

Spelen met vuur

Over de nodeloze uitbreiding van fictief makerschap in het Vuurkorven-arrest van de Hoge Raad en de onvermijdelijke afschaffing van het opdrachtgeversauteursrecht in de toekomst

In zijn Vuurkorven-arrest van 25 oktober 2013 heeft de Hoge Raad op basis van het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom fictief makerschap voor opdrachtgevers van industriële vormgeving globaal erkend. In het geval van industriële vormgeving komt het auteursrecht in beginsel toe aan de opdrachtgever. Dat geldt zelfs wanneer de tekening of het model niet in aanmerking komt voor een Benelux-depot. Met deze uitspraak verruimt de Hoge Raad nodeloos het toepassingsgebied van fictief opdrachtgeversauteursrecht en vergroot hij de daarmee gepaard gaande problemen: nationale auteurs- en Europese modelrechten komen in verschillende handen terecht; opdrachtgevers worden niet aangemoedigd om de uitoefening van het auteursrecht contractueel te regelen; de rechtsonzekerheid omtrent morele rechten en de handhaving van het auteursrecht in andere landen neemt toe. Aangezien de rechtspraak deze problemen blijkbaar niet weet op te lossen, is nu de wetgever aan zet.

M.R.F. Senftleben

Prof. dr. M.R.F. Senftleben is hoogleraar Intellectuele eigendom aan de Vrije Universiteit Amsterdam, Rechtsadvocaat te Den Haag en voorzitter van de redactie van dit tijdschrift.

Achtergrond

De Nederlandse wetgever is bezig met een nieuw auteurscontractenrecht.¹ Daarmee beoogt hij de positie van de fysieke maker in zijn (contractuele) relatie met de exploitant te versterken.² In het licht van dergelijke initiatieven ligt het voor de hand om behoedzaam om te gaan met gevallen van fictief makerschap. Het is evident dat het ontlenen van makerschap – en dus de toekenning van het auteursrecht aan de exploitant *ab initio* – de meest verstrekkende ingreep is op de auteursrechtelijke bevoegdheden van de fysieke maker. Verder is het met name in Nederland oppassen geblazen met fictief makerschap. Afgezien van het fictieve werkgeversauteursrecht ex art. 7 Aw dat in vergelijkbare vorm ook in veel andere landen erkend is, bevat de Auteurswet met het aanvullende openbaarmakingsau-

teursrecht ex art. 8 Aw nu al een rare verdere regeling van fictief makerschap waarvoor – gezien de uiterst zwaarwegende gevolgen voor de fysieke maker – geen voldoende rechtvaardiging bestaat.³

In andere landen leidt de openbaarmaking van een werk zonder vermelding van de naam van de fysieke maker tot inbreuk op het persoonlijkheidsrechtelijke *droit de paternité*. In Nederland wordt een dergelijke handeling door art. 8 Aw met fictief makerschap beloond. Men kan zich afvragen of deze regeling niet in strijd is met art. 6bis van de Berner Conventie. Terecht benadrukken Spoor/Verkade/Visser dan ook dat art. 8 Aw slechts van toepassing kan zijn als ‘de werkelijke auteur kennis droeg van de voorgenomen openbaarmaking, daartegen geen bezwaar had en geen naamsvermelding verlangde.’⁴

1 Ministerie van Veiligheid en Justitie 12 juni 2012, ‘Wetsvoorstel auteurscontractenrecht’, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 308, AMI 2013/1, p. 23. Voor achtergrondinformatie, zie B.J. Lenselink, ‘Auteurscontractenrecht 2.0 – Het wetsvoorstel inzake het auteurscontractenrecht’, AMI 2013/1, p. 7; J.P. Poort & J.J.M. Theeuwes, ‘Prova d’Orchestra – Een economische analyse van het voorontwerp auteurscontractenrecht’, AMI 2010/5, p. 137-145; M.R.F. Senftleben, ‘Exportschlager deutsches Urhebervertragsrecht? Het voorontwerp auteurscontractenrecht in Duits perspectief’, AMI 2010/5, p. 146-158; D. Peepkorn, ‘De lange geschiedenis van het auteurscontractenrecht’, AMI 2010/5, p. 167-170; H. Cohen Jehoram, ‘Komend auteurscontractenrecht’, IER 2008, p. 303.

2 In deze zin reeds Ministerie van Justitie 1 juni 2010, ‘Voorontwerp auteurscontractenrecht’, AMI 2010/5, Katern, p. 2. Ten aanzien van de situatie in Nederland kwam het IviR-rapport uit het jaar 2004 tot de conclusie dat de structurele economische ongelijkheid van contractspartijen in combinatie met contractsvrijheid op het terrein van de auteurscontracten leidt tot ‘onrecht-

vaardige contractspartijen op aanmerkelijke schaal’. Zie P.B. Hugenholtz & L.M.C.R. Guibault, *Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 2004, p. 76.

3 J.H. Spoor/D.W.F. Verkade/D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 48, omschrijven dit als volgt: ‘De ratio van deze bepaling is niet aanstonds duidelijk.’ Deze duidelijkheid lijkt echter noodzakelijk in het geval van een wetsbepaling die de fysieke maker het exclusieve recht op zijn schepping ontnemt. In het licht van deze verstrekkende gevolgen is ook het onderstrepen van de bewijsfunctie van art. 8 Aw niet voldoende. Zie hierover J.M.B. Seignette, noot onder Hof Den Haag 12 oktober 2010, *ECLI:NL:GHSGR:2010:B08544*, IER 2011, 6; M. Onclin, ‘Artikel 8 Auteurswet moet blijven bestaan’, IER 2004, p. 71. Voor een verdere schets van de ontstaansgeschiedenis zie L. Heslenfeld & C. Mastenbroek, ‘Artikel 8 Auteurswet: Van ondergeschoven kindje tot zorgkindje’, IER 2004, p. 42 (42-43).

4 Spoor/Verkade/Visser, *supra* noot 3, p. 50.

Ondanks dergelijke voorwaarden rijst echter de vraag of de fysieke maker zich ook ervan bewust was dat instemming met de openbaarmaking het verlies van het auteursrecht tot gevolg zou hebben.⁵ Anders dan bij overdracht is ter bescherming van de maker geen akte vereist⁶ en zou een akte ook niet goed passen bij een regeling inzake de originele rechtsverkrijging (en dus juist niet een latere rechtsverkrijging via exploitatieovereenkomst). Aangezien fictief makerschap nu echter nog verder strekt dan een overdracht van het auteursrecht,⁷ blijft de regeling zelfs onevenwichtig wanneer de door Spoor/Verkade/Visser gesuggereerde aanvullende voorwaarden worden gesteld.⁸

Kortom: een terughoudende toepassing lijkt geboden. Afschaffing van art. 8 Aw zou uiteraard de nog betere en consequentere oplossing zijn.⁹ Een potentieel conflict met art. 6bis van de Berner Conventie zou op deze wijze kunnen worden voorkomen. Bovendien zou dit goed passen bij de ratio van het Wetsvoorstel auteurscontractenrecht, waarmee de wetgever de positie van de fysieke maker beoogt te versterken.

Vuurkorven-zaak

In het recente *Vuurkorven*-arrest van de Hoge Raad¹⁰ staat nu een verder geval van fictief makerschap centraal dat evenals art. 8 Aw in opdracht vervaardigde werken betreft.¹¹ In deze zaak ging het – kort samengevat – om het volgende: in het kader van haar productielijn ‘Fancy Flames’ bracht Esschert een vuurkorf in de handel die door een freelance ontwerper was gemaakt. De concurrent S&S kwam met een product op de markt dat dezelfde designelementen bevatte. Voor Esschert was dit aanleiding om een kort geding te starten en onder beroep op (onder meer) het auteursrecht een verbod van de verdere verhandeling van de S&S vuurkorven en daarmee samenhangende informatie te verdienen. S&S voerde hiertegen verweer door (onder meer) te stellen dat Esschert niet eens auteursrechtelijke was. Daarmee rees de vraag of Esschert als opdrachtgever het auteursrecht had verworven.

De basis voor dit betoog lag in het zogenaamde ‘opdrachtgeversauteursrecht’ – een verder geval van fictief makerschap op het terrein van industriële vormgeving dat buiten de Auteurswet in art. 3.29 en 3.8 lid 2 BVIE is geregeld. Dit opdrachtgeversauteursrecht zorgde naar aanleiding van de uitspraak van het Hof Amsterdam in de zaak *Voortman/HS*

Design reeds vijf jaar geleden voor veel discussie.¹² De *Voortman*-zaak kwam neer op de vraag of voor de toepassing van de regels uit het Benelux-verdrag een modeldepot vereist was. Doorslaggevend was daarbij het *Electrolux*-arrest uit 2007 waarin het Benelux-Gerechtshof had overwogen dat de regeling van opdrachtgeversmodellenrecht in art. 6 lid 2 BTMW (inmiddels art. 3.8 lid 2 BVIE)

*[...] mede betrekking moet hebben op niet-gedeponeerde modellen of tekeningen. Anders zou de BTMW verhinderen dat die ander, de opdrachtgever of de werkgever, reeds voor het depot – thans de inschrijving van het depot – tot de uitvoering van het voortbrengsel overeenkomstig het model zou kunnen overgaan.*¹³

Het Benelux-Gerechtshof was verder van mening dat de aanneming van opdrachtgeversmodellenrecht zonder modeldepot nodig was om de opdrachtgever in staat te stellen de voor de inschrijving noodzakelijke gebruikshandelingen te verrichten. In *Voortman/HS Design* heeft het Hof Amsterdam deze overwegingen doorgetrokken naar art. 3.29 BVIE en daarmee fictief opdrachtgeversauteursrecht expliciet erkend.¹⁴

Het Benelux-Gerechtshof was in de *Electrolux*-uitspraak echter wel erop bedacht de toepassing van opdrachtgeversmodellenrecht ex art. 6 lid 2 BTMW ook weer niet onnodig uit te breiden:

*Hieruit volgt dan dat enkel de opdrachtgever die van plan is een voortbrengsel naar het model te vervaardigen en vervolgens te verhandelen, als ontwerper moet worden beschouwd.*¹⁵

In het licht van deze voorgeschiedenis¹⁶ lag het in de lijn der verwachting dat de Hoge Raad in de *Vuurkorven*-zaak tenminste zou nagaan of de vuurkorf van Esschert überhaupt in aanmerking zou komen voor modelrechtelijke bescherming onder het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom. Immers, industriële vormgeving die niet aan de basiseisen van het Benelux-verdrag voldoet en dus ook niet in aanmerking komt voor depot, kan onmogelijk uiteenvallende rechten – een Benelux-modellenrecht voor Esschert en een auteursrecht voor de ontwerper – ten gevolge hebben.

Dit potentiële conflict tussen twee verschillende rechtshabbers beoogt de art. 3.29 en 3.8 lid 2 BVIE te voorkomen. Dergelijke conflictgevallen vormen dus ook het

5 Dat zal meestal niet het geval zijn. Zie Heslenfeld & Mastenbroek, *supra* noot 3, p. 45-46.

6 Zie art. 2 lid 2 Aw ten aanzien van het aktevereiste bij overdracht.

7 Immers, bij fictief makerschap komt het auteursrecht niet eens in handen van de fysieke maker. Hij kan dus ook niets meer overdragen of op andere wijze exploiteren.

8 Nog verder gaande voorwaarden zouden uiteraard op zijn plaats zijn. Zie in dat opzicht de verwijzing naar de opvattingen van De Beaufort en Gerbrandy in Spoor/Verkade/Visser, *supra* noot 3, p. 50.

9 Voor afschaffing ook Heslenfeld & Mastenbroek, *supra* noot 3, p. 47.

10 HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:1036, ‘Vuurkorven’; zie nr. 6 in dit nummer.

11 Zie Spoor/Verkade/Visser, *supra* noot 3, p. 50-51 over de praktische betekenis

van art. 8 Aw en de toepassing van de bepaling op werken die door freelancers – meestal in de reclame- en designbranche – in opdracht werden vervaardigd.

12 Hof Amsterdam 3 februari 2009, AMI 2009/3, nr. 8 (*Voortman/HS Design*).

13 Benelux-Gerechtshof 22 juni 2007, ‘Electrolux’, NJ 2007, 500, r.o. 11 (*Electrolux*).

14 D.J.G. Visser, ‘Opdrachtgeversauteursrecht’, AMI 2009/3, p. 97 (98).

15 Benelux-Gerechtshof, *idem*, r.o. 15.

16 De beperking van het toepassingsgebied wordt eveneens benadrukt in de noot onder het arrest door H. Vanhees, ‘De houder van auteurs- en/of modelrechten op een al dan niet gedeponeerde, in opdracht vervaardigd model’, *Rechtskundig Weekblad* 2007-08, p. 1450 (1451). Anders echter J. Keustermans, ‘De overgang van auteursrechten op niet-gedeponeerde tekeningen en modellen’, *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 2008, p. 411 (412), die de door het Benelux-Gerechtshof gekozen benadering juist te restrictief vindt.

kader waarbinnen fictief makerschap – ondanks de zwaarwegende gevolgen voor de fysieke maker – kan worden gerechtvaardigd. Zonder een tekening of model dat aan de basiseisen voor modelrechtelijke bescherming onder het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom voldoet, bestaat geen rechtvaardiging voor de uitholling van het auteursrechtelijke grondbeginsel dat de natuurlijke maker als originele rechthebbende wordt beschouwd.¹⁷ Hierbij gaat het immers om de essentiële auteursrechtelijke overweging dat de fysieke maker in beginsel de vruchten van zijn creatief werk moet kunnen plukken (economische ratio) en dat hij tevens zijn door het werk weerspiegelde persoonlijkheid moet kunnen waarborgen (persoonlijkheidsrechtelijke ratio). Afwijkingen van dat grondbeginsel vergen een gedegen onderbouwing.

Daar komt nog een Europese dimensie bij. Volgens de Auteurswet is in beginsel de fysieke maker de originele rechthebbende. Hetzelfde geldt op basis van de Europese Gemeenschapsmodellenverordening.¹⁸ Om conflicten met Europees recht zo veel mogelijk te vermijden, ligt het ook vanuit dat perspectief voor de hand om het uitzonderingsgeval van fictief opdrachtgeversauteursrecht op basis van het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom ook slechts in die gevallen toe te passen waar geen alternatief bestaat. Bij industriële vormgeving die niet aan de basiseisen van het Benelux-verdrag voldoet, is echter *a priori* geen sprake van een dergelijke uitzonderingssituatie.

Uitspraak van de Hoge Raad

Ondanks deze noodzaak van een behoedzame toepassing van het opdrachtgeversauteursrecht, zag de Hoge Raad in de *Vuurkorven*-zaak echter geen aanleiding om terughoudend te zijn. Hij opent veeleer de deuren van Pandora met de volgende overweging:

Voor toepassing van art. 3.29 in verbinding met art. 3.8 BVIE is evenwel niet vereist dat sprake is van een voor bescherming in aanmerking komend model als bedoeld in art. 3.1 lid 1 BVIE, maar is voldoende dat het voortbrengsel een (tekening of) model is in de zin van art. 3.1 lid 2 BVIE, dus 'het uiterlijk van een voortbrengsel of een deel ervan' vormt.¹⁹

De Hoge Raad kiest dus nodeloos voor algemene toepassing van fictief makerschap in het geval van in opdracht gecreëerde industriële vormgeving. Daarmee worden

ontwerpers door de Hoge Raad bewust achtergesteld ten opzichte van alle andere groepen van auteurs. Met deze uitspraak zijn ontwerpers van industriële vormgeving nu in het algemeen blootgesteld aan originele verkrijging van het auteursrecht door de exploitant.

Ter rechtvaardiging van dit resultaat zou aangevoerd kunnen worden dat in vergelijking met de eerdere rechts-toestand niet veel is veranderd. Immers, in het *Electrolux*-arrest van het Benelux-Gerechtshof was reeds komen vast te staan dat ook zonder modeldepot sprake kon zijn van opdrachtgeversmodellenrecht. Met de afwijzing van het depotvereiste kwam een centrale drempel voor de ruime toepassing van opdrachtgeversmodellenrecht te vervallen. Tekeningen en modellen worden in de Benelux slechts in bescheiden aantallen ingeschreven. De voornaamste basis voor de bescherming van industriële vormgeving in Nederland is het auteursrecht. Had het Benelux-Gerechtshof in 2007 ervoor gekozen de toepassing van art. 6 lid 2 BTMW (thans art. 3.8 lid 2 BVIE) van het bestaan van een inschrijving afhankelijk te maken, dan was het toepassingsgebied van opdrachtgeversauteursrecht op basis van art. 3.29 BVIE dus ook van meet af aan marginaal gebleven.²⁰ Met de afwijzing van het depotvereiste in de *Electrolux*-uitspraak was dus reeds het hek van de dam.

En toch verbaast het *Vuurkorven*-arrest van de Hoge Raad. In de discussie over het *Voortman*-arrest van het Amsterdamse Hof kwam duidelijk naar voren dat de praktische gevolgen van het opdrachtgeversauteursrecht onoverzichtelijk en onbevredigend zijn.²¹ Naast het auteursrecht bestaat het gemeenschapsmodellenrecht. Dit recht komt toe aan de ontwerper.²² Het Nederlandse auteursrecht en het Benelux-modellenrecht voor de opdrachtgever dissoneren dus met een Europees gemeenschapsmodellenrecht voor de ontwerper. Aangezien de Gemeenschapsmodellenverordening ook een niet-ingeschreven modelrecht toekent aan de ontwerper, doet zich dit conflict tussen verschillende rechthebbenden regelmatig voor.²³ De exploitatie van industriële vormgeving kan dus gefrustreerd worden, indien opdrachtgever en ontwerper het niet eens worden over de commercialisering van de tekening of het model. Als de opdrachtgever in de Benelux bovendien wil overgaan tot depot, en de ontwerper hetzelfde zou willen doen op Europees niveau, dan culmineert dit conflict zelfs in de vraag of twee conflicterende inschrijvingen voor verschillende rechthebbenden kunnen ontstaan.²⁴

17 H. Vanhees, 'Opdrachtgeversauteursrecht: een (Belgische) reactie', *AMI* 2009/5, p. 179 (180); P.G.F.A. Geerts, 'Tekeningen en modellen', in: C. Gielen (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 145 (194-195). Anders nu echter Geerts in zijn noot onder het *Vuurkorven*-arrest, *IER* 2014, 6, para. 10.

18 Art. 14 lid 1 GModVo.

19 HR 25 oktober 2013, *Vuurkorven*, r.o. 4.2.2.

20 V. van den Eijnde, 'Opdrachtgeversauteursrecht, dank je de koekoek!', *AMI* 2009/5, p. 182 (184).

21 *Idem*, p. 185; D.J.G. Visser, 'Naschrift', *AMI* 2009/5, p. 186 (187).

22 Art. 14 lid 1 GModVo.

23 Dit geldt tenminste voor de periode van drie jaar waarbinnen dit niet-ingeschreven modellenrecht van kracht is.

24 Zie A.A. Quaadvlieg, 'Het opdrachtgeversmodelrecht als Fremdkörper', *BIE* 2009, p. 393 (393), die bovendien verwijst naar art. 25 lid 1 GModVo dat de Nederlandse auteursrechthebbende wellicht in staat zou kunnen stellen om de nietigheid van het Europese Gemeenschapsmodel in te roepen. In een dergelijk geval zou het conflict tussen fictief opdrachtgeversauteursrecht in Nederland en Europees gemeenschapsmodelrecht duidelijk naar voren komen. Of het Unierecht dan daadwerkelijk moet wijken is echter zeer de vraag.

Europees recht als katalysator

In deze situatie had de Hoge Raad het Europese recht als katalysator kunnen gebruiken. Zoals reeds uiteengezet had het Electrolux-arrest van het Benelux-Gerechtshof betrekking op art. 6 lid 2 BTMW, het huidige art. 3.8 lid 2 BVIE. Op zich bestond dus ruimte om het *Voortman*-arrest van het Hof Amsterdam niet te volgen en art. 3.29 BVIE in het licht van het Europese Gemeenschapsmodellenrecht restrictief uit te leggen. Uit art. 3.29 BVIE volgt pas het opdrachtgeversauteursrecht. Door een restrictieve toepassing van die bepaling had de Hoge Raad dus ook paal en perk kunnen stellen aan het fictieve opdrachtgeversauteursrecht.²⁵

De Hoge Raad had bij dit alles steun kunnen vinden in het inmiddels gewezen *Luksan*-arrest van het Europese Hof. Daarin werd de originele toewijzing van filmexploitatie-rechten aan de producent in § 38 lid 1 van het Oostenrijkse Urheberrechtsgesetz als in strijd met Europees recht gebrandmerkt.²⁶ Tegen deze achtergrond rijst de vraag of de originele toewijzing van modelexploitatie-rechten aan de opdrachtgever op basis van de modelrechtelijke regeling in art. 3.8 lid 2 en 3.29 BVIE in strijd is met de regelingen in de Gemeenschapsmodellenverordening die nu juist de ontwerper als rechthebbende aanwijzen. Daar komt nog bij dat Advocaat-Generaal Hammerstein in zijn conclusie expliciet op het dreigende conflict met Europees recht had gewezen. Hammerstein benadrukte de voorrang van het Europese recht en het beginsel van Unietrouw waardoor de Nederlandse rechter gehouden is om nationaal recht zo veel mogelijk in overeenstemming te brengen met het Europese recht.²⁷ De aanbeveling van de Advocaat-Generaal was dan ook om het opdrachtgeversauteursrecht niet verder uit te breiden en het auteursrecht op de vuurkorf toe te wijzen aan de ontwerper.²⁸

De Hoge Raad volgde Hammerstein daarin echter niet. Hij verwees veeleer naar art. 96 lid 2 GModVo waarin bevestigd wordt dat een Gemeenschapsmodel tevens beschermd kan worden door het nationale auteursrecht, en waarin verder te lezen is dat elke lidstaat de omvang en de voorwaarden van auteursrechtelijke bescherming bepaalt, met inbegrip van het vereiste gehalte aan oorspronkelijkheid. Tegen deze achtergrond komt de Hoge Raad tot de volgende conclusie:

*De omstandigheid dat uit kracht van de GModVo een ander modelrechthebbende kan zijn dan de naar nationaal (Benelux) recht auteursrechthebbende, leidt, gelet alleen al op art. 96 lid 2 GModVo, evenmin tot een conflict van regels waarin de Beneluxregeling moet wijken voor de Unierechtelijke.*²⁹

Deze formalistische overweging is verbazingwekkend.³⁰ Strikt genomen zijn de art. 3.8 lid 2 en 3.29 BVIE namelijk geen auteursrechtelijke bepalingen. Volgens het nationale

Nederlandse auteursrecht zou het auteursrecht juist toekomen aan de ontwerper als fysieke maker. Dat de Gemeenschapsmodellenverordening in art. 96 lid 2 ruimte laat voor nationale regelingen inzake het auteursrecht betekent dus nog niet dat deze bepaling ook ruimte laat voor regionale modelrechtelijke regelingen die haaks staan op zowel het Gemeenschapsmodellenrecht als het nationale auteursrecht.

Verdere bezwaren

Maar zelfs wanneer men geneigd zou zijn om de Hoge Raad in zijn analyse van de Europese randvoorwaarden te volgen, betekent dit nog niet dat deze stap, waarin een ruim nationaal opdrachtgeversauteursrecht wordt geïntroduceerd, verantwoord (laat staan wenselijk) kan worden geacht.

Verwarring in de praktijk

Ten eerste leidt het uiteenvallen van Benelux-modellenrecht en Nederlands auteursrecht voor de opdrachtgever en (niet-ingeschreven) Gemeenschapsmodellenrecht voor de ontwerper tot de reeds boven beschreven onoverzichtelijke en onbevredigende situatie waarbij de ene rechthebbende de exploitatie door de andere rechthebbende kan torpederen. Conflicten over de uitoefening van de verschillende rechten liggen voor de hand.

Gelijkheidsbeginsel

Ten tweede gaat de Hoge Raad geheel voorbij aan de nationale auteursrechtelijke regeling. Zelfs wanneer het juist zou zijn dat de Beneluxregeling niet hoeft te wijken voor de Unierechtelijke, dan is daarmee nog niet gezegd dat de nationale auteursrechtelijke regeling voor de Beneluxregeling moet wijken. Art. 3.29 en 3.8 lid 2 BVIE beogen klaarblijkelijk een potentieel conflict tussen verschillende rechthebbenden te voorkomen voor het geval dat een Beneluxmodel wordt ingeschreven. Wanneer de industriële vormgeving echter niet aan de modelrechtelijke basisvoorwaarden van het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom voldoet, kan een dergelijk samenloopconflict *a priori* niet ontstaan. Zoals reeds boven uiteengezet is dan sprake van een nodeloze uitbreiding van het fictief opdrachtgeversauteursrecht ten nadele van de ontwerper die volgens de Auteurswet in beginsel originele rechthebbende is. Zoals eveneens reeds aangevoerd stelt de Hoge Raad daarmee ontwerpers bewust achter ten opzichte van alle andere makers van literaire en artistieke werken. De rechtvaardiging voor een dergelijke stap ontbreekt in een situatie waar het dreigende conflict tussen verschillende rechthebbenden dat het Benelux-verdrag beoogt te regelen, zich niet kan voordoen. In het

25 In dit opzicht had de rechtsontwikkeling in België als bron van inspiratie kunnen dienen. Zie H. Vanhees, *supra* noot 16, p. 179-180.

26 HvJ EU 9 februari 2012, zaak C-277/10, *Luksan/Van der Let*, punt 72.

27 Conclusie A-G Hammerstein 28 juni 2013, *ECLI:NL:PHR:2013:60*, r.o. 2.36.

28 *Idem*, r.o. 2.37.

29 HR 25 oktober 2013, *Vuurkorven*, r.o. 4.2.3.

30 Anders echter Geerts, *supra* noot 16, para. 12, die de motivering van de Hoge Raad overtuigend acht.

auteursrecht is nergens een grond te vinden voor een zwakere rechtspositie van ontwerpers.

Persoonlijksrechten

Ten derde valt te bedenken dat het auteursrecht naast exploitatierechten ook persoonlijkheidsrechten omvat. Het werk wordt als een materialisering van de persoonlijkheid van de maker beschouwd. Daarom blijft steeds een band tussen de natuurlijke maker en zijn werk bestaan. In gevallen van fictief makerschap rijst dan ook de vraag of de fysieke maker – ondanks fictief makerschap – nog steeds de persoonlijkheidsrechten kan invoeren. Bij consequente toepassing van fictief makerschap zou een dergelijk beroep op persoonlijkheidsrechten door de fysieke maker uitgesloten zijn. Fictief makerschap betekent immers rechtsverkrijging *ab initio*: geen overdracht, geen licentie. De fictieve maker wordt rechthebbende, zonder tussenstappen. Met dit concept is moeilijk te rijmen dat bepaalde bevoegdheden, zoals de persoonlijkheidsrechten, bij de fysieke maker zouden achterblijven.³¹

In de praktijk wordt deze uiterst verstrekkende consequentie echter niet noodzakelijkerwijs getrokken.³² Rechters hebben veeleer de neiging om in gevallen van fictief makerschap de regels over de niet-overdraagbaarheid van persoonlijkheidsrechten analoog toe te passen met het gevolg dat de fysieke maker ondanks fictief makerschap zijn persoonlijkheidsrechten kan blijven uitoefenen. In de zaak *Tariverdi/Stadsomroep* overwoog het Hof Amsterdam in de context van het openbaarmakingsauteursrecht ex art. 8 Aw bijvoorbeeld als volgt:

De wetgever heeft in artikel 25 lid 1 aanhef bepaald dat de – fysieke – maker van een werk zelfs nadat hij zijn auteursrecht heeft overgedragen zich kan beroepen op zijn persoonlijkheidsrechten ('droit moral'). De wetgever heeft echter niet met zoveel woorden bepaald dat, indien artikel 8 Aw van toepassing is, het persoonlijkheidsrecht ook aan de fictieve maker toekomt. Bij deze stand van zaken oordeelt het hof dat, hoewel denkbaar is dat ook een fictieve maker onder omstandigheden belang kan hebben bij de rechten van artikel 25 Aw, bij toepasselijkheid van artikel 8 Aw de fysieke maker hoe dan ook de rechten uit artikel 25 Aw blijven toekomen.³³

Deze oplossing is voor de fysieke maker op zich gunstig. Hij blijft immers houder van persoonlijkheidsrechtelijke

bevoegdheden. Op het terrein van fictief makerschap kan deze opsplitsing van exploitatie- en persoonlijkheidsrechten echter merkwaardige consequenties hebben. Art. 8 Aw is daar een goed voorbeeld van. Fictief makerschap ontstaat volgens deze bepaling juist door openbaarmaking zonder vermelding van de naam van de fysieke maker. Wanneer deze fysieke maker nu echter nog steeds de persoonlijkheidsrechten in handen heeft, ontstaat de absurde situatie dat hij op basis van art. 25 lid 1 sub a Aw zijn recht op naamsvermelding alsnog zou kunnen invoeren. Daarmee zou de hele constructie waarop fictief makerschap in dit geval is gebaseerd – namelijk openbaarmaking zonder naamsvermelding – op losse schroeven komen te staan. Uit de nadere omstandigheden van de openbaarmaking moet dus op de één of andere manier worden afgeleid dat de fysieke maker volgens art. 25 lid 3 Aw afstand heeft gedaan van het naamsvermeldingsrecht.³⁴ Dat deze vicieuze cirkel op gespannen voet staat met de garantie van het *droit de paternité* in art. 6bis van de Berner Conventie ligt voor de hand.

In het algemeen is het uiteenvallen van exploitatie- en persoonlijkheidsrechten bij fictief makerschap een bron van rechtsonzekerheid. Anders dan in overdrachtssituaties blijkt noch uit de Auteurswet noch uit het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom dat de persoonlijkheidsrechtelijke bevoegdheden van de fysieke maker blijven bestaan. De werkgever, openbaarmaker of opdrachtgever die op een solide rechtspositie als fictieve maker vertrouwt, zal dus verbaasd zijn om te horen dat hij niet geheel vrij over het werk kan beschikken. Rechtszaken over latere wijzigingen van werken die door freelancers in opdracht werden vervaardigd, illustreren de rechtsonzekerheid die op dit terrein ontstaat.³⁵

Met het *Vuurkorven*-arrest breidt de Hoge Raad deze rechtsonzekerheid verder uit. Foute aannames en daarmee gepaard gaande conflicten over de uitoefening van persoonlijkheidsrechtelijke bevoegdheden ten aanzien van industriële vormgeving kunnen nu in het algemeen ontstaan – nog los van de vraag of de tekening of het model überhaupt in aanmerking komt voor een Benelux-depot. De toewijzing van het auteursrecht aan de ontwerper volgens de algemene auteursrechtelijke regels was voor de opdrachtgever daarentegen aanleiding geweest om in het kader van contractuele afspraken duidelijkheid over de uitoefening van het auteursrecht te creëren.³⁶ Onaangename

31 Voor toekenning van de persoonlijkheidsrechten aan de fictieve maker Spoor/Verkade/Visser, *supra* noot 3, p. 362, die hiervoor echter het argument aanvoeren dat 'ook een maker ex art. 7 of art. 8 onder omstandigheden wel degelijk belang kan hebben bij de rechten van art. 25.'

32 Tegen de toekenning van persoonlijkheidsrechten aan de fictieve maker ook D.J.G. Visser, 'Overdracht van auteursrecht op logo's: wenselijk!', *AMI* 2006/5, p. 145 (149-150); N. van Lingén, 'Morele rechten van fictieve makers', in: G.J. Bijleveld e.a. (red.), *Qui bene distinguit bene docet* (Gerbrandy-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 191; A.A. Quaadvlieg, *Auteur en aantasting, werk en waarheid*, Tjeenk Willink: Zwolle 1992, p. 26; S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 290.

33 Hof Amsterdam 31 juli 2003, *Tariverdi/Stadsomroep*, *AMI* 2004/1, nr. 2, r.o. 4.1.5 (noot J.M.B. Seignette). Voor een overzicht van relevante rechtspraak waarin – met name in oudere arresten – ook anders werd geoordeeld, zie Spoor/Ver-

kade/Visser, *supra* noot 3, p. 362.

34 Heslenfeld & Mastenbroek, *supra* noot 3, p. 45-46, verwijzen bijvoorbeeld naar praktische of esthetische redenen voor het achterwege laten van de naamsvermelding die de fysieke maker bekend waren.

35 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 16 december 2003, *ECLI:NL:GHSHE:2003:AO1618*, *Zeno/Agio*, *BIE* 2005, 26, r.o. 7.2; Rb. Almelo 25 september 2012, *ECLI:NL:RBALM:2012:BX8407*, r.o. 4.9 en 4.10. Uitvoerig over het gevaar van rechtsonzekerheid verder Heslenfeld & Mastenbroek, *supra* noot 3, p. 46-47.

36 Ook Quaadvlieg, *supra* noot 22, p. 394-395, geeft duidelijk de voorkeur aan contractuele oplossingen. De resultaten van rechtsverkrijging via fictief makerschap omschrijft hij treffend als volgt: 'De Electrolux/Voortman rechtspraak treft dus talloze auteurs-opdrachtnemers aan als Pearl Harbor op zondagmorgen: argeloos dobberend op illusies van veiligheid.' Voor contractuele oplossingen ook Visser, *supra* noot 29, p. 150.

verrassingen waren de opdrachtgever – zonder de bedrieglijke schijn van een solide rechtspositie op basis van fictief makerschap – dan bespaard gebleven.

Internationaal privaatrecht

Ten vierde komt daar nog bij dat contractuele afspraken, zoals een wereldwijd geldende overdracht van het auteursrecht, ook vanuit conflictenrechtelijk perspectief geen kwaad kunnen. Met het *Vuurkorven*-arrest voegt de Hoge Raad aan het reeds bestaande repertoire van eigenaardige gevallen van fictief makerschap een verder geval betreffende industriële vormgeving toe. Zoals reeds besproken neemt Nederland ten aanzien van fictief openbaarmakingsauteursrecht ex art. 8 Aw een wereldwijde uitzonderingspositie in. In andere landen zijn vergelijkbare regelingen niet te vinden. De fictieve maker die in Nederland op grond van een openbaarmaking zonder vermelding van de naam van de fysieke maker het auteursrecht heeft verworven, kan zich echter in andere landen niet noodzakelijkerwijs op deze Nederlandse rechtspositie beroepen.

Uitgangspunt voor de beoordeling van een auteursrechtelijke claim in het buitenland is het gelijkheidsbeginsel dat in art. 5 lid 1 van de Berner Conventie is neergelegd. Daarnaast bepaalt art. 5 lid 2 van de Berner Conventie als volgt:

Bijgevolg worden, buiten de bepalingen van deze Conventie, de omvang van de bescherming, zowel als de rechtsmiddelen, die de auteur worden gewaarborgd ter handhaving van zijn rechten, uitsluitend bepaald door de wetgeving van het land, waar de bescherming wordt ingeroepen.

De meningen over de strekking van art. 5 lid 2 zijn verdeeld. Aan de ene kant kan worden betoogd dat de bepaling slechts de omvang van bescherming regelt. Om de maker vast te stellen zou dan wellicht de *lex originis* – en dus in gevallen van Nederlandse werken Nederlands recht – toegepast kunnen worden.³⁷ Aan de andere kant is verdedigbaar dat art. 5 lid 2 als een specifieke verwijzing naar de *lex loci protectionis* moet worden opgevat en dat dus de maker moet worden vastgesteld op basis van het auteursrecht van het land waar de bescherming wordt ingeroepen. In Nederland heeft laatstelijk Schaafsma dit tweede standpunt in zijn proefschrift ingenomen.³⁸ In andere landen is de vraag inmiddels door de rechter beslist. In het afgelopen jaar heeft bijvoorbeeld de Franse *Cour de cassation* in de zaak

Fabrice X/ABC International voor de *lex loci protectionis* gekozen.³⁹

Voor Nederlandse fictieve makers, zoals opdrachtgevers van industriële vormgeving, betekent dit dat de toekenning van het auteursrecht ten aanzien van Nederland, in Frankrijk geen stand zou houden. De Franse rechter zou de maker veeleer op basis van het Franse auteursrecht vaststellen en bij gebrek aan vergelijkbare regelingen inzake fictief makerschap de ontwerper als auteursrechthebbende beschouwen. De solide rechtspositie in Nederland kan dus makkelijk een zwakke rechtspositie in andere landen versluieren. Opdrachtgevers die op grond van de erkenning van fictief makerschap in Nederland geen aanleiding zien om contractuele afspraken te maken over de uitoefening van het auteursrecht in het buitenland kunnen dus bij de uitbreiding van hun activiteiten naar andere landen voor verrassingen komen te staan.

Ook vanuit het perspectief van het internationale privaatrecht is de verdere uitbreiding van fictief opdrachtgeversauteursrecht in het *Vuurkorven*-arrest dus twijfelachtig. Met de algemene toepassing van art. 3.29 en 3.8 lid 2 BVIE op industriële vormgeving creëert de Hoge Raad een verdere vreemde eend in de bijt naast het reeds langer bestaande – en niet minder twijfelachtige – openbaarmakingsauteursrecht ex art. 8 Aw.

Conclusie

Het *Vuurkorven*-arrest van de Hoge Raad is betreurenswaardig. Het laat zien dat in de Nederlandse rechtspraak de nodige terughoudendheid bij de toepassing van de regels omtrent fictief makerschap ontbreekt. Uiteindelijk is nu de wetgever aan zet. Aangezien art. 8 Aw op gespannen voet staat met art. 6bis van de Berner Conventie en de globale erkenning van fictief opdrachtgeversauteursrecht ten aanzien van industriële vormgeving op basis van art. 3.29 en 3.8 lid 2 BVIE in het licht van het Europese modellenrecht, de auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten, het internationale privaatrecht en de uit dit alles resulterende rechtsonzekerheid problematisch moet worden geacht, bestaat voldoende aanleiding om zowel het opdrachtgeversauteursrecht ex art. 3.29 en 3.8 lid 2 BVIE alsook het openbaarmakingsauteursrecht ex art. 8 Aw af te schaffen.⁴⁰

37 Zie S. Ricketson & J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond*, Oxford: Oxford University Press 2006, Vol. 1, p. 375-376, voor een overzicht van de verschillende opties en Vol. 2, p. 1320-1321, ten aanzien van de toepassing van de *lex originis*. Voor toepassing van de *lex originis* ook P. Goldstein & P.B. Hugenholtz, *International Copyright – Principles, Law, and Practice*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 134-136. Zie verder M.M.M. van Eechoud, *Choice of Law in Copyright and Related Rights – Alternatives to the Lex Protectionis*, Den Haag/Londen/New York: Kluwer Law International 2003, p. 181, die een functionele conflictregel voorstelt waarbij de gewone

woonplaats van de fysieke maker uitgangspunt voor de vaststelling van het toepasselijke recht zou zijn.

38 S.J. Schaafsma, *Intellectuele eigendom in het conflictenrecht – De verborgen conflictregel in het beginsel van nationale behandeling*, Deventer: Kluwer 2009, p. 358-363.

39 Cour de cassation 10 april 2013, zaak nr. 11-12508, *Fabrice X/ABC Intercontinental Inc.*, *GRUR Int.* 2013, p. 955.

40 De noodzaak om art. 8 Aw af te schaffen wordt eveneens benadrukt door Heslenfeld & Mastenbroek, *supra* noot 3, p. 46-47, onder verwijzing naar het risico van te grote rechtsonzekerheid.