

12 juli 2013

Eerste Kamer

12/02298

EE/LZ

**in naam des Konings**

## Hoge Raad der Nederlanden

**Arrest**

in de zaak van:

ART & ALLPOSTERS INTERNATIONAL B.V.,  
gevestigd te Amsterdam,

EISERES tot cassatie,

advocaat: aanvankelijk mr. P.A. Ruig, thans  
mr. T. Cohen Jehoram,

t e g e n

de stichting STICHTING PICTORIGHT,  
gevestigd te Amsterdam,

VERWEERSTER in cassatie,

advocaten: mr. R.S. Meijer en  
mr. A.M. van Aerde.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Allposters en Pictoright.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak 90339/HA ZA 08-822 van de rechtbank Roermond van 22 september 2010;
- b. het arrest in de zaak HD 200.079.664 van het gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 3 januari 2012.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Allposters beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Pictoright heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal in buitengewone dienst D.W.F. Verkade strekt ertoe het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken om over

vragen van uitleg van Richtlijn 2001/29/EG als bedoeld in par. 5 van de conclusie uitspraak te doen, alsmede tot aanhouding van de zaak totdat dat Hof daarover uitspraak heeft gedaan.

De advocaat van Allposters heeft bij brief van 17 mei 2013 op die conclusie gereageerd. De advocaat van Pictoright heeft bij brief van diezelfde datum op de conclusie gereageerd.

### 3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) 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 Miro, Marc Chagall, Francis Bacon, Bruno Paul,

Hans Bohrdt, Henk Hofstra en Rie Cramer en tot 1 januari 2011 Paul Klee (hierna: de rechthebbenden).

(ii) Allposters is een aanbieder van posters en prints. Via haar websites biedt Allposters posters en andere kunstreproducties aan waarop werken zijn afgebeeld van onder meer de hiervoor onder (i) genoemde kunstenaars (hierna: de kunstenaars).

(iii) 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 procédé over op een canvasdoek en spant het canvasdoek op een houten frame. Dit procédé en het resultaat ervan duidt zij aan als "canvas transfer".

(iv) Pictoright heeft geconstateerd dat Allposters reproducties van werken van de kunstenaars te koop aanbiedt, waaronder "canvas transfers". Pictoright heeft conservatoir bewijsbeslag gelegd op de administratie van Allposters voor zover deze gegevens bevat over de

verveelvoudiging, verkoop, distributie en levering van inbreukmakende werken.

(v) Pictoright heeft Allposters gesommeerd om op straffe van een boete het aanbieden van posters die op canvas zijn aangebracht te staken en gestaakt te houden, en gesommeerd tot betaling van schadevergoeding en tot afdracht van de genoten winst. Allposters heeft aan deze sommatie geen gehoor gegeven.

3.2 Pictoright vordert in dit geding Allposters te veroordelen elke directe of indirecte inbreuk op de auteursrechten of persoonlijkheidsrechten van de rechthebbenden te staken, met nevenvorderingen, alsmede tot betaling van schadevergoeding. Volgens Pictoright maakt Allposters inbreuk op de auteursrechten van de rechthebbenden en handelt zij onrechtmatig jegens hen door zonder toestemming hun werken op canvas aan te brengen en in die vorm te verveelvoudigen of openbaar te maken. In de gevallen waarin de posters worden afgesneden voordat ze op canvas worden aangebracht, maakt Allposters tevens inbreuk op de persoonlijkheidsrechten van de kunstenaars, aldus Pictoright.

De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen.

3.3 Het hof heeft de vorderingen van Pictoright grotendeels toegewezen. Het heeft daartoe onder meer het volgende overwogen.

De verkoop van een poster of van een canvasproduct waarin het werk van één van de kunstenaars is vastgelegd valt onder het begrip "openbaarmaken" in de zin van art. 1 en 12 Aw. Art. 12b Aw regelt de uitputting van het distributierecht van een exemplaar van een auteursrechtelijk beschermd werk. Die bepaling is ingevoerd ter uitvoering van Richtlijn 2001/29/EEG Auteursrecht in de informatiemaatschappij (hierna: de Auteursrechtlijn, afgekort ARTl). Uit art. 4 lid 2 ARTl 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 eigendomsovergang van dat materiaal in de EU geschiedt door de rechthebbende of met diens toestemming. Ingevolge art. 12b Aw is de verdere verspreiding van een exemplaar van het werk binnen de EU/EER vrij, indien dat exemplaar door of met toestemming van de rechthebbenden in de EU/EER in het verkeer is gebracht door eigendomsoverdracht. (rov. 4.7 - 4.7.2)

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, dient te worden beantwoord aan de hand van HR 19 januari 1979, LJN AC6463, NJ 1979/412 (Poortvliet). Als uitgangspunt heeft te gelden dat sprake is 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, hetgeen leidt tot een nieuwe exploitatiemogelijkheid voor degene die deze nieuwe vorm van het oorspronkelijk in het verkeer gebrachte exemplaar verhandelt. De papieren poster, zoals die door de rechthebbenden in het verkeer is gebracht, wordt vervangen door een afbeelding op een canvasdoek op een houten frame. De overbrenging van de drukinkt op canvast vormt een verandering in de toestand van de betrokken exemplaren die van wezenlijk andere orde is dan het inlijsten van de bewuste poster. Het canvasdoek heeft een ander uiterlijk en de kleur van de "canvas transfer" heeft een ander aanzien dan de kleur van de poster. De "canvas transfer" kan derhalve niet meer worden beschouwd als het door de rechthebbende in het verkeer gebrachte "exemplaar" in de zin van art. 12b Aw of "materiaal" in de zin van art. 4 ARTl. Daarbij wordt mede

in aanmerking genomen dat op grond van de strekking en de tekst van art. 4 lid 2 ARt1 heeft te gelden 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 geval aan de orde is. Deze nieuwe vorm leidt voorts tot nieuwe exploitatiemogelijkheden voor Allposters, omdat zij het door een hogere prijsstelling mogelijk maakt een andere doelgroep te bereiken. De slotsom is dat de verhandeling van "canvas transfers" een verboden openbaarmaking inhoudt, dat het beroep van Allposters op uitputting moet worden verworpen, en dat Allposters inbreuk maakt op het auteursrecht van de rechthebbenden. (rov. 4.7.3 - 4.7.14)

3.4 Het eerste onderdeel van het middel klaagt onder meer dat de Poortvlietdoctrine geen gelding meer heeft en door het hof ten onrechte is toegepast, omdat de auteursrechtelijke uitputtings- en openbaarmakingsbegrippen inmiddels Europees zijn geharmoniseerd. Volgens onderdeel 1.1.1 had het hof het Unierechtelijke begrip "uitputting" in de zin van art. 4 lid 2 ARt1 moeten toepassen, welke uitputting niet terzijde wordt geschoven



wanneer de zaak waarin het werk is belichaamd, de drager, een wijziging heeft ondergaan. Volgens onderdeel 1.1.2 had het hof het Unierechtelijke begrip "recht van distributie onder het publiek" in de zin van art. 4 lid 1 ARTl moeten toepassen, en niet het Nederlandse begrip "openbaarmaking" als bedoeld in art. 12 Aw, aangezien daaronder mede valt het recht van mededeling aan het publiek als bedoeld in art. 3 ARTl, welk recht hier niet relevant is. Subsidiair klaagt onderdeel 1.2 dat, indien er onduidelijkheid zou bestaan over de uitleg van art. 12 lid 1, onder 1, en art. 12b Aw, in het licht van art. 4 lid 1 en 2 ARTl, ter zake prejudiciële vragen aan het HvJEU dienen te worden gesteld.

3.5 Het onderdeel legt art. 4 lid 1 ARTl aldus uit, dat die bepaling betrekking heeft op de distributie van een werk dat in een tastbare zaak is belichaamd (ter onderscheiding van art. 3 ARTl, dat ziet op het recht van mededeling aan het publiek). Uitputting als bedoeld in art. 4 lid 2 ARTl treedt op bij distributie van een werk dat in een tastbare zaak, een exemplaar, is belichaamd, indien dat exemplaar door de rechthebbende of met diens toestemming in de EER in het verkeer is gebracht.

Een eventuele latere wijziging in het exemplaar of het materiaal heeft geen gevolgen voor de uitputting.

Ter toelichting wijst Allposters op het verschil tussen art. 4 lid 2 ARTl en art. 7 lid 2 Richtlijn 2008/95/EG (hierna: Merkenrichtlijn), betreffende de uitputting van het merkrecht. Laatstgenoemde bepaling houdt in dat de uitputtingsregel van lid 1 niet van toepassing is indien er voor de rechthebbende gegronde redenen zijn 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. Art. 4 lid 2 ARTl houdt niet een dergelijke beperking in. Dat strookt met het doel van commerciële auteursrechten als het distributierecht, te weten de commerciële exploitatie van beschermde werken (en niet, zoals bij het merkenrecht, de aanduiding van de herkomst van de waren).

3.6 Pictoright verdedigt een andere uitleg van art. 4 ARTl. In die uitleg heeft de Poortvlietmaatstaf na de implementatie van de Auteursrechtrichtlijn haar gelding behouden. Primair voert zij aan dat het bewerkingsrecht nog niet in het Europese auteursrecht is geharmoniseerd, zoals dat wel met het Europese merkenrecht het geval is

(vgl. art. 7 lid 2 Merkenrichtlijn). Subsidiair betoogt zij dat, ook indien dat anders zou zijn, de Poortvlietmaatstaf - met name de gedachte dat een (ingrijpende) wijziging van het materiaal uitputting voorkomt - goed aansluit bij het Unierecht.

Een richtlijnconforme uitleg van art. 12b Aw vergt dat rekening wordt gehouden met de bewoordingen en de context van de bepalingen van de Auteursrechtlijn. De woorden "dat materiaal" in art. 4 lid 2 ARTl wijzen terug naar de woorden "het origineel of kopieën daarvan" in art. 4 lid 1 ARTl. De "canvas transfers" kunnen niet als zodanig gelden, omdat zij als gevolg van ingrijpende wijzigingen wezenlijk verschillen van de oorspronkelijke posters. Dat sluit aan bij de doelstelling van de Auteursrechtlijn, te weten het bieden van een hoog beschermingsniveau voor auteurs, zodat zij een passende beloning kunnen krijgen voor het gebruik van hun werken, onder meer bij reproductie ervan, teneinde hun scheppende en creatieve arbeid te kunnen voortzetten.

Ten slotte sluit deze uitleg van het uitputtings- en het openbaarmakingsbegrip aan bij art. 6 van het "WIPO Copyright Treaty" van 20 december 1996, aangezien dat de verdragsluitende partijen de vrijheid laat om voorwaarden te stellen aan de toepassing van de uitputtingsregel.

Ook sluit zij aan bij art. 12 Berner Conventie dat bepaalt dat auteurs van werken van letterkunde of kunst het uitsluitend recht genieten om toestemming te verlenen tot bewerkingen, arrangementen en andere veranderingen van hun werken, aldus nog steeds het samengevat weergegeven standpunt van Pictoright.

3.7 Het onderdeel stelt aldus vragen van uitleg van de Auteursrechtrichtlijn aan de orde, omtrent de beantwoording waarvan twijfel mogelijk is. De Hoge Raad ziet daarin aanleiding voor het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Bij de beantwoording van die vragen kan worden uitgegaan van de hiervoor in 3.1 vermelde feiten.

#### 4. Prejudiciële vragen

1. Beheerst art. 4 Auteursrechtrichtlijn het antwoord op de vraag of het distributierecht van de auteursrechthebbende kan worden uitgeoefend ten aanzien van een reproductie van een auteursrechtelijk beschermd werk dat door of met toestemming van de rechthebbende in de EER is verkocht en geleverd, indien deze reproductie nadien een wijziging ten aanzien van de vorm heeft ondergaan en in die vorm opnieuw in het verkeer wordt

gebracht?

2(a) Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, is dan de omstandigheid dat sprake is van een wijziging als in vraag 1 bedoeld, van betekenis voor het antwoord op de vraag of uitputting als bedoeld in art. 4 lid 2 Auteursrechtlijn wordt verhinderd of doorbroken?

(b) Indien het antwoord op vraag 2(a) bevestigend luidt, welke maatstaven dienen dan te worden aangelegd om van een wijziging ten aanzien van de vorm van de reproductie te spreken die uitputting als bedoeld in art. 4 lid 2 Auteursrechtlijn verhindert of doorbreekt?

(c) Laten die maatstaven ruimte voor de in het nationale recht in Nederland ontwikkelde maatstaf, inhoudende dat van uitputting niet langer sprake is op de enkele grond dat de wederverkoper de reproducties een andere vorm heeft gegeven en ze in die vorm onder het publiek heeft verspreid (HR 19 januari 1979, NJ 1979/412, Poortvliet)?

##### 5. Beslissing

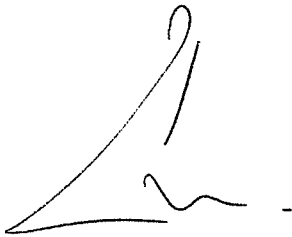
De Hoge Raad:

alvorens verder te beslissen;

verzoekt het Hof van Justitie om de hiervoor in 4  
vermelde prejudiciële vragen te beantwoorden;

houdt iedere verdere beslissing aan totdat het  
antwoord van het Hof van Justitie is ontvangen.

Dit arrest is gewezen door de vice-president  
F.B. Bakels als voorzitter en de raadsheren  
C.A. Streefkerk, M.A. Loth, G. Snijders en G. de Groot,  
en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer  
M.A. Loth op 12 juli 2013.



Uitgegeven voor grosse  
De Griffier van de Hoge Raad der Nederlanden

12 JULI 2013

