

Nr. 12/02298

Mr. D.W.F. Verkade

Zitting 3 mei 2013

*Conclusie* inzake

Art & Allposters International BV,  
eiseres (hierna: 'Allposters')

*tegen:*

Stichting Pictoright,  
verweerster (hierna: 'Pictoright')

### *1. Inleiding*

1.1. Allposters verhandelt zgn. 'canvas transfers', waarbij zij (met een chemisch procedé) reproducties van schilderwerken van papier op canvas heeft overgebracht.

Namens rechthebbenden maakt Pictoright daartegen bezwaar.

1.2. Het hof ('s-Hertogenbosch) heeft in het bestreden arrest – onder verwijzing naar HR 19 januari 1979, NJ 1979, 412 (Poortvliet/Hovener) – geoordeeld dat de (verondersteld: rechtmatig) in het verkeer gebrachte reproducties door Allposters aldus in een nieuwe vorm worden verspreid, leidend tot een nieuwe exploitatiemogelijkheid; en daarmee tot een nieuwe – te verbieden – openbaarmaking in de zin van art. 12 Auteurswet (Aw).

1.3. Hoofdvragen in cassatie zijn:

(A) (i) valt dit onderwerp inmiddels onder het 'distributierecht', en (potentieel) onder de beperking daarvan door de 'uitputtingsregel', van art. 4 Auteursrechtlijn 2001/29/EEG?

(ii) zo ja, hoe moet het EU-recht ten deze nader vormgegeven worden?

(B) Indien niet-geharmoniseerd Nederlands recht toepasselijk zou blijken: heeft het hof de 'Poortvliet/Hovener-doctrine' op juiste wijze toegepast?

1.4. Door geen van partijen is erover geklaagd dat het hof niet is toegekomen aan de vraag of de 'canvas transfers' al dan niet als verveelvoudigingen in (Unie-)auteursrechtelijke zin kwalificeren<sup>1</sup>. Evenmin zijn persoonlijkheidsrechtelijke kwesties aan de orde.

---

<sup>1</sup> Vgl. rov. 4.7.14, laatste volzin, van het arrest a quo.

## 2. Feiten

2.1. Het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch heeft in rov. 4.1.2 t/m 4.1.6 van zijn arrest van 3 januari 2012<sup>2</sup> een samenvatting van de relevante feiten gegeven, die in cassatie niet is bestreden. Daaruit neem ik over:

‘4.1.2. Pictoright is een auteursrechtorganisatie die de belangen behartigt van de bij haar aangesloten auteursrechthebbenden. Op grond van overeenkomsten met buitenlandse zusterorganisaties behartigt zij ook de belangen in Nederland van buitenlandse kunstenaars. Deze belangenbehartiging bestaat uit het recht om namens de rechthebbenden de auteursrechten te exploiteren, bijvoorbeeld door middel van het verstrekken van licenties, en op te treden tegen inbreuken. Pictoright behartigt onder meer de belangen van (de erven van) Pablo Picasso, Wassily Kandinsky, Henri Matisse, Edvard Munch, Joan Miró, Marc Chagall, Francis Bacon, Bruno Paul, Hans Bohrdt, Henk Hofstra en Rie Cramer en tot 1 januari 2011 Paul Klee (hierna: de Rechthebbenden).

4.1.3. Allposters is een aanbieder van posters en prints. Zij is onderdeel van Art.com, één van de grootste aanbieders van posters en prints. Via haar websites [www.allposters.nl](http://www.allposters.nl) en [www.allposters.com](http://www.allposters.com) biedt Allposters posters en andere kunstreproducties aan waarop werken zijn afgebeeld van onder meer de onder 4.1.2 genoemde kunstenaars (hierna: de Kunstenaars).

4.1.4. Personen die een bestelling van een kunstreproductie willen plaatsen bij Allposters hebben onder meer de keuze tussen een poster, een ingelijste poster, een poster op hout of een afbeelding op canvas. Indien de klant kiest voor een afbeelding op canvas is de werkwijze als volgt. Allposters neemt een papieren poster, brengt op die poster een kunststof laag aan (het laminaat), zet de afbeelding van het papier door gebruikmaking van een chemisch procedé over op een canvasdoek en spant het canvasdoek op een houten frame. Dit procedé en het resultaat ervan duidt zij aan als “canvas transfer”.

4.1.5. Pictoright heeft geconstateerd dat Allposters reproducties van werken van de Kunstenaars te koop aanbiedt, waaronder “canvas transfers”. [...]

## 3. Procesverloop

3.1. Pictoright heeft bij exploit van 16 oktober 2008 Allposters gedagvaard voor de rechtbank te Roermond en, na wijziging van eis, kort samengevat, gevorderd Allposters te veroordelen elke directe of indirecte inbreuk op de auteursrechten en/of persoonlijkheidsrechten van de rechthebbenden te staken, met nevenvoorzieningen, alsmede tot betaling van schadevergoeding en van proceskosten. Volgens Pictoright maakt Allposters inbreuk op de auteursrechten van de rechthebbenden en handelt zij onrechtmatig jegens hen, door zonder hun toestemming werken op canvas aan te brengen, in die vorm te verveelvoudigen en/of openbaar te maken. Worden de posters ook afgesneden alvorens ze op canvas worden aanbracht, dan maakt Allposters ook inbreuk op de persoonlijkheidsrechten van de kunstenaars.

Allposters heeft verweer gevoerd en betwist dat sprake zou zijn van auteursrechtelijk relevante verveelvoudigingen of openbaarmakingen.

---

<sup>2</sup> LJN BV0773, NJF 2012, 116.

3.2. De rechtbank heeft bij vonnis van 22 september 2010<sup>3</sup> alle vorderingen van Pictoright afgewezen<sup>4</sup>.

3.3. Pictoright is in hoger beroep gekomen. Allposters voerde verweer. Het hof heeft bij arrest van 3 januari 2012 het vonnis vernietigd en de vorderingen van Pictoright gedeeltelijk toegewezen. Het hof overwoog daartoe:

*'Kernvragen – overzetten van (een deel van) een poster op canvas en art. 12 en 13 Aw*

4.7. Zoals hiervoor overwogen is de kernvraag van het onderhavig geschil in hoger beroep de vraag of het door Allposters verhandelen van “canvas transfers” van werken van de Kunstenaars een openbaarmakingshandeling of verveelvoudigingshandeling in de zin van art. 12 en 13 Aw inhoudt. Het hof zal deze kernvraag en daarmee ook de grieven II en III gezamenlijk behandelen. Allereerst zal het hof de vraag beantwoorden of de verhandeling van “canvas transfers” een nieuwe openbaarmaking inhoudt ten opzichte van de openbaarmaking van de poster waarvan de “canvas transfer” wordt gemaakt.

4.7.1. Op grond van art. 1 Aw is het uitgangspunt in het auteursrecht dat aan de auteursrecht-hebbende het uitsluitend recht toekomt om het werk openbaar te maken en te verveelvoudigen. Voor zover in de onderhavige procedure relevant, wordt conform art. 12 Aw onder de openbaarmaking van een werk mede verstaan de openbaarmaking van een verveelvoudiging – in de zin van een exemplaar waarin het werk is vastgelegd – van het geheel of een gedeelte van het werk. De verkoop van een poster of van een canvasproduct waarin het werk van één van de Kunstenaars is vastgelegd valt dus onder het begrip openbaarmaken.

4.7.2. Het hof stelt voorop dat het uitsluitend recht van de Rechthebbenden de openbaarmaking omvat van ieder afzonderlijk exemplaar waarin het werk is vastgelegd (vergelijk HR 18 december 1953, NJ 1954/258, Polak/De Muinck). Dat betekent dat voor de openbaarmaking van ieder exemplaar de toestemming van de rechthebbende vereist is.

Ter uitvoering van de Europese Richtlijn 2001/29/EEG Auteursrecht in de informatiemaatschappij (hierna: Richtlijn Auteursrecht) is art. 12b Aw opgenomen in de Auteurswet. Uit tekst van art. 4 lid 2 van deze richtlijn volgt dat het distributierecht met betrekking tot het origineel of kopieën van een werk in de EU alleen dan is uitgeput wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsovergang van dat materiaal in de EU geschiedt door de rechthebbende of met diens toestemming. Art. 12b Aw regelt de zogenoemde uitputting van het distributierecht van een exemplaar van een auteursrechtelijk beschermd werk. Is een exemplaar van het werk door of met toestemming van de Rechthebbenden in de EU/EER in het verkeer gebracht door eigendomsoverdracht dan is op grond van art. 12b Aw de verdere verspreiding van dat exemplaar binnen de EU/EER vrij.

4.7.3. Voor de beoordeling van de vraag of de openbaarmaking van “canvas transfers” die zijn vervaardigd van in het verkeer gebrachte posters, kan vallen onder de uitzondering op het uitsluitend recht tot openbaarmaking van art. 12b Aw, is een vergelijkbaar geval voorhanden in de casus die door de Hoge Raad is beslist in het Poortvliet-arrest (HR 19 januari 1979, LJN AC6463, NJ 1979/412).

4.7.4. In het Poortvliet-arrest heeft de Hoge Raad onder meer geoordeeld:

<sup>3</sup> AMI 2011, nr. 3, p. 25.

<sup>4</sup> Ik merk terzijde op dat partijen in een andere (kortgeding-) procedure hebben geprocedeerd over de vraag of het aanbieden van e-cards door Allposters inbreuk op auteursrecht opleverde: Vzr. Rb Amsterdam 28 januari 2010, LJN BL2371, IER 2010, nr. 49, p. 345 m.nt. M. de Cock Buning.

“Blijkens 's Hofs arrest staat vast dat Poortvliet door aan Unieboek de door hem vervaardigde schilderijen ter reproductie ten behoeve van een door haar uit te geven kalender af te staan, aan Unieboek slechts het recht heeft gegeven die schilderijen tot dat doel en in die vorm te verveelvuldigen en openbaar te maken, en niet om deze als losse reproducties in de handel te brengen. Voorts staat blijkens 's Hofs arrest vast dat Hovener een aantal van de reproducties van door hem gekochte kalenders heeft afgeknipt, op spaanplaat geplakt en op die manier aan het publiek heeft aangeboden en verkocht.

Door, hiervan uitgaande, aan te nemen dat Hovener de schilderijen heeft openbaar gemaakt in de zin van de Auteurswet, heeft het Hof noch art. 12, lid 1, aanhef en onder 2e, van die wet geschonden, noch aan het vermelde begrip ‘openbaar maken’ een onjuiste uitleg of toepassing gegeven of zijn beslissing op dit punt onvoldoende gemotiveerd. Daaraan doet niet af dat de door Hovener gekochte kalenders in druk waren verschenen, nu Hovener aan de reproducties die onderdeel waren van de kalenders – naar hun aard slechts gedurende een korte periode voor en in het jaar waarvoor zij bestemd waren, op normale wijze verkoopbaar –, een andere vorm heeft gegeven en ze in die vorm afzonderlijk onder het publiek heeft verspreid.”

4.7.5. Ingevolge het Poortvliet-arrest is er sprake van een nieuwe openbaarmaking in de zin van art. 12 Aw in geval het door de rechthebbende in het verkeer gebrachte exemplaar in een andere vorm onder het publiek wordt verspreid. Het gaat dan om een nieuwe vorm die aan het exemplaar is gegeven hetgeen leidt tot een nieuwe exploitatiemogelijkheid voor degene die deze nieuwe vorm van het oorspronkelijk in het verkeer gebrachte exemplaar verhandelt. De vraag of er sprake is van een nieuwe openbaarmaking door de verhandeling van “canvas transfers” door Allposters zal het hof in dit licht beoordelen.

4.7.6. Allereerst zal het hof beoordelen of de “canvas transfers” waartegen Pictoright ageert een nieuwe vorm hebben ten opzichte van de in het verkeer gebrachte posters van de werken van de Kunstenaars.

4.7.7. Door Allposters is het procedé toegelicht hoe zij van posters “canvas transfers” maakt, waarbij de afbeelding met chemische processen op een canvasdoek wordt overgebracht, dat om een houten frame wordt gespannen. De print wordt met acrylvernis op het canvasmateriaal gehecht en van een UV-laag voorzien ter bescherming tegen stof, vocht en zonlicht, zoals blijkt uit de door Allposters bij pleidooi op pagina 22 van haar pleitnota overgelegde print van haar website. Uit deze omschrijving volgt dat het exemplaar, de papieren poster, zoals dat door de Rechthebbenden in het verkeer is gebracht, wordt vervangen door iets anders, namelijk een afbeelding op een canvasdoek op een houten frame. Het losmaken van de drukinkt van het papier en de overbrenging daarvan op canvas vormt een verandering in de toestand van de betrokken exemplaren die van een wezenlijk andere aard is dan het inlijsten van de bewuste poster. Het hof heeft ter zitting kunnen vaststellen dat die exemplaren vanwege de “door de afbeelding heen” zichtbare structuur van de canvas-ondergrond en het matte aanzien een ander uiterlijk krijgen.

4.7.8. Allposters heeft betwist dat de kleur van de “canvas transfer” verschilt van die van de poster, maar zij heeft niet weersproken dat op haar website bij het aanbod van “canvas transfer” staat vermeld: “Canvas Color Depth”, hetgeen aannemelijk maakt dat er enige wijziging in de waarneming van de kleur optreedt. Het hof heeft daarnaast ter zitting kunnen waarnemen dat de kleur van de “canvas transfer” een ander aanzien heeft dan de kleur van de poster.

4.7.9. Dit heeft tot gevolg dat de “canvas-transfer” die Allposters op de markt brengt niet meer kan worden beschouwd als het door de rechthebbende in het verkeer gebrachte “exemplaar” in de zin van art. 12b Aw, resp. het “materiaal” in de zin van art. 4 lid 2 Richtlijn Auteursrecht waarop de uitputting blijkens die bepalingen betrekking heeft (nog daargelaten dat ten aanzien van de posters die Allposters voor de “canvas transfer” gebruikt overigens nog niet vaststaat dat die inderdaad door of met toestemming van de rechthebbenden in de EER in

het verkeer gebracht zijn; zie hiervoor r.o. 4.6.2). Uit het beginsel van de Richtlijn Auteursrecht dat steeds van een hoog beschermingsniveau moet worden uitgegaan (considerans paragraaf 9) en uit de bewoordingen van art. 4 lid 2 van die richtlijn dat de uitputting "alleen dan" optreedt wanneer het gaat om distributie van het materiaal dat door de rechthebbende of met diens toestemming in het verkeer is gebracht, moet worden afgeleid dat de uitputting als beperking van het distributierecht van de rechthebbende strikt moet worden geïnterpreteerd en niet optreedt wanneer het gaat om verdere verspreiding van een exemplaar van het werk dat een ingrijpende wijziging heeft ondergaan zoals in dit geding aan de orde is. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat het in deze zaak gaat om auteursrecht op werken van beeldende kunst, waarvan het visueel waarneembare uiterlijk een wezenlijk aspect vormt en waarbij mitsdien een wijziging in het uiterlijk van een exemplaar van het werk eerder als ingrijpend moet worden aangemerkt dan bijvoorbeeld bij werken van letterkunde of wetenschap.

4.7.10. De vraag is vervolgens of deze nieuwe vorm leidt tot een nieuwe exploitatiemogelijkheid voor Allposters en daarmee een nieuwe openbaarmaking inhoudt. Pictoright stelt dat er sprake is van een nieuwe exploitatiemogelijkheid voor Allposters, omdat de "canvas transfer" duurzamer is, het aanzien heeft van een schilderij, vele malen duurder is dan de poster en een andere functie bekleedt. Bovendien stelt Pictoright dat door de overzetting van een poster op canvas een geheel ander/nieuw product ontstaat waarmee een andere doelgroep wordt bereikt.

Allposters stelt dat er geen sprake is van een nieuwe markt, omdat de "canvas transfers" dezelfde functie hebben als de posters, mede omdat zij beide tot de productgroep wanddecoratie behoren, een vergelijkbare omlooptijd kennen en dat de prijs in vergelijking met ingelijste posters niet hoger is. Daaraan voegt zij toe dat het vervaardigen van canvas producten van posters maatschappelijk gebruikelijk en aanvaardbaar is.

4.7.11. Het hof neemt tot uitgangspunt dat voor de beoordeling of de nieuwe vorm tot een nieuwe exploitatiemogelijkheid voor Allposters leidt, de prijs van "canvas transfers" niet moet worden vergeleken met die van een ingelijste poster, maar met die van de losse poster waarvan de "canvas transfer" wordt gemaakt. Deze poster is het exemplaar dat via de Rechtshouders in het verkeer is gebracht (vergelijk art. 12b Aw). Uit de stukken blijkt dat de prijsstelling van de door Allposters aangeboden "canvas transfers" aanzienlijk hoger ligt dan de prijs van de posters, waarvan deze "canvas transfers" worden vervaardigd. Zoals Allposters ook zelf aangeeft, is het enkele gegeven dat zowel posters als "canvas transfers" behoren tot de productgroep wanddecoratie niet doorslaggevend voor de vraag of sprake is van een nieuwe openbaarmaking. Allposters geeft zelf aan dat muurstickers, die ook bestemd zijn voor wanddecoratie, een andere vorm inhouden ten opzichte van posters. Het hof is van oordeel dat dit evenzeer geldt voor de door Allposters aangeboden "canvas transfers". Deze hogere prijsstelling en de nieuwe vorm die "canvas transfers" hebben ten opzichte van de posters waarvan ze worden vervaardigd, brengen mee dat Allposters een andere doelgroep kan bereiken, namelijk de consumenten die meer geld willen uitgeven om een ander product aan de muur te hebben dan een poster. Haar stelling dat het vervaardigen van canvas producten van posters van werken die auteursrechtelijk beschermd zijn, maatschappelijk gebruikelijk en aanvaardbaar is, heeft Allposters tegenover de betwisting door Pictoright niet nader onderbouwd, zodat het hof hieraan voorbij gaat.

4.7.12. Gelet op het voorgaande is het hof van oordeel dat de nieuwe vorm die is ontstaan door de wijziging van het exemplaar samen met de hogere prijsstelling van "canvas transfers", Allposters een nieuwe exploitatiemogelijkheid verschaffen.

4.7.13. Allposters heeft ook nog als verweer gevoerd dat de aankoop van een canvas product feitelijk bestaat uit twee handelingen. De eerste handeling zou bestaan uit de eigendomsoverdracht van de poster aan de consument constituto possessorio en de tweede handeling bestaat

uit het plaatsen van de poster op een canvas ondergrond. Deze stelling is door Pictoright betwist. Gelet op de handelwijze van Allposters, zoals die door partijen in de stukken naar voren is gebracht, is er geen sprake van een eigendomsoverdracht voordat de poster op canvas wordt overgezet. De consument heeft de keuze om een poster te bestellen óf een canvasproduct. Uit niets blijkt dat de consument eerst de poster bestelt en deze betaalt en vervolgens, middels een nieuwe bestelling, van deze poster een "canvas transfer" laat vervaardigen. Deze stelling van Allposters gaat dan ook niet op.

4.7.14. Op grond van het voorgaande is het hof van oordeel dat de vraag of de verhandeling van "canvas transfers" een verboden openbaarmaking inhoudt, bevestigend dient te worden beantwoord. Op grond van art. 12 Aw is de openbaarmaking uitsluitend voorbehouden aan de Rechthebbenden en gaat het beroep van Allposters op uitputting conform art. 12b Aw – onafhankelijk van de vraag of vaststaat dat de posters met toestemming van de Rechthebbenden binnen de EU/EER door eigendomsoverdracht in het verkeer zijn gebracht – niet op. Door Allposters wordt inbreuk gemaakt op het auteursrecht van de Rechthebbenden door de verhandeling van de "canvas transfers".

Dit brengt mee dat de derde grief slaagt. De tweede grief, waarin de vraag aan de orde is of er sprake is van verveelvoudiging van het werk van de Kunstenaars behoeft daarom geen afzonderlijke behandeling.

4.8. In de toelichting op haar derde grief heeft Pictoright nog gesteld dat de rechtbank ten onrechte geen uitspraak heeft gedaan over de openbaarmakingen op de website van Allposters van afbeeldingen van de beschermde werken. Pictoright stelt dat het tonen van de afbeeldingen van de beschermde werken in meerdere formaten en op meerdere pagina's een ongeoorloofde openbaarmaking inhoudt, omdat dit zou gaan om zelfstandige openbaarmakingshandelingen. Zoals hiervoor overwogen ziet het onderhavig geschil op het verhandelen van "canvas transfers" van werken van de Kunstenaars. Gelet op het oordeel dat een "canvas transfer" als een openbaarmaking geldt, acht het hof het aanbieden van "canvas transfers" van de werken van de Kunstenaars op de website eveneens een openbaarmaking in de zin van art. 12 Aw, die is voorbehouden aan de Rechthebbenden. Voor zover deze vordering ook ziet op het tonen van andere afbeeldingen, acht het hof deze niet voldoende gepreciseerd en zal het hof deze om die reden afwijzen.

4.9. Het voorgaande brengt mee dat het hof het vonnis van de rechtbank zal vernietigen en de vorderingen van Pictoright zal toewijzen zoals hieronder nader besproken.'

3.4. Bij exploit van 3 april 2012 heeft Allposters (tijdig) cassatieberoep ingesteld. Pictoright heeft verweer gevoerd. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht. Allposters heeft gerepliceerd. Pictoright heeft afgezien van dupliek.

#### *4. Bespreking van het cassatiemiddel*

4.0. De opbouw van het cassatiemiddel is als volgt.

Onderdeel 1 klaagt dat het hof op de onderhavige 'canvas transfer' ten onrechte de 'Poortvliet-doctrine' heeft toegepast: zulks in de eerste plaats omdat het hof het toepasselijke Europees geharmoniseerde auteursrecht niet of onjuist heeft toegepast, en in de tweede plaats om enkele andere in het onderdeel aangevoerde redenen.

Onderdeel 2 gaat er (subsidiair) van uit dat de 'Poortvliet-doctrine' nog steeds geldt, en betoogt dat het hof die onjuist heeft toegepast.

Onderdeel 3 bestrijdt 's hofs oordeel in rov. 4.8, waarin het hof ook de afbeelding / aanbieder van de onderhavige 'canvas transfers' op Allposters' website onrechtmatig oordeelde. Ook hier zou het hof het Unierecht miskend hebben.

#### *4.A. Onderdeel 1 ('canvas transfer' en (Unierechtelijk) distributie-auteursrecht*

##### *4.A.1. Inleidende opmerkingen over (toepasselijkheid van) Unierechtelijk distributierecht*

4.1.1. In cassatie is het (hypothetisch) uitgangspunt dat de door Allposters verkregen reproducties, waarop zij vervolgens de 'canvas transfer' toepast, door of namens de rechthebbenden in de EU/EER rechtmatig in het verkeer zijn gebracht.<sup>5</sup>

Wederverkoop van exemplaren van auteursrechtelijk beschermde werken zonder enige (traceerbare) transformatie van die exemplaren, is uiteraard orde van de dag.

Transformatie vóór of bij wederverkoop is uitzonderlijk. Daartoe bestaan in Nederland en in EU-verband (dan ook) geen toegesneden regels<sup>6</sup>. Jurisprudentie is zeldzaam, en op EU-niveau nog non-existent.

4.1.2. In de nrs. 4.2 - 4.4 vermeld ik de toepasselijke algemene regels op mondiaal, Europees en nationaal niveau. Terwijl het Nederlandse auteursrecht vanaf 1912 uitgaat van twee ruim omschreven aan de auteur toekomende rechten 'openbaar maken' en 'verveelvoudigen', is dat in andere jurisdicties doorgaans niet het geval: ook niet op mondiaal en EU-niveau. Op EU-niveau is het (deel)recht dat in deze cassatieprocedure ter discussie staat: het distributierecht. In Nederland is dat een onderdeel van het algemene openbaar-makingsrecht van art. 1 en art. 12, lid 1, onder 1<sup>o</sup> Aw, dat in 2004 overeenkomstig EU-rechtelijke harmonisering uitdrukkelijk wettelijk beperkt is door het toen ingevoerde art. 12b Aw.

4.2. Artikel 6 van het 'WIPO Copyright Treaty' van 20 december 1996 (hierna: WCT)<sup>7</sup> luidt:

#### *'Article 6. Right of Distribution*

(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their works through sale or other transfer of ownership.

(2) Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the work with the authori-

<sup>5</sup> Vgl. rov. 4.6.2 van het arrest a quo.

<sup>6</sup> Al kan 'verminking' inbreuk op persoonlijkheidsrechten opleveren, en al bestaan er wél specifieke regels tegen verwijdering van (elektronische) beveiligingscodes in exemplaren. Zie over 'wijziging van de toestand van de waren' in merkenrechtelijke context hierna nr. 4.16.

<sup>7</sup> Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (WIPO) inzake het auteursrecht; voor Nederland in werking getreden op 14 maart 2010 (Trb. 2010, nr. 59). Goedgekeurd bij besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000, Pb. L 89/6. Vermeld in de considerans van de Auteursrechtrichtlijn (zie hierna); vgl. nr. 4.5 hierna.

zation of the author.’<sup>8</sup>

4.3.1. Artikel 4 van de Auteursrechtlijn (hierna: Richtlijn 2001/29/EG, of: ARI)<sup>9</sup> luidt:

‘Artikel 4. Distributierecht

1. De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, elke vorm van distributie onder het publiek van het origineel van hun werken of kopieën daarvan, door verkoop of anderszins, toe te staan of te verbieden.

2. Het distributierecht met betrekking tot het origineel of kopieën van een werk is in de Gemeenschap alleen dan uitgeput, wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsovergang van dat materiaal in de Gemeenschap geschiedt door de rechthebbende of met diens toestemming.’

4.3.2. Specifiek ten aanzien van dit distributierecht vermeldt de considerans van de ARI onder punt 28:

‘De bescherming van het auteursrecht uit hoofde van deze richtlijn omvat het uitsluitende recht zeggenschap over de distributie van het werk uit te oefenen, wanneer dit in een tastbare zaak is belichaamd. De eerste verkoop in de Gemeenschap van het origineel van een werk of van kopieën daarvan door de rechthebbende of met diens toestemming leidt tot uitputting van het recht zeggenschap over de wederverkoop van die zaak binnen de Gemeenschap uit te oefenen. Er treedt geen uitputting van dit recht op ten aanzien van het origineel of kopieën die door de rechthebbende of met diens toestemming buiten de Gemeenschap worden verkocht. Het verhuurrecht en het uitleenrecht voor de auteurs zijn vastgelegd in Richtlijn 92/100/EEG. Het in deze richtlijn vastgelegde distributierecht laat de bepalingen betreffende het verhuurrecht en het uitleenrecht in hoofdstuk 1 van Richtlijn 92/100/EEG onverlet.’

4.4. De artikelen 1, 12 lid 1, en 12b van de Nederlandse Auteurswet luiden:

‘Artikel 1.

Het auteursrecht is het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te veeleelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld.

Artikel 12, lid 1.

1. Onder de openbaarmaking van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt mede verstaan:

1°. de openbaarmaking van eene veeleelvoudiging van het geheel of een gedeelte van het werk;

2°. de verbreiding van het geheel of een gedeelte van het werk of van eene veeleelvoudiging daarvan, zoolang het niet in druk verschenen is;

3°. het verhuren of uitlenen van het geheel of een gedeelte van een exemplaar van het werk met uitzondering van bouwwerken en werken van toegepaste kunst, of van een ver-

<sup>8</sup> Een ‘Agreed Statement’ bij dit artikel luidt: ‘As used in these Articles, the expressions “copies” and “original and copies,” being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles, refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects.’

<sup>9</sup> Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatie-maatschappij, Pb. L 167/10.



veelvoudiging daarvan die door de rechthebbende of met zijn toestemming in het verkeer is gebracht;

4°. de voordracht, op- of uitvoering of voorstelling in het openbaar van het geheel of een gedeelte van het werk of van eene verveelvoudiging daarvan;

5°. het uitzenden van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door middel van een satelliet of een andere zender of een omroepnetwerk als bedoeld in artikel 1.1 van de Mediawet 2008.

[...]

Artikel 12b.

Indien een exemplaar van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst door of met toestemming van de maker of zijn rechtverkrijgende voor de eerste maal in een van de lidstaten van de Europese Unie of in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte in het verkeer is gebracht door eigendomsoverdracht, dan vormt het anderszins in het verkeer brengen van dat exemplaar, met uitzondering van verhuur en uitlening, geen inbreuk op het auteursrecht.'

4.5. Ik heb (artikel 6 van) het World Copyright Treaty (WCT) hierboven vermeld, omdat de considerans van Auteursrechtrichtlijn ernaar verwijst<sup>10</sup>, en omdat – naar blijken zal – het Hof van Justitie van de EG/EU er soms naar verwijst. Het behoeft voor het overige geen (afzonderlijke) bespreking.

4.6. De aandacht gaat hierna vooral uit naar art. 4 ARI. Tussen partijen is in confesso dat de ARI in ieder geval *temporeel* gelding heeft vanaf het tijdstip waarop de door Pictoright aan Allposters verweten handelingen een aanvang namen.

4.7. Zoals uit de aangehaalde tekst van art. 4 ARI al blijkt, voorziet deze Unierechtelijke regeling enerzijds (in lid 1) in een ruim omschreven distributierecht, maar anderzijds (in lid 2), in een belangrijke uitzondering daarop: de zgn. uitputtingsregel ten aanzien van door de rechthebbende of met diens toestemming in het verkeer gebrachte exemplaren.

4.8. Een van de redenen waarom het distributierecht van art. 4 lid 1 ARI in aanvulling op het (hier verder niet besproken) reproductierecht<sup>11</sup> voor de auteursrechthebbende van belang is, is dat in geval van zonder toestemming gemaakte reproducties, met het distributierecht tegen *wederverkopers* daarvan kan worden opgetreden. Daaraan kan (temeer) behoefte bestaan indien de (binnen- of buitenlandse) verveelvoudiger niet of moeilijk is op te sporen, dan wel niet of moeilijk (effectief) in rechte kan worden betrokken.

<sup>10</sup> Vgl. punt 15 van de considerans: 'De diplomatieke conferentie die in december 1996 is gehouden onder de auspiciën van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (WIPO), heeft geleid tot de aanneming van twee nieuwe verdragen, het Verdrag van de WIPO inzake het auteursrecht en het Verdrag van de WIPO inzake uitvoeringen en fonogrammen [...]. De Gemeenschap en een meerderheid van de lidstaten hebben de verdragen reeds ondertekend en de voorbereidingen voor de ratificatie van de verdragen door de Gemeenschap en de lidstaten zijn gaande. Met deze richtlijn wordt onder meer ook beoogd een aantal van de nieuwe internationale verplichtingen na te komen.'

<sup>11</sup> In de ARI geregeld in art. 2.

4.9. Houders van octrooi-, merk- en auteursrechten hebben vanaf de eerste helft van de 20e eeuw het distributierecht ook ingeroepen om markten territoriaal te scheiden. Een economische reden daarvoor was winstmaximalisatie, in het geval dat in het (rijkere) land A een hogere marge kan worden behaald dan in het (armere) land B, terwijl de verkoop in land B toch nog profijtelijk kan zijn. Vanuit die optiek moet voorkomen worden dat derden (zo genoemde parallel-importeurs) de betrokken voorwerpen in land B relatief goedkoop inkopen, en verhandelen naar wederverkopers in land A, die de goederen daar op de markt brengen voor een lagere prijs dan de IE-rechthebbende daar pleegt te realiseren. Een juridische grondslag hiervoor kon worden gezocht in het *territoriale* karakter van het IE-recht: met het in het verkeer brengen in land B was (of zou) het 'onafhankelijke' IE-recht in land A nog niet uitgeput (zijn).

Ook binnen nationale grenzen kon er een economische reden voor marktenscheiding zijn<sup>12</sup>: denk aan verhandeling van boeken tegen een hogere prijs via het reguliere boekhandelscircuit, en tegen een lager prijs via zgn. 'boekenclubs'. Een juridische grondslag daarvoor kon (wat het auteursrecht betreft) worden gezocht in een zgn. 'bestemmingsrecht' van de auteur<sup>13</sup>.

4.10. Bij gebreke aan nadere verdragsrechtelijke en wettelijke regels, hebben rechthebbenden in diverse landen respectievelijk op diverse deelgebieden van de intellectuele eigendom gedurende langere of kortere tijd met meer of minder succes IE-rechten met het oog op een of meer vormen van marktenscheiding ingeroepen. Van oudsher is het gebruik van IE-rechten voor dit doel omstreden geweest.

4.11. In EEG- (thans: EU-)verband is in de tweede helft van de 20e eeuw aan het gebruik van IE-rechten ter wille van – intracommunautaire – territoriale marktenscheiding een halt toegeroepen. Daarbij heeft het Hof van Justitie een voortrekkersrol gespeeld. Lang voordat de intracommunautaire uitputting in Richtlijnen en Verordeningen werd vastgelegd, verklaarde het Hof die IE-rechtelijke marktenscheiding op basis van de toenmalige art. 30 en 36 EEG (later art. 28 en 30 VEG, thans art. 34 en 36 VwEU) uit den boze<sup>14</sup>. Na arresten ten aanzien van octrooi- en merkenrechten<sup>15</sup> volgde vergelijkbare jurisprudentie ten aanzien van auteursrechten en daaraan 'naburige' rechten<sup>16</sup>. Intracommunautaire marktenscheiding was immers in tegenspraak met de door het EEG-Verdrag nagestreefde gemeenschappelijke markt.

<sup>12</sup> Op nog andere economische redenen behoeft op deze plaats niet te worden ingegaan.

<sup>13</sup> Vgl. hierover J.H. Spoor, *Scripta manent* (diss. 1976).

<sup>14</sup> Zulks óók als daartoe constructies met afzonderlijke rechtspersonen werden ingezet.

<sup>15</sup> Vgl. HvJ EG 31 oktober 1974, C-15/74, Jur. p. 1147, NJ 1975, 58, BIE 1975, nr. 1, p. 5 (Centrafarm/ Stirling Drug) en HvJ EG 31 oktober 1974, C-16/74, Jur. p. 1183, BIE 1975, nr. 2, p. 19 (Centrafarm/ Winthrop).

<sup>16</sup> Vgl. bijv. HvJ EG 20 januari 1981, C-55/80 en C-57/80, Jur. p. 147, NJ 1982, 111 m.nt. LWH, BIE 1981, nr. 65, p. 289 (Membran & K-Tel/Gema), en HvJ EG 22 januari 1981, C-58/80, Jur. p. 181, NJ 1982, 210, BIE 1981, nr. 66, p. 302 (Dansk Supermarked/Imerco).

4.12. In opeenvolgende Richtlijnen op deelgebieden van het auteursrecht en aanverwante rechten is vanaf 1991<sup>17</sup> een (aan het distributierecht complementaire) uitdrukkelijke uitputtingsregel opgenomen: zo ook in het reeds geciteerde art. 4 lid 2 van de 'algemene' Auteursrecht richtlijn 2001/29.

In 1989 was (in Richtlijn 89/104) het merkenrecht voorgegaan<sup>18</sup>. Het modellenrecht was in 1998 aan de beurt.

4.13. Enige handen vol arresten van het Hof van Justitie over de *gecodificeerde* uitputtingsregels (vooral die in de Merkenrichtlijn, maar ook die in richtlijnen op auteursrechtelijk en aanverwant gebied) hebben te maken met de vraag of deze regels de lidstaten niet alleen verplichtten tot toepassing van intracommunautaire uitputting, maar bovendien verplichtten tot het *discontinueren* van een hier en daar (zoals in Nederland) bestaande regel die 'wereldwijde' uitputting met zich bracht. Het Hof van Justitie nam dit laatste aan.<sup>19</sup> Die jurisprudentie (in verschillende merkenzaken nog gevolgd door arresten over o.m. stelplicht en bewijslast ten deze) behoeft hier geen bespreking, behoudens de opmerking dan het Hof in deze context uitging van een uitputtend (aan lidstaten geen nadere regelingsruimte latend) karakter van de desbetreffende bepalingen in de richtlijnen.

4.14.1. Het Hof van Justitie heeft tot dusverre één (niet met het onderwerp van nr. 4.13 samenhangend) arrest gewezen over een inhoudelijk aspect van art. 4 ARI. Daarin is uitgemaakt dat schending van het distributierecht verkoop of eigendomsoverdracht van de betrokken zaak veronderstelt: HvJ EG 17 april 2008, C-456/06 (Peek & Cloppenburg/Cassina)<sup>20</sup>.

4.14.2. De inzet van de zaak was deze. Winkelketen Peek & Cloppenburg had exemplaren van door Le Corbusier ontworpen meubels, die zonder toestemming van Le Corbusier's rechtverkrijgende Cassina waren vervaardigd, gebruikt als aankleding van een rustzone voor klanten (die daar op de meubels konden plaats nemen) en ook als decoratie in etalages (waarbij van dergelijke mogelijkheid voor klanten geen sprake was). Cassina kon of wilde hiertegen niet optreden op basis van reproductierecht of op basis van tentoonstellingsrecht. Zij ageerde op basis van distributierecht. Het Bundesgerichtshof stelde de prejudiciële vraag of van 'distributie onder het publiek' in de zin van art. 4 lid 1 ARI sprake is (a) wanneer het derden mogelijk wordt gemaakt om exemplaren van auteursrechtelijk beschermde werken te gebruiken (zonder overdracht van beschikkingsbevoegdheid over de werken), alsmede (b) wanneer de exemplaren tentoongesteld worden zonder dat derden deze kunnen gebruiken.

---

<sup>17</sup> Richtlijn 91/250/EG/EEG (thans: Richtlijn 2009/24/EG) betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, art. 4.

<sup>18</sup> Op de merkenrechtelijke regeling kom ik terug in nr. 4.16.

<sup>19</sup> Voor het auteursrecht werd dit beslist in HvJ EG 12 september 2006, C-479/04, NJ 2007, 558, (Laserdisken/Kulturministeriet).

<sup>20</sup> Jur. p. I-2731, NJ 2009, 266 m.nt. J.H. Spoor, AMI 2009, nr. 14, p. 147 m.nt. A.A. Quaedvlieg.

Het HvJ EG overwoog dat het begrip 'distributie onder het publiek' in de ARI niet voldoende duidelijk gepreciseerd was (rov. 29). Het Hof knoopte vervolgens aan bij de definitie in het in nr. 4.2 genoemde art. 6 WCT (rov. 30-32) en oordeelde op basis daarvan dat het begrip distributie 'door verkoop of anderszins' in art. 4 lid 1 ARI moet worden uitgelegd als een vorm van distributie die eigendomsoverdracht dient te impliceren. Daarvan was bij de activiteiten van P&C notoir geen sprake. Aan de uitputtingsvraag behoefde het HvJ EG dus niet toe te komen. Niettemin overwoog het Hof daarover nog:

'34 Deze slotsom volgt ook uit de uitlegging van de respectieve bepalingen betreffende de uitputting van het distributierecht in het WCT en richtlijn 2001/29. Deze uitputting is geregeld in artikel 6, lid 2, WCT, waarin zij wordt gekoppeld aan dezelfde handelingen als bedoeld in lid 1 van dat artikel. Aldus vormen de leden 1 en 2 van artikel 6 WCT een geheel en moeten zij in samenhang worden uitgelegd. Beide bepalingen hebben expliciet betrekking op handelingen die een eigendomsoverdracht impliceren.

35 De leden 1 en 2 van artikel 4 van richtlijn 2001/29 volgen dezelfde systematiek als artikel 6 WCT en hebben tot doel deze bepaling om te zetten. Net als artikel 6, lid 2, WCT voorziet artikel 4, lid 2, van deze richtlijn in uitputting van het distributierecht met betrekking tot het origineel of kopieën van een werk in het geval van eerste verkoop of andere eigendomsovergang van die zaak. Aangezien genoemd artikel 4 artikel 6 WCT omzet, en dit artikel 4, net als artikel 6 WCT, als één geheel moet worden uitgelegd, dient de term 'anderszins' in lid 1 van artikel 4 van richtlijn 2001/29 derhalve te worden uitgelegd in overeenstemming met de betekenis die hieraan is gegeven in lid 2 van dit artikel, dat wil zeggen dat deze een eigendomsoverdracht impliceert.'<sup>21</sup>

4.15.1. Het Hof van Justitie heeft tot dusverre voorts één (niet met het onderwerp van nr. 4.13 samenhangend) arrest gewezen over een inhoudelijk aspect van de uitputtingsregel in art. 4 van de 'Software'-Richtlijn 2009/24/EG<sup>22</sup>: HvJ EU 3 juli 2012, C-128/11 (UsedSoft/Oracle)<sup>23</sup>.

Het Hof heeft aan die uitputtingsregel de menigeen verrassende uitleg gegeven dat zij – kort gezegd – mede toepasbaar is op computerprogramma's die (niet fysiek, maar) via downloading en licentiëring ter beschikking worden gesteld.

In het arrest benadrukt het Hof enerzijds het *lex specialis*-karakter van de 'Software'-Richtlijn (rov. 51 en 56), maar wordt anderzijds overwogen: '*Zo uit artikel 4, lid 2, van richtlijn 2001/29 [...] echter al mocht volgen dat voor de onder die richtlijn vallende werken de uitputting van het distributierecht enkel geldt voor tastbare zaken, zou die omstandigheid, nu de wetgever van de Unie in de concrete context van richtlijn 2009/24 een andere wil tot uitdrukking heeft gebracht, de uitlegging van artikel 4, lid 2, van deze laatste richtlijn niet beïnvloeden*' (rov. 60). De verrassing onder commentatoren<sup>24</sup> betreft dus niet

<sup>21</sup> Zie voor kritiek op het arrest de NJ-noot van Spoor alsmede M.M. Walter en S. von Lewinski, *European Copyright Law, A Commentary*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010, par. 11.4.11, p. 995.

<sup>22</sup> Vgl. voetnoot 17.

<sup>23</sup> NJ 2013, 118 m.nt. Hugenholtz, AMI 2013, nr. 3, p. 76, *Computerrecht* 2012, nr. 185, p. 429.

<sup>24</sup> In Nederland bijv.: C. Drion, *Tweedehands software*, NJB 2012/1757, p. 2113; D. van Engelen, *Twee voor de prijs van één*, NJB 2012/2171, p. 2678; R. Wibier en J. Diamant, *UsedSoft vs. Ora-*

alleen het doortrekken van de uitputtingsleer op immaterieel beschikbaar gestelde computerprogramma's, maar ook de – druk bespeculeerde – mogelijkheid van verdere doortrekking naar via downloaden aangeleverde films, muziek en e-books.

4.15.2. Intussen heeft ook dit arrest niet te maken met modificaties in geleverde exemplaren.

4.16. Terwijl de uitputtingsregels in de auteursrechtelijke Richtlijnen zich, als gezegd, niet uitlaten over de relevantie c.q. beoordeling van wijzigingen bij wederverkoop in rechtmatig in het verkeer gebrachte exemplaren, doet de Merkenrichtlijn<sup>25</sup> dat wel. Artikel 7 bepaalt:

'1. Het aan het merk verbonden recht staat de houder niet toe het gebruik daarvan te verbieden voor waren die onder dit merk door de houder of met zijn toestemming in de Gemeenschap in de handel zijn gebracht.

2. Lid 1 is niet van toepassing wanneer er voor de houder gegronde redenen zijn om zich te verzetten tegen verdere verhandeling van de waren, met name wanneer de toestand van de waren, nadat zij in de handel zijn gebracht, gewijzigd of verslechterd is.'<sup>26</sup>

#### 4.A.2. *Unierecht in casu van toepassing?*

4.17. In de thans door de Hoge Raad te berechten zaak is het gerechtshof te 's-Hertogenbosch – getuige de verwijzing naar art. 4 ARI – (i) impliciet ervan uitgegaan dat de omstreden kwestie van de 'canvas transfer' behoort tot het door de ARI geharmoniseerde gebied. Het hof heeft, eveneens impliciet, (ii) geoordeeld dat het Poortvliet/Hovener-precedent van HR 19 januari 1979 in dit geharmoniseerde recht past, terwijl het hof (iii) expliciet(er) oordeelde dat dit precedent op de onderhavige casus zou passen.

De elementen (ii) en (iii) worden in cassatie door Allposters bestreden. Daarmee belijdt zij dus de juistheid van 's hofs impliciete uitgangspunt (i) dat de kwestie beheerst wordt door de Auteursrechtrichtlijn. Dat wordt door Pictoright in haar primaire stellingname ten deze bestreden.

---

cle gaat niet over eigendom maar over contractsvrijheid, NJB 2012/2416, p. 2966; D. van Engelen, Naschrift, NJB 2012/2417, p. 2968; S. van Camp, Het doorverkopen van gedownload software en communautaire uitputting: het UsedSoft-arrest van het Hof van Justitie, Computerrecht 2012/183, p. 410; M.R.F. Senftleben, Het eerste schaap over de dam: over het UsedSoft/Oracle-arrest van het HvJ EU en de verdere ontwikkeling van de uitputtingsleer in de digitale omgeving, AMI 2013, p. 56; F.W. Grosheide, Een revolutie in het EU-auteursrecht?, AMI 2013, p. 61; P.B. Hugenholtz, noot in NJ 2013, 118; D.J.G. Visser, Kroniek van de Intellectuele Eigendom, NJB 2013/788, p. 979 (984-985).

<sup>25</sup> Aanvankelijk Richtlijn 89/104, thans (gecodificeerde versie) Richtlijn 2008/95/EG 22 oktober 2008 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, Pb. L 299/25.

<sup>26</sup> De Beneluxrechtelijke pendant hiervan is art. 2.23 lid 3 BVIE. Zie voor toepassingsvoorbeelden Gielen (red.), Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht (2010), par. p. 371, p. 327-328 en Cohen Jehoram/Van Nispen/Huydecoper, Industriële Eigendom 2, Merkenrecht (2008), par. 9.3.8 e.v., p. 419 e.v.

4.18. De volgende argumenten zijn (of zouden kunnen worden) aangevoerd *tegen* de toepasselijkheid van art. 4 ARI op een geval als het onderhavige.<sup>27</sup>

(i) Art. 4 lid 2 ARI laat zich niet uit over het aspect 'wijziging' van in het verkeer gebrachte exemplaren. De Europese wetgever heeft het blijkbaar niet nodig gevonden het recht ten aanzien van deze variant in het kader van het auteursrechtelijk distributierecht (maximaal) te harmoniseren.

(ii) Dat laat zich (a contrario) afleiden uit de omstandigheid dat de Europese wetgever daartoe wél aanleiding had gezien in het kader van (art. 7 van) de MRI.

(iii) De regeling van het distributierecht in artikel 6 WCT<sup>28</sup> laat in lid 2 de regeling van de uitputting geheel over aan de vrijheid van de verdragsluitende partijen. In het arrest Cassina/ P&C<sup>29</sup> heeft het Hof van Justitie de regeling van art. 4, leden 1 en 2 ARI geïnterpreteerd in het licht van art. 6 WTC. Dat brengt mee dat ten aanzien van de modaliteiten van de uitputtingsregeling ook nadere regelingsvrijheid aan de lidstaten toekomt.

(iv) Voor belangrijke gevallen van wijziging bestaat het auteursrechtelijke 'adaptation right'<sup>30</sup>. Het 'adaptation right' is echter nadrukkelijk niet geharmoniseerd.

Hetzelfde geldt voor de auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten.

(v) Ook voor minder belangrijke gevallen die níet door het 'adaptation right' of door persoonlijkheidsrechten bestreken worden, is harmonisatie niet nodig; de potentiële invloed van rechtsverscheidenheid binnen de gemeenschappelijke markt is daarvoor te gering. Vergelijk de niet-harmonisatie van de rechtstreeks verrichte mededeling aan het publiek van een werk dat wordt opgevoerd op een voor het publiek toegankelijke plaats, die buiten het bereik van (art. 3 van) de ARI is gelaten door HvJ EU 24 november 2011, C-283/10 (Roemeens circus<sup>31</sup>): zie met name rov. 38 en 39 van dat arrest.

4.19. Al dan niet in samenhang met weerspreking van de in nr. 4.16 bedoelde argumenten<sup>32</sup>, kunnen *vóór* de toepasselijkheid van art. 4 ARI op een geval als het onderhavige de volgende argumenten kunnen worden aangevoerd.

---

<sup>27</sup> De meeste hiervan zijn door Pictoright aangevoerd in haar ST, sommige met verwijzing naar de noot van D.J.G. Visser bij het vonnis in eerste instantie in deze zaak: Rb. Roermond 22 september 2010, IEF (= website IE-Forum) 9106. Ik merk nog op dat ik in nr. 4.18 niet beoog een uitputtende lijst van contra-argumenten te geven.

<sup>28</sup> Geciteerd in nr. 4.2.

<sup>29</sup> Vermeld in nrs. 4.14.1 - 4.14.2.

<sup>30</sup> Vgl. art. 12 Berner Conventie: 'Auteurs [...] genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot bewerkingen, arrangementen en andere veranderingen van hun werken'. Vgl. in Nederland art. 13 Aw: 'Onder de vervoelvoudiging van een werk [...] wordt mede verstaan de vertaling, de muziekschikking, de verfilming of tooneelbewerking en in het algemeen iedere geheele of gedeeltelijke bewerking [...] in gewijzigden vorm, welke niet als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt.'

<sup>31</sup> AMI 2012, nr. 2, p. 25 m.nt. K.J. Koelman, IER 2012, nr. 35, p. 308.

<sup>32</sup> Ik ga daartoe niet over: vgl. nr. 4.20. Ik merk nog op dat ik in nr. 4.19 niet beoog een uitputtende lijst van pro-argumenten te geven.

(a) Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dienen de bewoordingen van een bepaling van Unierecht die voor de vaststelling van de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk verwijst naar het recht van de lidstaten, in de regel in de gehele Unie autonoom en op eenvormige wijze te worden uitgelegd<sup>33</sup>.

(b) Hoewel gewezen in andere context (nl. de (on-)toelaatbaarheid van een nationale regeling over *wereldwijde* uitputting), heeft het Hof van Justitie in rov. 24-25 van het Laserdisken-arrest<sup>34</sup> beklemdoond:

‘24 Blijkens de duidelijke bewoordingen van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2001/29, juncto de achtentwintigste overweging van de considerans van deze richtlijn verleent deze bepaling de lidstaten niet de bevoegdheid om naast de regel van uitputting binnen de Gemeenschap nog een andere uitputtingsregel vast te stellen.

25 Deze conclusie vindt steun in artikel 5 van richtlijn 2001/29, op grond waarvan de lidstaten beperkingen of restricties kunnen stellen op het reproductierecht, het recht van mededeling van werken aan het publiek en van beschikbaarstelling van ander beschermd materiaal voor het publiek en het distributierecht. Immers, uit geen enkele bepaling van dit artikel blijkt dat de toegestane beperkingen of restricties betrekking kunnen hebben op de in artikel 4, lid 2, van richtlijn 2001/29 neergelegde uitputtingsregel en, bijgevolg, de lidstaten toestaan van deze regel af te wijken.’

(c) Hoewel gewezen in de context van de ‘Software’-Richtlijn 2009/24/EG, heeft het HvJ EU in het arrest *UsedSoft/Oracle* ten aanzien van de uitputtingsbepaling in art. 4 van die Richtlijn (bovendien) overwogen:

‘40 De tekst van richtlijn 2009/24 verwijst voor de betekenis van het begrip “verkoop” in artikel 4, lid 2, van deze richtlijn niet naar het nationale recht. Daaruit volgt dus dat dit begrip voor de toepassing van die richtlijn moet worden geacht een autonoom begrip van het recht van de Unie aan te duiden, dat op het grondgebied van deze laatste uniform moet worden uitgelegd (zie in die zin arrest *DR en TV2 Danmark*, reeds aangehaald, punt 34).’

4.20. Ik acht de pro-argumenten van nr. 4.19 aanzienlijk sterker dan de in nr. 4.18 vermelde contra-argumenten, zonder dat ik twijfel kan uitsluiten. Bij twijfel is een prejudiciële vraag over toepasselijkheid van art. 4 ARI geïndiceerd.

Gesteld dat de HR geneigd zou zijn stilzwijgend uit te gaan van *toepasselijkheid* van de ARI ten deze, dan zullen – naar blijken zal – prejudiciële vragen nodig zijn over de *inhoud* van het Unierecht ten deze. Dat geeft temeer aanleiding om een expliciete prejudiciële ‘voorzvraag’ over de toepasselijkheid van de ARI niet uit de weg te gaan.

<sup>33</sup> Vgl. o.m. HvJ EU 3 juli 2012, C-128/11 (*UsedSoft/Oracle*), rov. 39 met verwijzing naar HvJ EU 18 oktober 2011, C-34/10 (*Brüstle*), rov. 25, en HvJ EU 26 april 2012, C-510/10 (*DR en TV2 Danmark*), rov. 33; HvJ EG 16 juli 2009, C-5/08, Jur. p. I-6569 (*Infopaq I*), rov. 27 met verwijzing naar HvJ EG 6 februari 2003, C-245/00, Jur. p. I-1251 (*SENA*), rov. 23, en HvJ EG 7 december 2006, C-306/05, Jur. p. I-11519 (*SGAE/Rafael Hoteles*), rov. 31.

<sup>34</sup> Vindplaatsen in voetnoot 19.

#### 4.A.3. *Unierecht: inhoudelijke kwesties*

4.21. Zoals in nr. 4.17 aangegeven, is het hof in het bestreden arrest uitgegaan van de toepasselijkheid van door (art. 4 van) de ARI geharmoniseerd auteursrecht. (Mede) op basis daarvan heeft het hof geoordeeld dat Allposters door de verhandeling van 'canvas transfers' inbreuk op de rechten van de door Pictoright vertegenwoordigde auteursrechthebbers heeft gemaakt, en dat aan Allposters niet een beroep op 'uitputting' toekomt.

4.22. Onderdeel 1 van het cassatiemiddel richt verschillende klachten tegen het even bedoelde voor Pictoright negatieve oordeel. De klachten die de uitleg of toepassing van het *Unierecht* betreffen, vat ik als volgt kort samen:

- Subonderdeel 1.1.1 betoogt dat het hof op basis van het *Unierecht* tot het oordeel had moeten komen dat uitputting (als bedoeld in art. 4 lid 2 ARI) niet terzijde wordt geschoven wanneer de drager of fysieke belichaming van het werk een wijziging heeft ondergaan. Volgens het subonderdeel geldt dit temeer waar de auteursrechthebbende al inkomsten heeft verworven door de verkoop van de betrokken drager van het werk.

- Volgens subonderdeel 1.1.2 heeft het hof om dezelfde redenen een verkeerde uitleg gegeven aan het *Unierechtelijke* begrip 'recht van distributie onder het publiek' in art. 4 lid 1 ARI.

- Subonderdeel 1.5 brengt naar voren dat indien een wijziging in de drager van een werk al relevant zou zijn, in een geval als het onderhavige van een wijziging niet gesproken kan worden (kennelijk: ook niet in *Unierechtelijke* optiek), nu papier en inkt/print twee separate zaken zijn en (enkel) de inkt/print dient te worden aangemerkt als de tastbare zaak waarin het werk is belichaamd en dus als de drager van dat werk, terwijl de inkt/print in het onderhavige ('canvas transfer') procedé zelf geen enkele wijziging ondergaat.

4.23. De beoordeling van deze klachten<sup>35</sup> – en van het daartegen door Pictoright gevoerde verweer – impliceert beantwoording van vragen van uitleg van (art. 4 van) de Auteursrechttrichtlijn 2001/29/EG, die – bij ontbreken van eerdere verhelderende rechtspraak van dat Hof – aan het Hof van Justitie van de Europese Unie dienen te worden voorgelegd<sup>36</sup>.

In par. 5 van deze conclusie zal ik een voorstel voor aan het Hof te stellen vragen doen.

4.24.1. Bij de bespreking van de verschillende onderdelen van het cassatiemiddel zal blijken dat andere (sub-)onderdelen daarvan (ook onderdeel 3) m.i. géén aanleiding geven tot prejudiciële vraagstelling aan het HvJ EU.

---

<sup>35</sup> Pictoright heeft (bij ST, punt 5.1.2) opgeworpen dat Allposters haar uitgangspunt in cassatie – dat Europees geharmoniseerd recht van toepassing is – in feitelijke instanties niet naar voren zou hebben gebracht. Wat daar overigens van zij, Allposters verbindt daaraan – terecht – niet de stelling dat sprake zou zijn van een in cassatie ongeoorloofd novum.

<sup>36</sup> Een steunargument hiertoe (niet meer en niet minder dan dat) is te vinden in subonderdeel 1.3, wijzend op rechtspraak in andere zin van Oberlandesgericht Hamburg 10 oktober 2001, zaak 5 U 86/01, GRUR 2002, p. 536 (Flachmembranlautsprecher).



4.24.2. Zoals ik in nr. 1.4 al constateerde, hebben partijen niet erover geklaagd dat het hof niet is toegekomen aan de vraag of de 'canvas transfers' al dan niet als *verveelvoudigingen* in (Unie-) auteursrechtelijke zin (art. 2 ARI) zin kwalificeren. Dat is niettemin een intrigerende vraag.<sup>37</sup> Een eventueel bevestigend antwoord zou aanleiding kunnen geven om (reeds) daarom in deze context geen betekenis of een andere betekenis toe te kennen aan art. 4 ARI. Voor het geval dat het Hof van Justitie een zodanige opvatting zou blijken te zijn toegedaan, stel ik in par. 5 een slotvraag voor, die zou kunnen bijdragen aan verheldering van het Unierecht op dit punt.

#### 4.A.4 (Nadere) bespreking van onderdeel 1

4.25. Zoals hierboven vermeld behoeft (nadere) beoordeling van de *onderdelen 1.1.1 en 1.1.2* prejudicieel uitsluitel van het Hof van Justitie van de EU. *Onderdeel 1.2* uit de (subsidiare) wens daartoe.

4.26. *Onderdeel 1.3* verwijt het hof diverse beslissingen van buitenlandse rechters<sup>38</sup> in sterk vergelijkbare gevallen onvoldoende (kenbaar) in zijn beoordeling te hebben betrokken. Het onderdeel faalt omdat geen rechtsregel het hof verplicht om beslissingen van buitenlandse rechters in zijn beoordeling te betrekken en omdat met een motiveringsklacht niet tegen een rechtsoordeel kan worden opgekomen.

4.27.1. *Onderdeel 1.4* klaagt dat het hof ten onrechte de nadruk heeft gelegd op het *corpus mechanicum* (de drager, de zaak waarin het werk is belichaamd, de tastbare verschijningsvorm) in plaats van het door het auteursrecht beschermde *corpus mysticum* (het werk, de onlichamelijke schepping), dat niet door de 'canvas transfer' wordt gewijzigd.<sup>39</sup>

4.27.2. Het onderdeel faalt omdat het uitgaat van een onjuiste lezing van (de aangevallen rov. 4.7.3, 4.7.5 en 4.7.9 van) het arrest. Uit de omstandigheid dat het hof in het kader van het distributierecht en de uitputtingskwestie oordeelt over de vraag of een 'canvas transfer' een gewijzigd *exemplaar* van het werk oplevert, blijkt geenszins dat het hof het *werk*-begrip ('*corpus mysticum*') heeft miskend. Dit werkbegrip staat los van de – in andere onderdelen van het middel ter discussie gestelde – vraag of er bij 'canvas transfer' sprake is van *wijziging van het exemplaar*, en of aan zodanige wijziging relevantie toekomt in het kader van het distributierecht en de uitputtingskwestie met betrekking tot *exemplaren* (dragere).

---

<sup>37</sup> Een van de vragen die uitvoerig aan de orde is in de volgens Pictoright (vgl. ST nr. 3.37) '100% overeenstemmende' zaak beoordeeld door de Supreme Court of Canada/Cour Suprême du Canada 22 oktober 2002, nr. 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336-409 (Claude Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc. a.o.); onderwerp van een (4:3) meerderheids- resp. minderheidsopvatting van dat hof.

<sup>38</sup> Waaronder de in voetnoten 36 en 37 bedoelde zaken.

<sup>39</sup> Vgl. over *corpus mysticum* en *corpus mechanicum* bijv. Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht, 3<sup>e</sup> druk 2005 (hierna: SVV (2005)), § 3.4.

4.28.1. Er (subsidiair, toch) van uitgaande dat wijziging in de drager relevant moet worden geacht bij de uitputtingsregel, betoogt *onderdeel 1.5* dat het hof miskend heeft dat in dit geval alleen de inkt/print de drager is en niet (ook) het papier, waarbij beide elementen zonder relevante beschadiging van elkaar gescheiden kunnen worden – zodat zij in goederenrechtelijke zin geen bestanddeel van elkaar vormen omdat art. 3:4 BW toepassing mist – en de inkt/print geen enkele relevante wijziging ondergaat.

4.28.2. Met enige aarzeling stel ik voor om dit onderdeel te betrekken in de aan het HvJ EU te stellen prejudiciële vragen. Deze aarzeling is ingegeven door het volgende.

In de eerste plaats meen ik dat in elk geval naar nationaal Nederlands recht het argument dat de inkt/print (die in het kader van de ‘canvas transfer’ van het papier wordt losgemaakt) een (zelfstandige) zaak’ (in de zin van art. 3:2 BW) is, niet kan worden volgehouden. De inkt/print die het kunstwerk weergeeft is zonder drager (papier, of canvas, of hout, metaal of kunststof, enz.) niet zelfstandig vatbaar voor menselijke beheersing<sup>40</sup>. De Hoge Raad zou zich hierover (naar Nederlands recht) reeds kunnen uitlaten.

In de tweede plaats: indien tóch meegegaan zou worden met Allposters’ onderhavige argument dat ‘alleen de inkt/print de drager’ (het exemplaar) is, bijt dat argument in zijn eigen staart. In dat geval brengt de (hernieuwde) fixatie op canvas immers een wijziging in de status van dat voordien ‘slechts’ uit inkt/print bestaande ‘exemplaar’ met zich.

Daar komt – in de derde plaats – nog bij dat het hof feitelijk geoordeeld heeft (in rov. 4.7.7) dat de canvas transfers vanwege de door de afbeelding heen zichtbare structuur van de canvas-ondergrond en het matte aanzien een ander uiterlijk krijgen, en (in rov. 4.7.8) dat de kleur van de ‘canvas transfer’ een ander aanzien heeft dan de kleur van de poster (zoals ook op Allposters eigen website is vermeld). Allposters heeft de hier bedoelde feitelijke oordelen in cassatie niet bestreden.

4.29.1. *Onderdeel 1.6* trekt ten strijde tegen ’s hofs argument in rov. 4.7.9 dat ‘de uitputting als beperking van het distributierecht van de rechthebbende strikt moet worden geïnterpreteerd’. Het hof heeft dit afgeleid uit ‘het beginsel van de Richtlijn Auteursrecht dat steeds van een hoog beschermingsniveau moet worden uitgegaan (considerans paragraaf 9)’ en uit de woorden ‘alleen dan’ in art. 4 lid 2 ARI. Het onderdeel stelt hiertegenover dat – volgens de eerste overweging van de considerans – het doel van de ARI erin is gelegen de werking van de interne markt te verzekeren. Een strikte interpretatie van de uitputtings-

---

<sup>40</sup> Vgl. hierbij Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam/Ploeger 3-I, Goederenrecht (2006), nr. 54, p. 49: ‘Bij de omschrijving van het begrip “zaak” heeft men rekening ermee te houden dat het recht zich uitsluitend bezig houdt met menselijke verhoudingen. Dit brengt mee dat het begrip “zaak” voor het recht slechts van belang is voor zover de zaak aanleiding kan geven tot rechtsbetrekkingen tussen mensen. “Zaak” in juridische zin mag men dus niet vereenzelvigen met “stof” in natuurwetenschappelijke zin. Wat het recht als zaak beschouwt wordt uitsluitend bepaald door de eisen van het praktische rechtsleven.’

regel is hiermee onverenigbaar, want zou onvermijdelijk leiden tot aanzienlijke belemmeringen van het vrije verkeer van goederen en de vrije dienstverlening, aldus het onderdeel.

4.29.2. Laatstgenoemd argument van onderdeel 1.6 miskent, voor zover hier van belang, dat het er – getuige bijv. art. 36 VwEU – bij het vrij verkeer van goederen en diensten niet om gaat om zo veel mogelijk aan de werking van intellectuele eigendomsrechten te onttrekken, maar om ervoor te zorgen dat de inhoud van die rechten in de gemeenschappelijke markt (zo veel mogelijk) gelijk loopt, zodat *nationaalrechtelijke verschillen* geen (of zo min mogelijk) intracommunautaire hinderpalen opleveren.

4.29.3. Hoewel onderdeel 1.6 de uitleg van Unierecht aan de orde stelt, geeft het naar mijn mening geen aanleiding tot (nadere) prejudiciële vragen. Hier geldt bij uitstek: *Ius Curia novit*. In het kader van de beantwoording van de wél te stellen prejudiciële vragen zal het Hof van Justitie zich vanzelf laten leiden door het gewicht dat hij aan de om de voorrang strijdende, al dan niet in de considerans van de ARI genoemde (hoofd-)beginselen zal toekennen. Partijen kunnen daarover hij het Hof pleiten.

4.30.1. *Onderdeel 1.7* bevat een motiveringsklacht tegen 's hofs oordeel dat in het onderhavige geval, nu het gaat om beeldende kunst, een wijziging in het uiterlijk van het exemplaar als ingrijpend moet worden aangemerkt. Het onderdeel betoogt dat het hof is voorbijgegaan aan de als essentieel aan te merken stelling van Allposters dat het niet gaat om een uniek exemplaar, maar om posters (een relatief goedkoop en voor een ieder bereikbaar (massa)product), en dat bovendien niet valt in te zien waarom de wijziging ingrijpender is dan bijvoorbeeld bij werken van letterkunde of wetenschap.

4.30.2. Het onderdeel berust op een onjuiste lezing (van rov. 4.7.9) van het arrest. Het hof is klaarblijkelijk niet voorbij gegaan aan Allposters' stelling dat het niet gaat om een uniek exemplaar maar om relatief goedkope posters: het hof heeft daar juist tegenover gesteld dat de (in dit onderdeel 1.7 niét bestreden) wijziging in het uiterlijk van het exemplaar als ingrijpend moet worden aangemerkt nu het gaat om *beeldende kunst*. Dat oordeel – waarbij het hof met 'ingrijpend' klaarblijkelijk bedoelt: voldoende ingrijpend om als 'uitputting verhinderende' wijziging te gelden<sup>41</sup> – heeft een feitelijk karakter en is niet onbegrijpelijk.

4.30.3. Voor zover het onderdeel erover klaagt dat niet valt in te zien dat de onderhavige wijziging bij posters van beeldende kunst ingrijpender is dan bij werken van letterkunde of wetenschap, faalt het reeds omdat het hof zich niet behoefde uit te laten over 'canvas transfers' van werken van letterkunde of wetenschap (voor zover al bestaanbaar). Overigens is 's hofs kennelijke oordeel dat een 'canvas transfer' van een kunstreproductie ver-

---

<sup>41</sup> Ervan uitgaande dát wijziging uitputting kan verhinderen: dat is het onderwerp van andere cassatieklachten.

der gaat dan bijv. het (doorverkopen na) inbinden van losse tijdschriftafleveringen niet onbegrijpelijk.

4.30.4. Ik herinner in dit verband voorts aan de laatste alinea van nr. 4.28.2.

4.31.1. *Onderdeel 1.8* klaagt dat, voor zover het hof een andere toets aanlegt voor werken van kunst dan voor werken van letterkunde of wetenschap, zulks rechtens onjuist is.

4.31.2. Ook dit onderdeel berust op onjuiste lezing van rov. 4.7.9, nu het hof zo'n onderscheid niet maakt. Bij zijn verwijzing naar werken van kunst heeft het hof het oog op een werkcategorie waarbij de wijziging van een exemplaar 'eerder' als ingrijpend moet worden aangemerkt, zonder daarmee uit te sluiten dat zich dit ook kan voordoen bij andere werkcategorieën (denk aan het inbinden van een ingenaaide bibliofiele uitgave, of het aanbrengen van een ondertiteling op exemplaren van dvd's).

Ik verwijs voorts naar nr. 4.30.3.

4.32. De restklacht van *onderdeel 1.9* behoeft geen behandeling.

#### *4.B. Onderdeel 2: Nationaalrechtelijke uitputting en de 'Poortvliet-doctrine'*

##### *4.B.1. Inleidende opmerkingen*

4.33. *Onderdeel 2* gaat er (na *onderdeel 1*: kennelijk subsidiair) van uit dat de voor het hof in het bestreden arrest klaarblijkelijk inspirerende (zo genoemde) 'Poortvliet-doctrine' niet achterhaald zou zijn door het Unierecht. Uitgaande van de blijvende gelding van deze 'Poortvliet-doctrine', klaagt *onderdeel 2* over onjuiste/onbegrijpelijke uitleg en toepassing dáárvan.

4.34. De vraag kan rijzen of het opportuun is *onderdeel 2* te beoordelen vóórdát het HvJ EU de naar aanleiding van *onderdeel 1* te stellen prejudiciële vragen heeft beantwoord.

4.35. Ik zal *onderdeel 2* bespreken, omdat ik niet kan weten of de Hoge Raad (i; standpunt Allposters) Unierecht zeker van toepassing zal achten ('acte clair') of potentieel van toepassing zal achten (prejudiciële vragen); dan wel (ii; standpunt Pictoright) juist overtuigd is van voldoende nationale regelingsruimte.

4.36. In geval (ii) komt de Hoge Raad meteen aan *onderdeel 2* toe.

In geval (i) kan de Hoge Raad de beoordeling van *onderdeel 2* in petto houden. Maar de Hoge Raad zou over *onderdeel 2* toch al een (eventueel: tentatief/voorlopig) oordeel kunnen geven, waaruit mede een zekere voorkeur voor deze of gene Unierechtelijke oplossing zou kunnen blijken. Ik heb begrepen dat het HvJ EU tegenwoordig interesse heeft in zo'n

visie van de vraagstellende rechter, en ik heb gezien dat bijv. het Duitse BGH daar regelmatig op inspeelt.

4.37. Bij een bespreking van de 'Poortvliet-doctrine' stel ik – met het oog op de feitelijke al-dan-niet-toepasselijkheid daarvan op de onderhavige zaak – het volgende (tussen partijen en onomstreden) voorop.

(i) De door Allposters bij de 'canvas transfer' gebruikte (bedrukkingen van de) posters zijn in auteursrechtelijke zin verveelvoudigingen (stoffelijke (kunst)reproducties van (kunst)werken).

(ii) Ingevolge de hoofdregel van art. 1 jo. art. 12 lid 1 Aw is de openbaarmaking van zo'n verveelvoudiging voorbehouden aan de auteursrechthebbende.

(iii) Volgens diezelfde hoofdregel strekt dat recht zich uit tot iedere afzonderlijke verveelvoudiging. Het recht gaat dus niet verloren door het (eerder) openbaar maken van andere exemplaren van het zelfde werk<sup>42</sup>.

(iv) Opvolgende verhandeling van dezelfde door of met toestemming van rechtmatig openbaar gemaakte (in het verkeer gebrachte) exemplaren, kwalificeert daarentegen niet als een (nieuwe) openbaarmaking. Het openbaarmakingsrecht van de auteursrechthebbende is dan 'uitgeput'<sup>43</sup>.

4.38. De dogmatische wortels van de uitputtingsleer zijn te lokaliseren in het in Duitsland ontwikkelde begrip *Erschöpfung*. De ratio van de uitputtingsleer is: een evenwicht creëren tussen de economische belangen van de auteur en die van het publiek, dat belang heeft bij een vrije circulatie van de door de rechthebbende in het verkeer gebrachte exemplaren van een auteursrechtelijk beschermd werk en de vrije toegang tot deze geestesproducten<sup>44</sup>. Daarbij wordt het recht van intellectuele eigendom ten opzichte van goederenrechtelijke eigendom begrensd en wordt voorkomen dat de vrije handel te zeer wordt beperkt<sup>45</sup> (eigendomstheorie)<sup>46</sup>. Ook een rol spelen de gedachte dat de auteur bij een eerste openbaarmaking al aanspraak heeft kunnen maken op een adequate vergoeding en er daarom geen reden meer is om hem verder controle over de distributie te verlenen (remuneratietheorie)<sup>47</sup>, alsmede de behoefte aan rechtszekerheid en de daarmee gediende uitwisseling van goederen (rechtszekerheidstheorie)<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> HR 18 december 1953, NJ 1954, 258 (Polak/De Muinck).

<sup>43</sup> Vgl. bijv. SVV, § 4.22 e.v., p. 183 e.v.

<sup>44</sup> Kamerstukken II 1992/93, 23 247, nr. 3, p. 9-10.

<sup>45</sup> Vgl. bijv. J.H. Spoor, Zijn de kalenders rechtmatig in het koninkrijk gewijzigd? Uitputting van intellectuele eigendomsrechten, BIE 1985, p. 243; E. Tjong Tjin Tai, Exhaustion and Online Delivery of Digital Works, EIPR 2003, p. 207.

<sup>46</sup> Daarover nader bijv. C. Berger, Die Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts als Ausprägung der Eigentumstheorie des BGB, AcP 2001, p. 411 e.v.

<sup>47</sup> Daarover nader bijv. P. Ganea, Ökonomische Aspekte der urheberrechtlichen Erschöpfung, GRUR Int. 2005, p. 102.

<sup>48</sup> Daarover nader bijv. A. Wiebe, The principle of exhaustion in European copyright law and the distinction between digital goods and digital services, GRUR Int. 2009, p. 114.

4.39. In het Nederlands auteursrecht is de uitputtingsleer van oorsprong een jurisprudentieel product. Zoals in het voorafgaande al bleek, kent zij sedert 1 september 2004<sup>49</sup> een wettelijke grondslag in de vorm van het in nr. 4.4 geciteerde art. 12b Aw, dat de implementatie vormt van art. 4 lid 2 ARI.

4.40. De uitputtingsleer werd in het Nederlandse auteursrecht geïntroduceerd door HR 25 januari 1952, NJ 1952, 95 (Leesportefeuille). In die zaak, en in de zaak die leidde tot HR 20 november 1987, NJ 1988, 280 (Stemra/Free Record Shop), ging het overigens niet om verdere *verkoop* van eerder door de rechthebbende openbaargemaakte exemplaren, maar om de *verhuur/uitlening* daarvan. De Hoge Raad achtte ook in dat opzicht het openbaar-makingsrecht 'uitgeput'. (Maar nu juist ten aanzien van verhuur en uitlening is dat vanaf de jaren '90 anders geworden onder invloed van een desbetreffende Europese Richtlijn<sup>50</sup>, die door de ARI 2001/29/EG ongemoeid gelaten is).

4.41. In het door het Bossche hof in de onderhavige zaak tot richtsnoer genomen arrest Poortvliet/Hovener van HR 19 januari 1979, NJ 1970, 412, heeft de Hoge Raad – zoals wij al zagen – een uitzondering op de (toen nog steeds: jurisprudentiële) uitputtingsregel aangenomen. Voor optimaal begrip geef ik de casus nog even weer. Tekenaar/illustrator/schilder Rien Poortvliet had in juni 1976 aan de uitgever Unieboek BV het exclusief uitgeefrecht verleend om dertien door Poortvliet vervaardigde schilderijen te reproduceren in een kalender voor het jaar 1977. Hovener kocht enkele exemplaren van de kalenders, knipte de afbeeldingen uit, bracht deze aan op een spaanplaat en bood en verkocht de prenten aldus aan het publiek.

Na afwijzing in eerste instantie, had Poortvliet in hoger beroep succes. Het hof overwoog:

'a. dat immers Poortvliet door aan Unieboek dertien door hem vervaardigde schilderijen ter reproductie ten behoeve van een door haar uit te geven kalender af te staan, haar wel het recht heeft gegeven die schilderijen tot dat doel en in die vorm te verveelvoudigen en openbaar te maken, maar niet om deze als losse reproducties in de handel te brengen, en, naar het Hof voorshands meent, het uitsluitend recht tot openbaarmaking van een of meer verveelvoudigingen van die schilderijen door voormelde overeenkomst met Unieboek voor Poortvliet dan ook niet was uitgeput;

b. dat Hovener door een aantal reproducties van meergenoemde, door hem gekochte kalenders af te knippen, op spaanplaat te plakken en op die manier aan het publiek aan te bieden en te verkopen, voorshands geacht moet worden die reproducties openbaar te hebben gemaakt op een wijze, welke uitsluitend aan Poortvliet toekomt;

<sup>49</sup> Wet van 6 juli 2004, Stb. 2004, 336 tot aanpassing van (o.a.) de Auteurswet aan Richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij. Inwerkingtredingsbesluit: Stb. 2004, 409.

<sup>50</sup> Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom; thans (geconsolideerde versie) Richtlijn 2006/115/EG.

c. dat hieraan niet afdoet, dat Hovener de reproducties niet zelf heeft vervaardigd, aangezien niet de vervaardiging, maar de openbaarmaking door de Auteurswet wordt beschermd;’.

De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep, overwegende:

‘Blijkens ’s Hofs arrest staat vast dat Poortvliet door aan Unieboek de door hem vervaardigde schilderijen ter reproductie ten behoeve van een door haar uit te geven kalender af te staan, aan Unieboek slechts het recht heeft gegeven die schilderijen tot dat doel en in die vorm te verveelvuldigen en openbaar te maken, en niet om deze als losse reproducties in de handel te brengen. Voorts staat blijkens ’s Hofs arrest vast dat Hovener een aantal van de reproducties van door hem gekochte kalenders heeft afgeknipt, op spaanplaat geplakt en op die manier aan het publiek heeft aangeboden en verkocht.

Door, hiervan uitgaande, aan te nemen dat Hovener de schilderijen heeft openbaar gemaakt in de zin van de Auteurswet, heeft het Hof noch art. 12, lid 1, aanhef en onder 2e, van die wet geschonden, noch aan het vermelde begrip ‘openbaar maken’ een onjuiste uitleg of toepassing gegeven of zijn beslissing op dit punt onvoldoende gemotiveerd. Daaraan doet niet af dat de door Hovener gekochte kalenders in druk waren verschenen, nu Hovener aan de reproducties die onderdeel waren van de kalenders – naar hun aard slechts gedurende een korte periode voor en in het jaar waarvoor zij bestemd waren, op normale wijze verkoopbaar –, een andere vorm heeft gegeven en ze in die vorm afzonderlijk onder het publiek heeft verspreid.’

4.42. Naar ik vorig jaar in een feestbundel heb betoogd<sup>51</sup>, moet de grondslag van de in dit arrest aanvaarde uitzondering op de uitputtingsleer m.i. vooral worden gezocht in de fysieke transformatie van de reproducties. Bij de sanctionering van ’s hofs beslissing dat Hovener een openbaarmakingshandeling heeft gepleegd (zie de derde volzin van de hiervoor aangehaalde rechtsoverwegingen), oordeelde de Hoge Raad immers dat de uitputtingsleer (vierde volzin: ‘dat de door Hovener gekochte kalenders in druk waren verschenen’<sup>52</sup>) daaraan niet afdoet, omdat Hovener de reproducties ‘*een andere vorm heeft gegeven, en ze in die vorm afzonderlijk onder het publiek heeft verspreid*’. De ‘(verspreiding in) andere vorm’ is m.i. het beslissende element in de redengeving van het Poortvliet-arrest.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> ‘First-sale’ or Exhaustion Doctrine in the Netherlands, in: Hugenholtz/Quaedvlieg/Visser (eds.), *A Century of Dutch Copyright Law: Auteurswet 1912-2012*, deLex 2012, p. 291 (304).

<sup>52</sup> Dat de Hoge Raad het woord ‘uitputting’ niet gebruikt, heeft te maken met de tot dan toe door de HR gehanteerde – minder juiste – constructie ervan via art. 12, lid 1, onder 2<sup>o</sup> (‘verbreiding van het geheel of een gedeelte van het werk of van eene verveelvoudiging daarvan zolang het niet in druk verschenen is’). Zie daarover het in de voetnoot 51 genoemde opstel (p. 299-302).

<sup>53</sup> Anders dan aangenomen in SVV (2005) § 4.24, p. 189 en J.H. Spoor, o.c. (BIE 1985), p. 242 (245), komt m.i. geen zelfstandige betekenis toe aan het door het hof als vaststaand feit aangenomen en door de Hoge Raad in de eerste geciteerde volzin vermelde gegeven dat Poortvliet *aan Unieboek* slechts het recht heeft gegeven zijn schilderijen voor uitgifte in de vorm van een kalender te verveelvuldigen en openbaar te maken, en niet om ze los in de handel te brengen. Een en ander acht ik (bij nader inzien) slechts ingegeven door een van de kant van Hovener gevoerd verweer, dat Poortvliet ‘ook nog eens de verkeerde eiser was’. Zie ook daarover het in de voetnoot 51 genoemde opstel (p. 303-304).

Ik meen dat in die '(verspreiding in) andere vorm' een nadere, zo men wil 'afzonderlijke' exploitatiemogelijkheid besloten ligt. Ik zie niet in dat hierin een afzonderlijk te stellen / bewijzen element van rechtschending ligt.

4.43.1. Uit de door de Hoge Raad in het arrest gebezigde woorden dat het hof aan de wet *niet een onjuiste uitleg heeft gegeven*, laat zich nog afleiden dat voldoening aan het beslissende 'andere vorm'-criterium in zekere mate als een feitelijke aangelegenheid wordt gezien. Dat ligt ook voor de hand: in welk geval een reproductie wél of níét een andere vorm heeft gekregen, valt bezwaarlijk in een exacte algemene regel aan te geven.

4.43.2. Aan de zekere ruimte voor de feitenrechter doet niet af dat de cassatiebeoordeling een belangrijke juridische component behelst. Wichers Hoeth duidt op een nader richtsnoer in zijn noot onder het Poortvliet-arrest (bij een vergelijking met de uitkomst van het eerder genoemde Leesportefeuille-arrest):

'Het opnemen van tijdschriften in leesportefeilles is, evenals het uitlenen van boeken of het verkopen van tweedehands boeken voor de vraag of daarin een (nieuwe) openbaarmaking in de zin van de Auteurswet is gelegen, anders te beoordelen dan het uitknippen en los verkopen van kalenderreproducties. Vraagt men waarom, dan moet het antwoord luiden, dat eerstgenoemde handelingen in de belangenafweging tussen auteur en gebruikers maatschappelijk gebruikelijk en aanvaardbaar zijn (geworden) en laatstgenoemde niet.'

4.43.3. 'Maatschappelijk gebruikelijk en aanvaardbaar' blijft nog steeds een vage norm. Of aansluiting bij het in art. 7 lid 2 van de Merkenrichtlijn gehanteerde criterium:

'... wanneer er voor de houder gegronde redenen zijn om zich te verzetten tegen verdere verhandeling van de waren, met name wanneer de toestand van de waren, nadat zij in de handel zijn gebracht, gewijzigd of verslechterd is'<sup>54</sup>

een beter alternatief zou zijn, weet ik niet. Het merkenrecht beschermt, anders dan het object van het auteursrecht, primair de herkomstaanduiding. En: het merkenrechtelijk criterium 'gegronde redenen' is ook een vage norm. Een invulling met een nadruk op het subjectieve gezichtspunt van de rechthebbende ('voor de houder gegronde redenen') zou m.i. geen aanbeveling verdienen. Bij een niet daardoor gepreoccupeerde invulling van 'gegronde redenen' zal de rechter zich primair weer oriënteren op hetgeen maatschappelijk gebruikelijk en aanvaardbaar is. Er lijkt dan wél meer rechterlijke sturingsruimte: de rechter zou zich ook kunnen laten leiden door hetgeen wellicht (nog) niet maatschappelijk gebruikelijk is, maar wat maatschappelijk aanvaardbaar zou moeten zijn. Dat raakt op zijn beurt weer de problematiek van de grenzen van rechterlijke rechtsvorming.

Ik noteer, terzijde, nog dat het voorbeeld 'verslechterd' (naast 'gewijzigd') in art. 7 lid 2 MRI in de hier besproken auteursrechtelijke context niet erg behulpzaam is. Het oordeel over een 'gegronde' reden tegen 'verslechtering' zal samenlopen met de beoordeling van inbreuk op auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten. En: ging het bij de klachten van

---

<sup>54</sup> Vgl. nr. 4.16 supra.



Poortvliet, en gaat het bij de klachten van Pictoright, niet eerder om bezwaren tegen 'verbetering'?

4.43.4. Ik sta nog even stil bij het bijzondere geval dat de mogelijkheid van wijziging van de vorm van het exemplaar deel uitmaakt van de handelsstrategie van de auteursrechthebber. Ik denk met nostalgie aan het kalkeerplaatje uit mijn kleuterjaren: maar dat was niet iets om na gebruik verder te verhandelen. Toch zijn auteursrechtelijk beschermde halffabricaten die bedoeld zijn om na transformatie commercieel verder verhandeld te worden niet ondenkbaar. De observatie van Wichers Hoeth kan ook hier de sleutel voor de oplossing aanreiken.

#### 4.B.2. *Bespreking van onderdeel 2*

4.44.1. Zoals gezegd, gaat onderdeel 2 er (subsidiair) van uit dat de 'Poortvliet-doctrine' nog steeds geldt; maar het hof zou die onjuist hebben toegepast.

4.44.2. Het inleidende *onderdeel 2.1* kondigt een drietal klachten aan tegen (vooral) rov. 4.7.6, 4.7.7, 4.7.11 en 4.7.12, die in de erop volgende onderdelen worden uitgewerkt en kort gezegd erop neerkomen dat – anders dan het hof oordeelde – een 'canvas transfer' niet leidt tot:

- een nieuwe vorm (onderdeel 2.2);
- een hogere prijsstelling (onderdeel 2.3);
- een nieuwe exploitatiemogelijkheid (onderdeel 2.4).

4.45.1. Volgens *onderdeel 2.2* is onbegrijpelijk de overweging van het hof (in rov. 4.7.7) dat de 'canvas transfer' een verandering in de toestand van de betrokken exemplaren vormt die van een wezenlijk andere aard is dan het inlijsten van een poster. De onbegrijpelijkheid is er in het licht van Allposters' stelling dat de ingelijste poster onmogelijk van de lijst gescheiden kan worden zonder aan de lijst en/of het werk zware schade toe te brengen, zodat ook ingeval van het inlijsten de poster niet meer aanwezig is in de toestand zoals hij in het verkeer is gebracht. Volgens Allposters is van een 'nieuwe vorm' ook daarom geen sprake, nu één poster ten behoeve van één 'canvas transfer' wordt gebruikt, het resultaat daarvan niet wezenlijk verschilt van een ingelijste, 'gemounte' of gelamineerde poster en beide als wanddecoratie dienen (vgl. ST Allposters onder 3.74).

4.45.2. Het onderdeel faalt reeds omdat het hof in rov. 4.7.7 óók heeft overwogen:

'Het hof heeft ter zitting kunnen vaststellen dat die exemplaren vanwege de "door de afbeelding heen" zichtbare structuur van de canvas-ondergrond en het matte aanzien een ander uiterlijk krijgen'

en in rov. 4.7.8:

'Allposters heeft betwist dat de kleur van de "canvas transfer" verschilt van die van de poster,

maar zij heeft niet weersproken dat op haar website bij het aanbod van “canvas transfer” staat vermeld: “Canvas Color Depth”, hetgeen aannemelijk maakt dat er enige wijziging in de waarneming van de kleur optreedt. Het hof heeft daarnaast ter zitting kunnen waarnemen dat de kleur van de “canvas transfer” een ander aanzien heeft dan de kleur van de poster.’

Het onderdeel gaat aan deze (deel-)overwegingen voorbij<sup>55</sup>, terwijl het middel daartegen geen klachten heeft gericht. Reeds hiermee valt de bodem onder onderdeel 2.2 weg.

4.45.3. Ten overvloede: ook als ik de zojuist weergegeven citaten van rov. 4.7.7 en 4.7.8 ‘wegdenk’, acht ik het (feitelijk) oordeel van het hof dat een ‘canvas transfer’ van ‘wezenlijk andere aard’ is dan het inlijsten van een poster – zelfs als die poster volgens het door Allposters beschreven, door haar gehanteerde systeem niet zonder beschadiging uit de lijst verwijderbaar is – verre van onbegrijpelijk, en zulks – *res ipsa loquitur* – zonder nadere motivering. Met zijn oordeel over een ‘wezenlijk andere aard’ heeft het hof bovendien Allposters’ stelling dat het zou gaan om een resultaat dat ‘niet wezenlijk verschilt’ van de door Allposters bedoelde alternatieven niet genegeerd, maar beoordeeld en te licht bevonden. Dat Allposters’ stelling over het dienen van alle door haar genoemde varianten voor hetzelfde doel van wanddecoratie daaraan niet kan afdoen, behoefde en behoeft geen beoog.

4.46. Bij de beoordeling van de *onderdelen 2.3 en 2.4* wil ik het volgende vooropstellen. In nr. 4.42 heb ik aangegeven dat het beslissende – uitputting verhinderde – element in het Poortvliet-arrest m.i. gelegen is in de fysieke transformatie van de reproducties: de ‘(verspreiding in) andere vorm’.

Daarvan uitgaande, meen ik dat het hof reeds op basis van zijn oordeel over de ‘nieuwe vorm’ (= andere vorm), dat door (sub-)onderdeel 2.2 m.i. vergeefs bestreden is, tot zijn mede door de andere (sub-)onderdelen 2.3 en 2.4 bestreden oordeel kon komen. Als ik dit juist zie, zouden de onderdelen 2.3 en 2.4 belang missen. Ik onderken evenwel de hantering door het hof (in rov. 4.7.5 e.v.) van de ‘nieuwe exploitatiemogelijkheid’ als tweede voorwaarde voor Pictorights verweer tegen Allposters’ beroep op uitputting, en de afwezigheid van een daartegen gericht incidenteel cassatieberoep van Pictoright. Zie evenwel nog nr. 4.47.2.

4.47.1. *Onderdeel 2.3* is gericht tegen het oordeel van het hof (in rov. 4.7.11) dat de prijs van ‘canvas transfers’ niet moet worden vergeleken met die van een ingelijste poster, maar met die van de losse poster waarvan de ‘canvas transfer’ wordt gemaakt. Volgens Allposters is dit onbegrijpelijk in het licht van haar (essentiële) stelling dat de consument naast een ‘kale’ poster ook kan kiezen voor een gelamineerde poster, een poster op hout en een ingelijste poster, waarbij in al deze gevallen de poster duurzaam verenigd wordt met iets anders en de poster in de oorspronkelijke toestand niet meer aanwezig is.

---

<sup>55</sup> Bij het citeren van de aangevallen rov. 4.7.7 in de cassatiedagvaarding is de hierboven weergegeven deeloverweging weggelaten.

4.47.2. In rov. 4.7.11 heeft het hof onderzocht of de nieuwe vorm van het exemplaar leidt tot een nieuwe exploitatiemogelijkheid en is het hof tot de conclusie gekomen dat (a) de hogere prijsstelling en (b) de nieuwe vorm die de 'canvas transfers' hebben ten opzichte van de posters waarvan ze worden vervaardigd, meebrengen dat Allposters een andere doelgroep kan bereiken, namelijk de consumenten die meer geld willen uitgeven om een ander product aan de muur te hebben dan een poster. Onderdeel 2.3 betoogt niet dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting (dat doet onderdeel 2.4, dat hierna nog aan bod komt), maar bestrijdt enkel 's hofs beoordeling van (a). De zojuist gememoreerde conclusie – in rov. 4.7.11 – berust evenwel mede op (b), de nieuwe vorm. Aangezien de hiertegen gerichte klacht in onderdeel 2.2 faalt, mist Allposters belang bij onderdeel 2.3.

4.47.3. Ook om een andere reden kan onderdeel 2.3 niet tot cassatie leiden. Zoals Pictoright met juistheid heeft gesteld, is de hier aangevallen beoordeling in hoge mate feitelijk van aard en kan deze in cassatie niet worden getoetst zonder te treden in een waardering die aan de feitenrechter is voorbehouden. Eveneens valt te onderschrijven Pictorights' standpunt dat de vraag of de door Allposters bedoelde (ook relatief dure) posters op hout of in een lijst wél zonder toestemming van de rechthebbenden in het verkeer mogen worden gebracht, niet aan de orde is.

4.48. Voor zover *onderdeel 2.4* de motiveringsklachten van de voorgaande onderdelen 2.2 en 2.3 herhaalt, deelt het het lot daarvan.

4.49.1. In onderdeel 2.4 is tevens een rechtsklacht vervat, volgens welke het hof ook 'andere omstandigheden' in de beoordeling had behoren te betrekken, waaronder de verhouding tot andere exploitatie van gedrukte exemplaren, alsmede de aard en prijs van deze en vergelijkbare exemplaren.

4.49.2. Ook deze rechtsklacht faalt. Een rechtsregel die het hof zou hebben verplicht onder meer deze omstandigheden in zijn oordeel te betrekken, lees ik niet in het Poortvliet-arrest; het onderdeel geeft ook niet aan waar zo'n regel (elders) te vinden zou zijn.

4.49.3. In Allposters' s.t. (onder 3.79) zie ik een hiervan te onderscheiden klacht, dat het hof ('überhaupt') niét had mogen kijken naar de prijsstelling, omdat de prijsstelling in het Poortvliet-arrest geen rol speelde. Zo'n klacht vindt echter geen basis in de cassatiedagvaarding (vergelijk ook het verweer van Pictoright bij s.t. onder 6.4.4, waarin wordt aangenomen dat Allposters geen klacht heeft gericht tegen de door het hof aangelegde maatstaf), zodat deze (reeds) hierom niet tot cassatie kan leiden.

4.50. De slotsom is dat onderdeel 2 faalt.

#### 4.C. Onderdeel 3

4.51. Onderdeel 3 klaagt over rov. 4.8, betreffende het afbeelden / aanbieden van de ‘canvas transfers’ op Allposters’ website.

4.52. Volgens *onderdeel 3.1* doet Pictoright in het onderhavige geval een beroep op haar distributierecht ex art. 4 ARI, geïncorporeerd in art. 12, lid 1 onder 1° Aw. Het onderdeel wijst erop dat HvJ EG 17 april 2008, C-456 (Peek & Cloppenburg/Cassina)<sup>56</sup> een (relatief) beperkte invulling heeft gegeven aan het distributierecht, hetgeen aldus ook geldt voor de ‘openbaarmaking van exemplaren’ in de zin van art. 12, lid 1 onder 1° Aw. Daarbij geldt dat rechthebbenden niet op grond van hun distributierecht kunnen optreden tegen het enkele aanbieden van exemplaren in het economisch verkeer. Het hof kon het enkele tonen / aanbieden van ‘canvas transfers’ op de website van Allposters dan ook niet auteursrechtelijk ongeoorloofd oordelen.

4.53. Het onderdeel berust op een onjuiste lezing van rov. 4.8. Daaruit blijkt niet dat het hof zijn oordeel over het inbreukmakend tonen van afbeeldingen en/of het aanbieden van de ‘canvas transfers’ (uitsluitend) gebaseerd heeft op het in art. 12, lid 1 *onder 1°* Aw bedoelde recht. Dat blijkt óók niet (noodzakelijk) uit de deeloverweging ‘Gelet op het oordeel dat een “canvas transfer” als een openbaarmaking geldt, acht het hof het aanbieden van “canvas transfers” van de werken van de Kunstenaars op de website eveneens een openbaarmaking in de zin van art. 12 Aw, die is voorbehouden aan de Rechthebbenden’. Hieruit laat zich weliswaar afleiden dat het hof de verhandeling van ‘canvas transfers’ zélf beschouwt als inbreukmakend onder art. 12, lid 1 onder 1° Aw (omdat daarvoor volgens het hof niet de uitputtingsregel geldt), maar níét dat *vertoning/aanbieding op de website* dáárom ook (slechts) onder toepassing van genoemde bepaling van lid 1 *onder 1°* van art. 12 Aw aan de rechthebbenden voorbehouden zou zijn. Het hof spreekt in de desbetreffende slotstrofe over ‘*art. 12 Aw*’, en brengt daar geen beperking tot art. 12, lid 1 onder 1° aan.

Tegen openbaarmaking (tonen) van zijn werk via internet kan een rechthebbende zich in het algemeen verzetten op basis van de ‘natuurlijke’ betekenis van ‘openbaar maken’ in art. 1 en art. 12, aanhef Aw<sup>57,58</sup>, of – Unierechtelijk bezien – op basis van art. 3 ARI (recht van mededeling aan het publiek).

---

<sup>56</sup> Hierboven besproken in nr. 4.14.2.

<sup>57</sup> Geciteerd in nr. 4.4. Let op de aanhef van art. 12, lid 1 Aw: ‘Onder de openbaarmaking van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt *mede* verstaan:’ (cursivering toegevoegd).

<sup>58</sup> Vgl. ook de ruime uitleg in HR 16 december 1986, NJ 1987, 613 (Te huur aangeboden illegale kopieën).

4.54. Het onderdeel geeft niet aan dat Pictoright zich ten deze (slechts) zou hebben beroepen op het distributierecht van art. 4 ARI. In de nrs. 7.4 - 7.6 van haar ST wijst Pictoright, met verwijzingen, op het tegendeel<sup>59</sup>.

4.55. Overigens gaat het onderdeel er m.i. ten onrechte van uit dat volgens het P&C/Cassina-arrest rechthebbenden niet op grond van hun distributierecht zouden kunnen optreden tegen het enkele aanbieden van exemplaren in het economisch verkeer. Het P&C/Cassina-arrest maakt in dit opzicht slechts duidelijk dat die mogelijkheid er niet is, indien niet tevens sprake is van (aangeboden) verkoop dan wel eigendomsoverdracht. De vraag of rechthebbenden op grond van hun distributierecht wél kunnen optreden tegen het afbeelden van exemplaren op een website of in (andere) reclame als die exemplaren wél te koop worden aangeboden, is intussen bevestigend beantwoord door HvJ EU 21 juni 2012, C-5/11 (Donner).

4.56. Dat roept nog wel de (omgekeerde) vraag op, hoe te oordelen over zo'n afbeelding in het kader van te koop aanbieden op internet of anderszins van de 'canvas transfers' in het geval dat de beantwoording door het HvJ EU van de desbetreffende prejudiciële vragen zou leiden tot het resultaat dat Pictoright de verhandeling daarvan niét kan verbieden. Het kan uiteraard niet zo zijn dat legale exemplaren, waarop het uitputtingsregime wél van toepassing is, niet in reclame zouden mogen worden afgebeeld. De oplossing daarvoor is echter reeds gegeven, op basis van (nu) art. 34 en 36 VwEU, door HvJ EG 4 november 1997, C 337/95 (Dior/ Evora)<sup>60</sup>:

'58 Gezien deze rechtspraak – en zonder dat behoeft te worden ingegaan op de vraag, of voor hetzelfde product tegelijkertijd een beroep kan worden gedaan op een auteursrecht en op een merkrecht – kan worden volstaan met de vaststelling, dat in omstandigheden als die van het hoofdgeding de door het auteursrecht verleende bescherming met betrekking tot de verveelvoudiging van de beschermde werken in het reclamemateriaal van de wederverkooper hoe dan ook niet verder kan gaan dan de bescherming die in dezelfde omstandigheden aan de rechthebbende op een merkrecht wordt verleend.'

Deze jurisprudentie mag gecodificeerd heten in art. 5, lid 3, onder j ARI, dat voorziet in een beperking op de in art. 2 en art. 3 ARI bedoelde rechten ten aanzien van:

'het gebruik voor reclamedoelinden, voor openbare tentoonstellingen of openbare verkopen van artistieke werken, voorzover dat noodzakelijk is voor de promotie van die gebeurtenissen, met uitsluiting van enig ander commercieel gebruik'.

Die bepaling is in 2004 overgenomen in het daartoe gemoderniseerde art. 23 Aw (in een iets betere vertaling). De MvT (28 482, nr. 3, p. 54) herinnerde nog aan het Dior/Evora-arrest:

<sup>59</sup> Bij een poging tot weerspreking hiervan in punt 22 van de schriftelijke dupliek trekt Allposters m.i. het citaat uit Pictorights ST (punt 5.1.16 aldaar) uit zijn verband.

<sup>60</sup> Jur. 1997, p. I-6013, NJ 2001, 132, IER 1997, nr. 55, p. 225, BIE 1998, nr. 41, p. 195.

‘Overigens mag ervan worden uitgegaan dat ook na inwerkingtreding van deze richtlijn de uitspraak van het Hof van Justitie inzake Dior/Evora onverminderd geldt. Dat wil zeggen dat men mag adverteren voor wat men mag aanbieden en verkopen, ook als daarbij een afbeelding van het product wordt gebruikt.’

4.57. Anders dan het (subsidiare) verlangen van Allposters in *onderdeel 3.2* luidt, meen ik dit er op dit punt geen aanleiding of behoefte is tot het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ EU.

4.58. De restklacht van *onderdeel 3.3* behoeft geen bespreking.

### *5. Aanzet voor aan het HvJ EU te stellen prejudiciële vragen*

Aan het Hof van Justitie van de EU zouden de volgende vragen van uitleg van Richtlijn 2001/29/EG (hierna: ARI) kunnen worden voorgelegd:

1. Dient art. 4 ARI aldus te worden uitgelegd dat een wijziging ten aanzien van de vorm van een reproductie van een auteursrechtelijk beschermd werk, die optreedt nadat het betreffende werk door of met toestemming van de rechthebbende in de Gemeenschap is verkocht en aanwezig blijft wanneer de reproductie vervolgens verder wordt verhandeld, relevant kan worden geacht bij de beoordeling van de vraag of het distributierecht van de auteursrechthebbende krachtens genoemd artikel al dan niet kan worden uitgeoefend?

2. Indien vraag 1 bevestigend beantwoord wordt, is de beoordeling van de (eventuele) relevantie van zulk een wijziging ten aanzien van de vorm van de reproductie dan:  
(a) onderwerp van door het Unierecht (in het bijzonder: art. 4 ARI) beheerst recht; of  
(b) overgelaten aan het recht van de lidstaten?

3.1. Indien vraag 2 beantwoord wordt in de onder (a) bedoelde zin, welke maatstaven dienen dan te worden aangelegd om van een Unierechtelijk in aanmerking te nemen – aan de toepassing van art. 4, lid 2 ARI in de weg staande – wijziging ten aanzien van de vorm van de reproductie te spreken?

3.2. Kan of moet daartoe voldoende geacht worden dat sprake is van:

(a) enigerlei vorm van verduurzaming van de reproductie; en/of  
(b) enigerlei vorm van verbinding van de reproductie met enigerlei omlijsting; en/of  
(c) overbrenging van de afbeelding van het werk (via een chemisch, mechanisch of ander procedé) van het door of met toestemming van de rechthebbende in de Gemeenschap verkochte materiaal (de ‘ene drager’, bijv. van papier) op een ‘andere drager’ (bijv. van canvas), waarbij de afbeelding (in casu: de inkt) van de ‘ene drager’ verdwijnt?

4.1. Indien vraag 3.2 in die zin beantwoord wordt dat toepassing van een of meer van de daar onder (a), (b) en (c) genoemde varianten op zichzelf niet voldoende is om van een

aan de toepassing van art. 4, lid 2 ARI in de weg staande wijziging ten aanzien van de vorm van de reproductie te spreken, maar dat dit laatste onder een of meer bijkomende omstandigheden wel het geval kan zijn, welke omstandigheden zijn daartoe dan in aanmerking te nemen?

4.2. Kan of moet als een zodanige omstandigheid gelden, dat de wijziging ten aanzien van de vorm van de reproductie leidt tot:

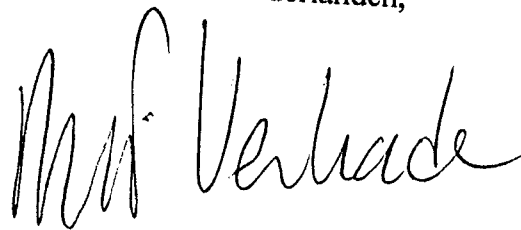
- (a) een nieuwe exploitatiemogelijkheid; en/of
- (b) een andere functie van de reproductie; en/of
- (c) de mogelijkheid van het realiseren van een hogere prijs; en/of
- (d) de mogelijkheid dat een andere doelgroep wordt bereikt?

5. Ziet het Hof van Justitie aanleiding om, rekening houdend met de door de Hoge Raad geuite twijfels, hem anderszins elementen van uitlegging van Unierecht aan te reiken die nuttig kunnen zijn voor de beslechting van de bij hem aanhangige zaak?

#### 6. Conclusie

Mijn conclusie strekt ertoe dat de Hoge Raad, alvorens nader te beslissen, het Hof van Justitie van de Europese Unie zal verzoeken om over vragen van uitleg van Richtlijn 2001/29/EG als bedoeld in par. 5 van deze conclusie uitspraak te doen, alsmede tot aanhouding van de zaak totdat dat Hof daarover uitspraak heeft gedaan.

De procureur-generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden,



A-G i.b.d.