zie verhelderend en praktisch in dit opzicht: Härkönen, ‘A Narrative Approach to the Standard of Originality in EU Copyright Law: The Story of a Dress’, *IIC* 2025/56.

63 Zie – als ik hem goed begrijp – anders: Hugenholtz in zijn noot bij HvJ EU 11 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:461, *NJ* 2021/175 (*Brompton*), in het bijzonder p. 3138.

al gebeurt, is het immers makkelijk te verpakken in de vage terminologie die het HvJ EU voorschrijft voor gebruik. Het betreft hier dus vooral een punt van rechtelijke verantwoordelijkheid; het vraagt van rechters om bij het weigeren van auteursrecht in alle eerlijkheid na te gaan of een bepaalde waardering van de gemaakte keuzes hierbij niet stiekem toch een vinger in de pap heeft.

Ten derde, in het verlengde van het tweede punt: *in for a penny, in for a pound*. De zwaardere bewijslast geldt voor *alle* voorwerpen en niet alleen voor gebruiksvoorwerpen (r.o. 65).⁶⁴ Ook geldt voor *alle* voorwerpen dat rekening moet worden gehouden met de beperkingen en regels die invloed hebben op de creatieve ruimte (r.o. 62). Dit zijn open deuren, maar wel expliciet open deuren die niet toestaan dat alleen de beperkingen en regels die gelden bij het ontwerpen van gebruiksvoorwerpen worden aangehaald om te betogen dat gebruiksvoorwerpen categorisch moeilijker voldoen aan de EIS-maatstaf dan andere type voorwerpen.⁶⁵ Dit betoog – dat in de nodige gevallen gestoeld is op een (soms diepgeworteld) vooroordeel – mist namelijk dat gebruiksvoorwerpen niet uniek zijn wat betreft de regels en beperkingen die gelden bij hun ontwerp. Zo zijn bijvoorbeeld niet alleen gebruiksvoorwerpen (mede) functioneel, maar geldt hetzelfde – in sommige gevallen zelfs in sterkere mate – voor onder meer (land)kaarten, (geografische) schaalmodellen, architectuur, software,⁶⁶ databanken,⁶⁷ geschriften (denk aan routebeschrijvingen en handleidingen⁶⁸) etc.⁶⁹ Ook bijvoorbeeld fotografie is onderworpen aan allerlei regels en beperkingen, soms functioneel bepaald (denk bijvoorbeeld aan portret- of productfoto's), soms tot stand gekomen door een breed gedragen overeenstemming over wat

'goede' foto's onderscheidt van minder goede.⁷⁰ Zelfs de traditionele 'vrije' kunst is (uiteraard) niet gevrijwaard van regels en beperkingen: dichtvormen zoals de haiku maar ook muziekvormen als de fuga staan er bol van (zoals de regel dat elke haiku een 5-7-5 lettergreepstructuur moet hebben).⁷¹ Ik haast mij om te zeggen dat deze beperkingen en regels er uiteraard niet aan in de weg staan dat dichtkunst of muziekkunst vaak creatief is. Integendeel zelfs. Maar ook ten aanzien van gedichten en muziek moet worden geduïd hoe binnen de geldende beperkingen en regels de persoonlijkheid van de auteur is weerspiegeld, niet anders dan bij gebruiksvoorwerpen het geval is. Anders verwoord: dat rekening dient te worden gehouden met de aard van het type voorwerp, is louter een specificering van de eis dat de auteur moet aantonen dat zijn persoonlijkheid wordt weerspiegeld door de door hem gemaakte keuzes.⁷² Niet (stiekem) meer, niet minder.

Ten vierde en tot slot is het weliswaar zo dat de eiser moet aantonen dat de persoonlijkheid van de auteur wordt weerspiegeld, maar deze bewijsopdracht moet niet zo worden begrepen dat de daadwerkelijke (feitelijke) auteur van het werk moet verklaren en uitleggen waarom hij bepaalde keuzes heeft gemaakt. Dit is immers onverenigbaar met het uitgangspunt dat bij de beoordeling van de oorspronkelijkheid moet worden uitgegaan van het voorwerp zelf (r.o. 71, 75). Bovendien legt het de lat voor oorspronkelijkheid veel te hoog, doordat in wezen een soort persoonlijk onderscheidend vermogen wordt vereist voor het aannemen van auteursrechtelijke bescherming. Tot slot plaatst het, niet onbelangrijk, eisers in een onmogelijke positie als de auteur is overleden, spoorloos is of anderszins niet in staat is om een verklaring af te leggen. Ondanks dat het voorwerp zelf altijd het uitgangspunt is, kunnen het scheppingsproces en de bedoelingen van de auteur uiteraard wel een (soms zelfs belangrijke⁷³) rol spelen bij het vaststellen van oorspronkelijkheid (r.o. 75).⁷⁴

64 Zoals Spoor al terecht opmerkte op basis van *Cofemel*: "Als modellen ingevolge *Cofemel* aan dezelfde toets zijn onderworpen als andere werken, betekent dat dus niet alleen dat modellen niet aan zwaardere maatstaven getoetst mogen worden, maar ook en zelfs in de eerste plaats, dat de geharmoniseerde oorspronkelijkheidstoets over de gehele linie serieus genomen moet worden." Zie Spoor, 'Auteursrechtelijke bescherming van modellen na *Cofemel*', *IER* 2020/42, p. 338.

65 Wat mij betreft zeer illustratief in dezen is A-G Szpunar, die in punt 42 van zijn conclusie bij *Mio* betoogt – hetgeen dus niet is overgenomen door het HvJ EU – dat vanwege de regels en beperkingen die gelden bij gebruiksvoorwerpen het juist (en alleen) deze categorie voorwerpen is waarbij creativiteit niet mag worden vermoed. Dit terwijl Szpunar nog in punt 52 van zijn conclusie bij HvJ EU 5 september 2019, ECLI:EU:C:2019:668 (*Regards Photographiques SARL*) overwoog in de context van auteursrecht op foto's dat zij beschermd zijn als zij voldoen aan de EIS-maatstaf en dat "deze voorwaarde [...] zeer ruim [wordt] uitgelegd, zodat deze stap snel is gezet" (ondanks dat fotografie – net als het ontwerpen van gebruiksvoorwerpen – is onderworpen aan tal van regels en beperkingen; zie ook voetnoot 70).

66 Vgl. in dit opzicht ook HvJ EU 22 december, ECLI:EU:C:2010:816 (*BSA*); HvJ EU 17 oktober 2024, ECLI:EU:C:2024:887 (*Sony/Datel*).

67 Vgl. in dit opzicht ook HvJ EU 1 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:115 (*Football Dataco*).

68 Over auteursrechtelijke bescherming van handleidingen voor computerprogramma's: HvJ EU 2 mei 2012, ECLI:EU:C:2012:259 (*SAS Institute/World Programming*).

69 Zie ook over de veelvoud aan voorwerpen dat een functioneel karakter heeft (op het moment van publicatie van dit artikel nog uit te komen): Teunissen, 'Vrije informatie in een zee van exclusiviteit', in: Vriendenbarg e.a. (red.), *Bescherming van bedrijfsgeheimen*, Deventer: Wolters Kluwer 2026, par. 2.1.2.

70 Denk bijv. aan de grote hoeveelheid regels t.a.v. onder meer het gebruik van belichting, licht, compositie en scherpte.

71 Ook op abstracter niveau, bijv. uitgezoomd naar muziekgenre, zijn er tal van regels en beperkingen.

72 Vgl. Härkönen, 'A Narrative Approach to the Standard of Originality in EU Copyright Law: The Story of a Dress', *IIC* 2025/56, p. 302: "Consequently, we should not let any differences in the degree of creative freedom in different categories of work dictate the assessment of originality."

73 Vgl. Härkönen, 'A Narrative Approach to the Standard of Originality in EU Copyright Law: The Story of a Dress', *IIC* 2025/56, p. 311.

74 Hoewel het geen rol speelt in *Mio*, is deze ruimte die het HvJ EU hier laat om het scheppingsproces mee te wegen mijns inziens vooral van belang bij werken die zijn gemaakt met AI; in die gevallen kan immers de creativiteit niet worden vastgesteld zonder te kijken naar het scheppingsproces. Op basis van *Mio* lijkt het overigens wel het geval dat ook wanneer werken gemaakt zijn met AI, het voorwerp zelf het uitgangspunt van de beoordeling moet zijn. Dit lijkt mij ook logisch: het scheppingsproces is weliswaar onmisbaar in het geval van werken die gemaakt zijn met AI, maar als de (beoogde) creativiteit uit het scheppingsproces niet terug te vinden is in het voorwerp zelf, dan kan geen sprake zijn van auteursrechtelijke bescherming.

6. Een nieuw criterium voor inbreuk en de beschermingsomvang

In het tweede gedeelte van zijn arrest gaat het HvJ EU in op de vraag hoe moet worden vastgesteld of sprake is van auteursrechtinbreuk. Deze vraag valt uiteen in twee vragen, namelijk i) wat het inbreukcriterium is (paragraaf 6.1 en 6.2) en, ii) hoe de beschermingsomvang van een werk moet worden vastgesteld (paragraaf 6.3).

6.1 Het overnamecriterium

Het HvJ EU oordeelt dat sprake is van inbreuk als “elementen die uitdrukking geven aan de keuzen die de persoonlijkheid van de auteur van dat werk weerspiegelen, op herkenbare wijze zijn overgenomen [...] (r.o. 86).” In r.o. 90 verduidelijkt het HvJ EU dat (alleen) sprake is van inbreuk wanneer ‘concreet identificeerbare’ creatieve elementen zijn overgenomen. Dit betekent dat voor inbreuk niet voldoende is dat een derde bepaalde creatieve elementen van een werk ‘gebruikt’: louter als dit gebruik ook leidt tot een herkenbare overname van de betrokken, concreet identificeerbare creatieve elementen, is sprake van inbreuk (zie expliciet r.o. 86). De algemene indruk van de conflicterende modellen is daarbij niet doorslaggevend, aangezien dit een modellenrechtelijk criterium is (r.o. 87). Het overnamecriterium is de nieuwe én enige te gebruiken maatstaf voor de vraag of sprake is van auteursrechtinbreuk. Dit is op zichzelf al een revolutie, omdat daarmee het (omstreden)⁷⁵ totaalindrukkencriterium van de Hoge Raad⁷⁶ niet meer toegepast mag worden.⁷⁷ De vraag die zich vervolgens opdringt is of het overnamecriterium in praktische zin wezenlijk anders is dan het totaalindrukkencriterium. Bij het overnamecriterium is zoals gezegd doorslaggevend of een concreet identificeerbaar creatief element herkenbaar is overgenomen in het vermeend inbreukmakende voorwerp. Ook bij het totaalindrukkencriterium is – in weerwil van de suggestie die het woord *to-*

taalindrukken wekt⁷⁸ – beslissend of al dan niet auteursrechtelijk beschermde trekken (vanaf nu: *elementen*)⁷⁹ zijn overgenomen.⁸⁰ In zoverre is het dus inhoudelijk hetzelfde. Maar er zijn ook – niet-inhoudelijke – verschillen. Allereerst geldt dat de Hoge Raad het totaalindrukkencriterium tot op heden alleen (uitdrukkelijk) heeft voorgeschreven ten aanzien van gebruiksvoorwerpen⁸¹ en televisieformats.^{82, 83} Ten tweede wekt het totaalindrukkencriterium, anders dan het overnamecriterium, verwarring over het feit dat de overname van een beschermd element leidt tot inbreuk en dat dus een verschillende totaalindruk van de concrete voorwerpen in kwestie die inbreuk niet kan weg-nemen.⁸⁴ De term ‘totaalindrukkencriterium’ wekt immers de suggestie dat de algemene/totale indruk van de concrete voorwerpen relevant is of zelfs doorslaggevend, aangezien de ‘totaalindruk’ het *criterium* is (en dus schijnbaar iets anders/extra’s vereist dan de loutere overname van creatieve elementen).⁸⁵ Deze verwarring is mijns inziens iets dat het HvJ EU terecht wil voorkomen (vgl. r.o. 87), hetgeen ook lukt met het veel meer heldere overnamecriterium.

Niet dat het pasgeboren inbreuk-lam van het HvJ EU is gevrijwaard van onduidelijkheden. Vooral onduidelijk is hoe moet worden bepaald wanneer sprake is van een *herkenbare* overname en wanneer niet. In dit kader is het opvallend dat het HvJ EU het overnamecriterium in het auteursrecht introduceert op basis van een analogie met het *Pelham*-arrest (zie expliciet r.o. 86),⁸⁶ maar dat het HvJ EU in *Mio* op cruciale punten lijkt af te wijken van het in *Pelham* ontwikkelde criterium. In *Pelham* oordeelt het HvJ EU immers dat het inbreuk is op een fonogramrecht wanneer

75 Zie Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2025, nr. 4.13, met verwijzingen naar literatuur aldaar.

76 HR 29 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1942 (*Decaux/Mediamax*); HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532 (*Stokke/Fikszo*), r.o. 4.2, onder e.

77 Ook voor andere lidstaten betekent het overnamecriterium een einde van de pré *Mio* gebruikte inbreukmaatstaf. Zo geldt in Duitsland bijv. de zogeheten Blässe theorie, waarin kortgezegd de overeenstemming naar totaalindruk relevant is. Dit betekent dat de Blässe theorie niet verenigbaar is met *Mio*. Zie hierover ook Nordemann, ‘Das Ende von Gestaltungshöhe und Gesamteindruck im Urheberrecht’, *GRUR* 2026/32, p. 35. Anders: Abrar, ‘Die Originalitäts- und Verletzungsprüfung bei Werken der angewandten Kunst im Urheberrecht nach der “Mio/konektra”-Entscheidung des EuGH’, *GRUR-Prax* 2026/1, nr. 28: “Die Tatsache, dass der EuGH nicht auf den Gesamteindruck abstellt, steht nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH. Danach ist zwar der Gesamteindruck relevant. Der BGH prüft jedoch auch, ob und in welchem Umfang eigenschöpferische Züge des älteren Werks in der neuen Gestaltung übernommen wurden und ob diese wiedererkennbar sind [...]. Zukünftig muss der BGH insofern zwar auf den Begriff “Gesamteindruck” verzichten, ohne seine Prüfungskriterien im Übrigen wohl entscheidend ändern zu müssen.” Zie over deze kwestie ook Raue, ‘Der objektive Werkbegriff und Schutzzumfang des Unionsurheberrechts’, *ZUM* 2026/2, p. 80 e.v.

78 Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2025, nr. 4.13, met verwijzingen naar literatuur aldaar.

79 Er is natuurlijk geen verschil tussen de traditionele Nederlandse auteursrechtterm ‘beschermde trekken’ en de door het HvJ EU gebezigde term ‘beschermde elementen’. Toch verdient het mijns inziens de voorkeur om de terminologie van het HvJ EU te allen tijde te gebruiken en de term ‘beschermde trekken’ dus niet (meer): het is een betekenisvolle erkenning van het feit dat sprake is van Europees geharmoniseerd recht, dat in hiërarchie boven het nationale recht staat. Bovendien kan het in Europese context – met veel andere landen die ook hun eigen nationaalrechtelijke termen hebben – tot verwarring leiden als wordt vastgehouden aan oude, nationale terminologie (vgl. A-G Szpunar in punt 43 van zijn conclusie).

80 Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2025, nr. 4.13, met verwijzingen naar literatuur aldaar; Geerts in nr. 16 van zijn noot bij HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532, *IER* 2013/50 (*Stokke/Fikszo*).

81 HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532 (*Stokke/Fikszo*), r.o. 4.2, onder e.

82 HR 19 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8456 (*Una Voce Particulare*).

83 In de praktijk wordt het criterium ook wel toegepast ten aanzien van andere werken, zie Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2025, nr. 4.13, met vele voorbeelden. Zie ook bijv. Hof Amsterdam 6 november 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AN7646 (*Harry Potter/Tanja Grotter*), waarover ook Quaedvlieg, ‘De totaalindruk, kern van het bewerkingsrecht’, in: Verschuur et al. (red.), *glElen, een bekend begrip*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 232.

84 Hetgeen mijns inziens volledig aan de Hoge Raad te wijten is. Leest u er maar nog eens HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532 (*Stokke/Fikszo*), r.o. 4.2, onder e, op na.

85 Zie bijv. voor een door de term ‘totaalindrukkencriterium’ uitgelokte foute juridische beoordeling van een (vermeende) auteursrechtinbreuk: Hof Amsterdam 15 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1617, *BIE* 2019/6 (*Diwar/4Udesigned*), met verhelderende noot van Quaedvlieg.

86 HvJ EU 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*).

een geluidsfragment (hoe kort dan ook) van een beschermde fonogram wordt overgenomen door een derde en op een andere fonogram wordt vastgelegd, tenzij dat vastleggen in een gewijzigde *en voor het oor onherkenbare vorm* plaatsvindt.⁸⁷ Anders dan in *Mio*, verduidelijkt het HvJ EU in *Pelham* aldus op basis waarvan moet worden bepaald of sprake is van een 'herkenbare' of 'onherkenbare' overname, namelijk *het oor*. Dit criterium heeft zijn (overduidelijke) problemen, in de eerste plaats natuurlijk de vaagheid ervan.⁸⁸ Maar in *Mio* lijkt een criterium haast in zijn geheel te ontbreken. Het enige wat het HvJ EU wel verduidelijkt is zoals gezegd dat er een verschil is tussen het gebruik van een creatief element en het *herkenbaar, concreet identificeerbaar* overnemen ervan (r.o. 86, gelezen in combinatie met r.o. 90), maar dat schuift de onduidelijkheden over het overnamecriterium louter door naar andere, niet verder uitgelegde termen en criteria. Het criterium in *Pelham*, dat geen sprake is van inbreuk als het overgenomen fragment 'voor het oor' onherkenbaar is, roept de vraag op of hiervoor een maatman moet worden gehanteerd.⁸⁹ Dit kan natuurlijk ook worden afgevraagd met betrekking tot het auteursrechtelijke overnamecriterium. Het antwoord op deze vraag is mijns inziens ontkenkend. Er is immers ook geen maatman voor het vaststellen van oorspronkelijkheid; het is de rechter die dat beoordeelt (r.o. 61, 65, 73 en 75 van *Mio*). Gezien de onlosmakelijke band tussen de beschermingsvraag en de inbreukvraag in het auteursrecht⁹⁰ ligt het daarom ook niet voor de hand om een maatman voor de inbreukvraag te hanteren.⁹¹

6.2 Het overnamecriterium: harmonisering van het bewerkingsrecht

Een tweede onduidelijkheid van het overnamecriterium is het nut ervan en in het verlengde daarvan, of het een volgende, expliciete stap is naar de harmonisering van het bewerkingsrecht. Dat zit als volgt. Quaadvlieg heeft er terecht op gewezen dat het (nu verouderde) totaalindrukcriterium vooral nuttig is bij het vaststellen van inbreuk op het bewerkingsrecht.⁹² Bij bewerkingen gaat het

immers om de vraag of de *innere Form* – de boodschap, het *corpus mysticum* – is overgenomen; een beoordeling in dezen vraagt dat niet alleen wordt gekeken naar wat is *overgenomen*, maar ook naar wat is *toegevoegd* door een derde.⁹³ Bij het ongewijzigd overnemen c.q. reproduceren van *uiterlijke* elementen, is het totaalindrukcriterium evenwel niet nuttig, omdat in dit geval niet relevant is wat de derde heeft toegevoegd, maar louter wat hij letterlijk heeft overgenomen/gereproduceerd.⁹⁴

Welnu, zoals gezegd, zijn het oude totaalindrukcriterium en het overnamecriterium inhoudelijk hetzelfde. Ook het overnamecriterium is dus vooral dienstig in het geval het gaat om het vaststellen van inbreuk op het bewerkingsrecht. Het HvJ EU formuleert het overnamecriterium als maatstaf echter in de context van het reproductierecht van artikel 2 Arl. Dit betekent dat wanneer artikel 2 Arl louter ziet op letterlijke (deel)reproducties – zoals de tekst van het artikel suggereert – het overnamecriterium als inbreukmaatstaf geen (duidelijk) doel dient. Anders gezegd: wil het overnamecriterium een duidelijke toegevoegde waarde hebben, dan moet het haast wel zo zijn dat artikel 2 Arl ook het bewerkingsrecht omvat en harmoniseert. Dat zou ook passen bij het expliciete oordeel van het HvJ EU in *Mio* dat ook het bewerkingswerk is geharmoniseerd.⁹⁵ *Mio* is met andere woorden de zoveelste loot aan de boom dát het bewerkingsrecht is geharmoniseerd.⁹⁶

6.3 De beschermingsomvang

Tot slot laat het HvJ EU zich in zijn arrest uit over de beschermingsomvang van een werk. Hier heeft het HvJ EU zich voor het eerst over uitgelaten in het arrest *Painer* uit 2011.⁹⁷ In *Painer* stond een Duitse regeling centraal die inhield dat portretfoto's *categorisch* minder beschermingsomvang hebben dan andere categorieën werken. Het is in die specifieke context dat het HvJ EU (terecht) heeft overwogen dat fotografische werken niet een geringere beschermingsomvang hebben dan andere categorieën werken (r.o. 97-99). Vervolgens is deze overweging uit *Painer*

87 HvJ EU 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*), r.o. 39.

88 Vgl. Visser in zijn noot bij HvJ EU 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:624, AA 2019/190887 (*Pelham*), p. 891: "Het is niet duidelijk wat met in een 'voor het oor onherkenbare vorm' precies wordt bedoeld of hoe dat moet worden vastgesteld. Waar ligt de grens tussen wat het oor (wiens oor?, welke maatman?) waarneemt en herkent en wat (alleen?) een computer waarneemt en herkent?".

89 Zie de vorige voetnoot.

90 Vgl. HvJ EU 16 juli 2009, ECLI:EU:C:2009:465 (*Infopaq*), r.o. 32 e.v.

91 In andere landen wordt overigens wel een maatman gehanteerd voor de inbreukvraag in het auteursrecht. Zo wordt in Duitsland de gemiddelde ontvanger van het werk gehanteerd als maatman, zie Raue, 'Der objektive Werkbegriff und Schutzzumfang des Unionsurheberrechts', ZUM 2026/2, p. 81, met verwijzingen naar de relevante rechtspraak van het BGH aldaar. Zie ook het recente Rb. Brussel 29 januari 2026, A/25/02084, IEF 23273 (*Gommaire/Zoco Home*), waar in r.o. 35 de geïnformeerde waarnemer als maatman wordt gehanteerd bij de inbreukvraag.

92 Quaadvlieg, 'De totaalindruk, kern van het bewerkingsrecht', in: Verschuur et al. (red.), *glElen, een bekend begrip*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

93 Quaadvlieg, 'De totaalindruk, kern van het bewerkingsrecht', in: Verschuur et al. (red.), *glElen, een bekend begrip*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 232, met verwijzing naar Spoor, 'Heertje/Hollebrand revisited', in: *Noten bij noten. Ter herinnering van Mr. L. Wichers Hoeth*, Zwolle: Tjeenk Willink 1990, p. 103.

94 Zie voor een meer uitgebreide bespreking van de overlap en het verschil tussen bewerkingen en (gedeeltelijke) reproducties: Torenbosch, 'Is het bewerkingsrecht Europees geharmoniseerd?', AR 2023/4, p. 155.

95 In HR 7 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1070 (*Philips/Lidl*) beslechtte de Hoge Raad een zaak over het bewerkingswerk in artikel 10 lid 2 Aw nog louter aan de hand van nationaal recht (hetgeen in navolging was van zijn A-G; in punt 3.48 e.v. van zijn conclusie voorafgaand aan het arrest had A-G Van Peursem namelijk de stelling ingenomen dat het bewerkingsauteursrecht in artikel 10 lid 2 Aw niet Unierechtelijk geharmoniseerd is). In het licht van r.o. 79 van *Mio* is het *Philips/Lidl*-arrest achterhaald, dan wel is op zijn minst duidelijk geworden dat het arrest een belangrijke ommissie (of scherper geformuleerd: miskennen) bevat dat de kwestie wanneer een bewerking van een reeds bestaand werk auteursrechtelijk is beschermd, geharmoniseerd EU-recht betreft.

96 Zie over de mijns inziens vele andere loten aan de boom die in dezelfde richting wijzen: Torenbosch, 'Is het bewerkingsrecht Europees geharmoniseerd?', AR 2023/4.

97 HvJ EU 1 december 2011, ECLI:EU:C:2011:798 (*Painer*).

door het HvJ EU uit zijn context gerukt en in een andere hoedanigheid in r.o. 35 van *Cofemel* terechtgekomen. In r.o. 35 van *Cofemel* oordeelt het HvJ EU namelijk “dat de omvang van [de] bescherming niet afhangt van de mate van creatieve vrijheid waarover de auteur ervan beschikt en derhalve niet geringer is dan de bescherming die elk werk [...] geniet.” Deze overweging suggereert volgens de Zweedse rechter *avant la lettre* dat de beschermingsomvang niet kan variëren per werk, ook niet in concrete gevallen, terwijl dit in Zweden (en ook in Nederland⁹⁸) juist wel het uitgangspunt is.⁹⁹

Het HvJ EU houdt vast aan zijn oordeel dat de beschermingsomvang niet afhangt van de mate van creatieve vrijheid waarover de auteur ervan beschikt (r.o. 88). Toch verduidelijkt het HvJ EU mijns inziens genoegzaam dat de beschermingsomvang *de facto* wél kan verschillen in concrete gevallen.¹⁰⁰ Volgens het HvJ EU geldt immers dat wanneer de creativiteit van een werk tot uitdrukking wordt gebracht in de schikking van bestaande vormen, het louter die schikking is die de persoonlijkheid van de maker weerspiegelt (r.o. 78). Ook in het geval een auteur een werk van een derde bewerkt, is het louter dat wat hij toevoegt dat wordt beschermd, mits die toevoeging zijn persoonlijkheid weerspiegelt (r.o. 79). In het geval *onderdelen* van een werk evenwel “elementen bevatten die de oorspronkelijke uitdrukking van de auteur van dat werk zijn en zij als dusdanig de oorspronkelijkheid van het volledige werk in zich dragen” (r.o. 66), dan is reeds de reproductie van een onderdeel inbreuk.¹⁰¹ Anders verwoord: de beschermingsomvang hangt niet af van de mate van creatieve vrijheid waarover een auteur beschikt (r.o. 88), maar wordt bepaald door de manier waarop en hoe de persoonlijkheid van de auteur wordt weerspiegeld in (delen van) het werk (o.a. r.o. 66, 78 en 79). De beschermingsomvang wordt dus telkens op dezelfde manier vastgesteld, maar kan in concrete gevallen wel degelijk verschillen op de manier waarop dat in Nederland (en Zweden) traditioneel het uitgangspunt is. Wordt bijvoorbeeld de persoonlijkheid van de auteur weerspiegeld door de combinatie van keuzes, dan is alleen sprake van inbreuk als een derde die combinatie herkenbaar overneemt (hetgeen naar Nederlands en Zweeds begrip een beperkte beschermingsomvang betreft). Wordt de persoonlijkheid van de auteur

evenwel (ook) weerspiegeld in delen van het werk, dan is het overnemen van slechts die delen werk reeds inbreuk (hetgeen naar Nederlands en Zweeds begrip een ruime beschermingsomvang betreft).

7. Conclusie

In *Mio* bevestigt het HvJ EU dat voor het aannemen van oorspronkelijkheid louter vereist is dat een werk ‘eigen intellectuele schepping’ (EIS) is, waarbij doorslaggevend is dat ‘de persoonlijkheid van de auteur wordt weerspiegeld’ (PW). Uitgedrukt als een in het auteursrecht geliefde formule komt dit neer op: PW = EIS. In Nederland is sinds de harmonisering van het werkbegrip het dogma dat de oude vertrouwde lage lat van de Nederlandse opvatting over het begrip ‘oorspronkelijkheid’ – EOK&PS – in overeenstemming is met de EIS-maatstaf, hetgeen heeft geleid tot de ingeburgerde leus: EOK&PS = EIS. *Mio* verplicht ons om af te stappen van dit dogma. *Mio* drukt ons namelijk met de neus op het feit dat, in afwijking van de Nederlandse traditie, niet mag worden aangenomen dat vrije keuzes automatisch ook creatieve keuzes zijn. Dit betekent dat naar Europees recht geldt: PW = EIS ≠ EOK&PS. Wij Nederlanders zijn niet de enigen die gedwongen worden om onder ogen te zien dat de EIS-maatstaf anders is dan onze pré harmonisatiemaatstaf. Het inhoudelijke zwaartepunt van het aantonen van een ‘eigen intellectuele schepping’ zit hem zoals gezegd namelijk in de bewijslast en in niets anders. Niet alleen wij, maar ook onder andere de Duitsers, Zweden, Italianen en Tsjechen kunnen hier niet onderuit. Vooral landen als Duitsland en Italië hebben daardoor een waarheid onder ogen te zien, waarvoor diezelfde ogen – zeker in het verleden – liever moedwillig gesloten werden:¹⁰² het geharmoniseerde werkbegrip is geen maatstaf die voor bescherming een bepaalde mate van artistiek gehalte vereist. In het verlengde hiervan is tevens niet toegestaan dat een bepaalde mate van artistiek gehalte wordt vereist via de uitleg van (vage) termen als ‘creatief’ en ‘de persoonlijkheid van de auteur weerspiegelen’. Met de introductie van het voor het auteursrecht nieuwe, nog in de kinderschoenen staande overnamecriterium moet ook – in ieder geval in naam – afscheid worden genomen van het totaalindrukkencriterium. Het totaalindrukkencriterium was evenwel nooit zo geliefd als EOK&PS, dus wellicht dat dit makkelijker gaat. Laten we het hopen.

⁹⁸ Vgl. Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2025, nr. 4.11, waar deze auteurs aangeven dat “de mate van creatieve vrijheid enerzijds en de beschermingsomvang anderzijds keerzijden van dezelfde medaille zijn.” Op basis van dit uitgangspunt is bijv. aangenomen dat de Tripp-Trapp-stoel een ruime beschermingsomvang heeft, HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532 (*Stokke/Fikszo*), terwijl bijv. een Sinterklaasfiguur (Rb. Zeeland West-Brabant 3 december 2020, IEF 19626 (*X/Vero Sweet Presents*), r.o. 3.7) en een vrachtwagenblokkeringsysteem (Rb. Den Haag 11 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8428 (*Stertil>Loading systems international*), r.o. 4.8) slechts een beperkte beschermingsomvang hebben.

⁹⁹ Nr. 27 van de verwijzingsbeslissing. Zie ook Patent- en marknadsoverdomstolen 1 februari 2022, *GRUR Int* 2023/604, met kritische noot van Marusic.

¹⁰⁰ Zie in deze zin eerder al bijv. Patent- en marknadsoverdomstolen 1 februari 2022, *GRUR Int* 2023/604; BGH 14 december 2022, I ZR 173/21 (*Vitrineleuchte*), randnr. 17.

¹⁰¹ Zie eerder al HvJ EU 16 juli 2009, ECLI:EU:C:2009:465 (*Infopaq*), r.o. 38–39.

¹⁰² Zie zeer hoopgevend wat betreft Duitsland: Nordemann, ‘Das Ende von Gestaltungshöhe und Gesamteindruck im Urheberrecht’, *GRUR* 2026/32, die concludeert dat ingevolge *Mio* de Duitse benadering achterhaald is. Een stuk minder hoopgevend in dit opzicht is Abrar, ‘Die Originalitäts- und Verletzungsprüfung bei Werken der angewandten Kunst im Urheberrecht nach der “Mio/konektra“-Entscheidung des EuGH’, *GRUR-Prax* 2026/1, waarin de auteur niet alleen betoogt dat “Bei der Prüfung der Originalität der BGH also nicht strenger [ist] als der EuGH,”, maar zelfs – tamelijk onnavolgbaar – zo ver gaat dat “Man [...] den EuGH sogar als noch strenger verstehen [kann].”