

## Als het ware poster en lijst ineen?

Noot bij Rechtbank Roermond, 22 september 2010, Pictoright / Art & AllPosters ([B9 9106](#))

*Dirk Visser*<sup>1</sup>

Als deze casus als tentamenvraag verzonnen zou worden, zou men misschien geneigd zijn deze als te vergaande academische fantasie te verwerpen: verf die van papieren posters wordt afgeweekt en op canvas geplakt, waardoor wel of niet een verveelvoudiging of nieuwe openbaarmaking aan de orde is. Maar het schijnt echt zo te gaan: Art & AllPosters koopt papieren kunstposters overal ter wereld, met name van musea, haalt de verf er af, brengt die over op canvas en verkoopt vervolgens deze ‘verduurzaamde’ canvasposters. (Google: ‘canvas transfer’). Zie over dit vonnis ook: [Lex Bruinhof](#).

Alle insiders denken onmiddellijk aan de Rien Poortvliet-kalenders en het arrest van de Hoge Raad daarover uit 1979. (HR 19 januari 1979, *NJ* 1979, 412 m.nt. LWH; *AMR* 1979, p. 50 m.nt. JHS; *AA* 1980, p. 311 m.nt. Cohen Jehoram, zie ook Spoor, *BIE* 1985, p. 242-247). Hovener kocht kalenders met werken van Rien Poortvliet, uitgegeven door Unieboek. Hij knipte de dertien afzonderlijke reproducties af, plakte ze op spaanplaat en verkocht ze vervolgens aan het publiek. Volgens de HR was er geen sprake van uitputting:

“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”.

Vraagpunt was of de omvang van de - voor derden als Hovener op zich zelf niet kenbare - contractuele toestemming door Poortvliet aan uitgever Unieboek (beperkt tot kalenders) van invloed was op de uitputting. Of dat de uitputting altijd doorbroken wordt zodra met toestemming in het verkeer gebrachte exemplaren ‘een andere vorm’ krijgen. Beide mogelijkheden lijken echter op gespannen voet te staan met het Leesportefeuille-arrest (HR 25 januari 1952, *NJ* 1952, 95) waarin is bepaald dat het voorbehouden van een afgeleide (leesportefeuille-)markt niet mogelijk was. Ook is interessant hoe een en ander zich verhoudt tot de praktijk waarbij boeken door derden worden ‘verduurzaamd’ om als bibliotheekexemplaar te dienen. En hoe zit het met inlijsten?

---

<sup>1</sup> Prof. mr D.J.G. Visser is hoogleraar intellectuele eigendomsrecht in Leiden en advocaat in Amsterdam

Een eerste interessant kwestie is of het Poortvliet-arrest nog geldend recht is. Valt deze vorm van openbaarmaking onder het Europees geharmoniseerde distributierecht van art. 4 Auteursrecht richtlijn? Ja en nee. Het verspreiden van exemplaren als zodanig valt zonder twijfel onder het Europese distributierecht. Maar ik denk dat het goed verdedigbaar is dat de vraag of verspreiding van een exemplaar in *een andere vorm* niet Europees geharmoniseerd is.

In het *merkenrecht* bestaat een expliciete Europese bepaling dat uitputting van het distributierecht doorbroken wordt in geval van wijziging van de waar.

“[Uitputting] is niet van toepassing wanneer er voor de [merk]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*”. (Art. 7 lid 2 Merkenrichtlijn, *curs. toegevoegd*).

Maar in het geharmoniseerde Europese auteursrecht bestaat een dergelijke regel niet. In veel gevallen zal de rechthebbende bezwaar kunnen maken op grond van bewerkingsrecht (*adaptation right*), in Nederland onderdeel van het verveelvoudigingsrecht. Daarnaast zal in sommige landen onder omstandigheden een beroep op het *droit de destination* of op het persoonlijkheidsrecht mogelijk zijn. Deze rechten zijn echter allemaal niet geharmoniseerd.

De tussenconclusie is dat Poortvliet/Hovener waarschijnlijk nog geldend recht is, omdat deze materie (nog) niet Europees is geharmoniseerd. Daarom gaan we nu terug naar het Nederlandse recht.

## **Verveelvoudigen**

*Vergt een bewerking in de zin van artikel 13 Aw altijd een reproductie?*

De Rechtbank meent van wel (zie ov. 4.6.4). Dat lijkt mij vrijwel zeker onjuist. Artikel 13 bepaalt de beschermingsomvang van het auteursrecht ten aanzien van bewerkingen, ongeacht of die bewerkingen worden gereproduceerd of openbaar gemaakt. In de praktijk zullen de meeste bewerkingen ook een reproductie met zich mee brengen, maar dat hoeft niet. Een duidelijk voorbeeld is de in MvA 1912 genoemde “opvoering van eene niet-letterlijke navolging van het werk” (De Vries, Parl. Gesch. Aw, 13.4). Een ander voorbeeld is de *live* uitzending van een bewerking van een televisie-format: wel een bewerking, geen reproductie.

Maar dan volgt de vraag: is het overzetten van papier op canvas een bewerking? In technische zin is het uiteraard een bewerking van het exemplaar. Maar is het ook in auteursrechtelijke zin een bewerking van het werk? Dat vind ik lastiger. Vooral omdat als men deze vraag bevestigend beantwoord, direct de vraag opkomt of andere vormen van ‘verduurzamen’, bijvoorbeeld inlijsten of inbinden er ook onder vallen. En die handelingen zouden dan mogelijk ook onder het auteursrechtelijk verbodsrecht vallen. Ik ben geneigd te denken dat er in casu geen sprake is van een bewerking in auteursrechtelijke zin. Bij een bewerking moet het mijns inziens toch gaan om een waarneembare wijziging van het werk zelf, niet alleen van het exemplaar.

## **Openbaar maken**

Bij het openbaarmakingsrecht gaat het om toepassing van 'Poortvliet/Hovener'. De Rechtbank is van mening dat van openbaarmaking geen sprake is. De rechtbank geeft daarvoor drie redenen (zie ov. 4.5.7).

De eerste reden die de rechtbank noemt is dat bij de 'canvastransfer' het werk 'in het geheel niet wordt veranderd'. Die reden lijkt mij niet juist. Bij de kalendertekeningen van Poortvliet werden de werken immers ook 'in het geheel niet [...] veranderd'.

De tweede reden is: "Zowel een poster (al dan niet ingelijst) als een canvasdrager behoren tot de productgroep wanddecoratie. Beide dragers vervullen dus dezelfde functie en er wordt dus geen nieuwe markt aangesproken". Dit is een betere reden. In feite wordt hier een rechtsregel uit 'Poortvliet/Hovener' gedestilleerd, die er op neer komt dat (alléén) de wijziging van een exemplaar die leidt tot het aanspreken van een 'nieuwe markt' op grond van het openbaarmakingsrecht verboden zou kunnen worden. Het is de vraag wat een 'nieuwe markt' is en of dat een wenselijk en hanteerbaar criterium is.

Voordat op die vraag wordt ingegaan, eerst even de derde reden van de Rechtbank, die lijkt te zijn gerelateerd aan de tweede: de prijs. "Het is weliswaar juist dat een canvasproduct ten opzichte van een papieren poster meer kost. Dat verschil dient echter direct gerelativeerd te worden. Indien een canvasproduct wordt gekocht, heeft de klant als het ware poster en lijst ineen. De rechtbank is daarom van oordeel, dat een canvasproduct qua prijs niet vergeleken mag worden met een losse poster. Het canvasproduct dient naar het oordeel van de rechtbank vergeleken te worden met een ingelijste poster". En de canvasposter blijkt ongeveer even duur als een ingelijste poster. Hier kan men m.i. verschillend over denken: is een canvasproduct wel of niet "als het ware poster en lijst ineen".

## **Nieuwe markt**

Is de 'nieuwe markt' een hanteerbaar, uit Poortvliet/Hovener af te leiden criterium? Ik denk dat het op zich zelf wel uit Poortvliet/Hovener is af te leiden: kalenders worden slechts korte tijd verkocht en na één jaar meestal weggegooid. Verduurzaamde reproducties op spaanplaat of op canvas gaan langer mee, zowel in de handel als in het gebruik. De vraag is waar de papieren poster zich bevindt in dit spectrum. Hij gaat langer mee dan de kalender, maar korter dan canvas en spaanplaat. Het lijkt mij dus ook zeer goed verdedigbaar dat de canvasposters juist wél een nieuwe markt vormen. Mogelijk zou 'op ander materiaal' een beter criterium zijn.

Uiteindelijk is het begrip 'nieuwe markt' even glibberig als 'nieuw publiek' in het auteursrecht en alle betekenissen van het begrip 'markt' waarmee in het mededingingsrecht eindeloos wordt gegoocheld. Je kan ook spreken van een aparte 'tweedehands markt' en die mag juist niet worden voorbehouden. En vooral de bestaande en volledig geaccepteerde praktijk van het inlijsten maakt de beantwoording van de vraag lastig. Het verduurzamen van boeken tot bibliotheekexemplaren en het inlijsten van posters zijn nu eenmaal activiteiten die sinds lang gebruikelijk zijn. Het inbinden van softcover uitgaven en deze vervolgens als hardcoveruitgaven commercieel op de markt brengen is weer niet gebruikelijk.

Waarom mocht de rechthebbende zich de 'nieuwe markt' van de leesportefeuilles niet voorbehouden en die van de spaanplaat geplakte reproducties wel?

"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”, aldus Wichers Hoeth in zijn noot onder het Poortvliet/Hovener-arrest. En zo is het.

Het gaat er in casu om hoe men de activiteit van Art & AllPosters wil zien. Ziet men het als niet meer dan een gebruikelijk en aanvaardbaar verduurzamen, vergelijkbaar met inlijsten, zoals de rechtbank? Of ziet men het als ongebruikelijk en onaanvaardbaar grootschalig commercieel exploiteren van werken, waardoor beeldende kunstenaars de mogelijkheid mislopen om deze aparte exploitatievorm apart en voor meer geld uit te baten? Pictoright gaat in hoger beroep. Het Gerechtshof Den Bosch mag het zeggen.

### **Persoonlijkheidsrechten**

Het beroep op de persoonlijkheidsrechten wordt m.i. terecht verworpen (tenzij er sprake blijkt van visueel waarneembare wijzigingen). De werken zelf worden niet gewijzigd, er is geen sprake van een schadelijke context of iets dergelijks. Als er al gesproken zou kunnen worden van wijziging van het werk (quod non), dan is er m.i. sprake van een wijziging waar de maker zich niet in redelijkheid tegen kan verzetten. Het gaat in casu om het commerciële, niet om het morele belang van de maker.

*Leiden/Amsterdam, 27 december 2010*