

Hoge Raad, 19 januari 1979, Poortvliet**AUTEURSRECHT****Inbreukmakende openbaarmaking**

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

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.

Vindplaatsen: NJ 1979, 412, m.nt. Wichers Hoeth, AMR 1979, p. 50, m.nt. Spoor, AA 1980, p. 131, m.nt. Cohen Jehoram

Hoge Raad, 19 januari 1979

(Dubink, Minkenhof, Snijders, Drion, Haardt)

(...)

[X] Hovener, te Rotterdam, eiser tot cassatie van een door het Hof te 's-Gravenhage op 11 nov. 1977 tussen pp. gewezen arrest, kosteloos procederende ingevolge beschikking van de HR van 19. jan 1978, advocaat: Mr. E.J. Dommering,

tegen

R. Poortvliet, te Soestduinen, verweerder in cassatie, advocaat: Mr. L.D. Pels Rijcken.

(...)

Gezien het bestreden arrest en de stukken van het geding waaruit blijkt:

Verweerder in cassatie — hierna te noemen Poortvliet — heeft bij dagvaarding van 24 nov. 1976 eiser tot cassatie — hierna te noemen Hovener — gedagvaard voor de President van de Rechtbank te Rotterdam, rechtdoende in kort geding en gevorderd Hovener te bevelen zich te onthouden van het op enigerlei wijze in de handel brengen van de in de dagvaarding bedoelde schilderijen van Poortvliet, met veroordeling van Hovener om aan Poortvliet een dwangsom van f 5000 te betalen voor iedere overtreding van dit gebod.

De President, de zaak gevoegd behandelend met een door de besloten vennootschap Unieboek BV eveneens tegen Hovener aangespannen kort geding, heeft bij vonnis van 7 dec. 1976 de gevraagde voorziening geweigerd, daartoe o.m. overwegende:

1. dat Wij — voor zover van belang — voorshands als tussen pp. vaststaand het navolgende aannemen:
 - a. dat tussen Poortvliet en Unieboek op 7 juni 1976 een overeenkomst is gesloten;
 - b. dat in deze overeenkomst Poortvliet 'de auteur' is genoemd en Unieboek 'de Uitgever';
 - c. dat deze overeenkomst — voor zover hier van belang — het volgende inhoudt:

'... de auteur ..., en ... de uitgever zijn het navolgende overeengekomen betr. de uitgave van een kalender, bestemd voor het jaar 1977, hierna te noemen 'het werk'.

1. De auteur staat aan de uitgever af dertien door hem vervaardigde schilderijen ter reproductie ten behoeve van het werk, welke schilderijen te allen tijde het eigendom van de auteur blijven.

2. De auteur cedeert en draagt aan de uitgever over het uitsluitend recht van uitgave voor eigen rekening en risico in de Nederlandse en iedere vreemde taal, in de vorm en het formaat als door de uitgever met de auteur overeengekomen en voor alle drukken van bedoeld werk.

...';

d. dat voormelde overeenkomst voorts o.m. inhoudt een bepaling, krachtens welke Poortvliet jegens Unieboek voor ieder verkocht exemplaar van de kalender aanspraak kan maken op een honorarium;

e. dat Unieboek ter voldoening aan voormelde overeenkomst in de handel brengt een kalender 1977,

bevattende dertien reproducties naar schilderijen van Poortvliet;

f. dat Hovener zonder toestemming van Poortvliet of Unieboek reproducties, afkomstig van deze door hem gekochte kalenders op spaanplaat plakt, althans doet plakken en in de handel brengt;

2. dat Unieboek en Poortvliet stellen, dat Hovener, handelende als bovenomschreven, zich jegens hen aan onrechtmatig handelen schuldig maakt en dat zij door dit handelen van Hovener schade lijden;

3. dat Unieboek en Poortvliet bij pleidooi hebben betoogd, dat, wat Hovener doet, is het opnieuw openbaar maken van een verveelvuldiging van een kunstwerk en, aldus doende, in strijd handelt met art. 12 Auteurswet, welke stelling Hovener gemotiveerd heeft weersproken;

4. dat naar Ons aanvankelijk oordeel de rechter ten gronde als volgt zal oordelen;

a. dat Hovener op rechtmatige wijze in het bezit is gekomen van de desbetreffende exemplaren van de door Unieboek uitgegeven kalender 1977 met dertien reproducties van schilderijen van Poortvliet;

b. dat Hovener voor de door hem gekochte kalenders de daarvoor vastgestelde prijs heeft betaald;

c. dat Hovener door die prijs te betalen geacht moet worden aan Poortvliet door middel van Unieboek de vergoeding, die Poortvliet van Unieboek heeft bedongen voor de aan Unieboek gegeven toestemming om zijn schilderijen te reproduceren en die in kalenderform in de handel te brengen, te hebben betaald en aan Unieboek haar aandeel in de opbrengst van de kalenders;

d. dat op het ogenblik, dat Unieboek een kalender als bovenbedoeld tegen betaling aan Hovener of aan de tussenhandel heeft verkocht en geleverd, de openbaarmaking van een in die kalender belichaamde verveelvuldiging van een werk van kunst in de zin van voormeld art. 12 is voltooid en dat op het ogenblik het uitsluitend recht tot openbaarmaking in de vorm van bovenbedoelde kalenders t.a.v. Unieboek en — door tussenkomst van Unieboek — t.a.v. Poortvliet is uitgeput;

e. dat — nu en Poortvliet en Unieboek van Hovener middellijk hebben ontvangen wat hun toekomt en nu veeleer moet worden aangenomen, dat Hovener door het kopen van exemplaren van de litigieuze kalender het debiet daarvan heeft vergroot en dat Poortvliet en Unieboek daarvan profijt hebben getrokken — er geen sprake van is, dat zij van Hovener's handelen schade hebben geleden en dat Hovener zich jegens hen of een hunner onrechtmatig heeft gedragen.

Van dit vonnis is Poortvliet in hoger beroep gekomen bij het Hof te 's-Gravenhage dat bij arrest van 11 nov. 1977 het vonnis van de President heeft vernietigd en Hovener heeft bevolen zich te onthouden van het op enigerlei wijze in de handel brengen van de ten processe bedoelde reproducties van schilderijen van Poortvliet met veroordeling van Hovener tot betaling van een dwangsom van f 5000,? voor iedere overtreding van dit verbod. Daartoe heeft het Hof o.m. overwogen:

1. dat geen grief is aangevoerd tegen de hiervoor vermelde, voorshands als vaststaand aangenomen feiten, zodat daarvan ook in hoger beroep moet worden uitgegaan;

2. dat de eerste grief is gericht tegen de overweging, dat op het ogenblik, dat Unieboek een kalender als de litigieuze tegen betaling aan Hovener of aan de tussenhandel heeft verkocht en geleverd, de openbaarmaking van een in die kalender belichaamde verveelvuldiging van een werk van kunst in de zin van art. 12 Auteurswet is voltooid en dat op dat ogenblik uitsluitend recht tot openbaarmaking in de vorm van kalenders t.a.v. Unieboek en van Poortvliet is uitgeput;

3. dat deze grief naar 's Hof's voorlopige oordeel terecht wordt voorgesteld:

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 verveelvuldigen 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 verveelvuldigingen 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;

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;

4. dat in de tweede grief wordt gesteld, dat de President ten onrechte heeft overwogen, dat, nu Poortvliet heeft ontvangen wat hem toekwam doordat Hovener exemplaren van de kalender van Unieboek kocht, hij geen schade lijdt;

5. dat ook deze grief naar het voorlopig oordeel van het Hof doel treft, aangezien, naar uit het voorgaande volgt, de rechten en daarmee samenhangende exploitatiemogelijkheden van Poortvliet door de handelwijze van Hovener worden gefrustreerd.

Tegen dit arrest heeft Hovener het volgende middel van cassatie gericht:

'Schending van het recht en/of verzuim van vormen uit de niet inachtneming waarvan nietigheid voortvloeit, door te overwegen en op grond daarvan te beslissen als in het bestreden arrest is overwogen, ten onrechte om de navolgende redenen, althans een of meer daarvan:

1. ten onrechte heeft het Hof overwogen en beslist, gelijk in de derde r.o. weergegeven, meer in het bijzonder dat Hovener door een aantal reproducties van meergenoemde, door hem gekochte kalenders af te knippen, op spaanplaten te plakken en op die manier aan het publiek aan te bieden en te verkopen, voorshands geacht moet worden die reproducties openbaar te hebben ge-

maakt op een wijze welke uitsluitend aan Poortvliet toekomt, omdat uit het bij art. 12, 1e lid, aanhef en onder 2e Auteurswet 1912 bepaalde volgt dat de door het Hof beschreven handelingen met de in druk verschenen werken, gelijk de door Hovener gekochte (reproducties in de) kalenders zijn, niet als een openbaar maken in de zin dier wet zijn aan te merken, waaraan niet afdoet 's Hofs vaststelling dat Poortvliet aan Unieboek dertien door hem vervaardigde schilderijen ter reproductie ten behoeve van een door haar uit te geven kalender heeft afgestaan met het oog op verveelvoudiging en openbaarmaking tot dit doel en in deze vorm;

2. ten onrechte heeft het Hof overwogen en beslist als in het eerste onderdeel van dit middel weergegeven, omdat, ook afgezien van het bepaalde in art. 12, 1e lid, aanhef en onder 2e, Auteurswet 1912, door de openbaarmaking van de door Poortvliet vervaardigde dertien schilderijen in de reproducties opgenomen in de door Unieboek uitgegeven kalender, (het recht op) de openbaarmaking van deze dertien reproducties was uitgeput c.q. voltooid, althans omdat de door het Hof beschreven handelingen van Hovener geen (nieuwe) openbaarmaking in de zin van de Auteurswet 1912 van de in de kalender opgenomen reproducties opleveren. Het Hof heeft in elk geval onvoldoende feiten vastgesteld om in cassatie te kunnen beoordelen, of het Hof een juiste toepassing heeft gegeven aan het begrip (nieuwe) openbaarmaking.

Aan al hetgeen niet afdoet 's Hofs vaststelling dat Poortvliet aan Unieboek dertien door hem vervaardigde schilderijen ter reproductie ten behoeve van een door haar uit te geven kalender heeft afgestaan, met het oog op verveelvoudiging en openbaarmaking tot dit doel en in deze vorm;’.

Voorts heeft Poortvliet incidenteel gevorderd dat alsnog de voorlopige tenuitvoerlegging van 's Hofs arrest zal worden gelast, kosten rechtens. Bij arrest van 31 maart 1978 heeft de HR deze incidentele vordering toegewezen, met bepaling dat over de kosten op het incidentele beroep in cassatie gevallen zal worden beslist bij de einduitspraak.

Overwegende omtrent het middel:

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 ver-

schenen, 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.

Op het voorgaande stuit het middel in zijn beide onderdelen af;

Overwegende dat de Hoge Raad Hovener mede zal veroordelen in de kosten van het incident betreffende de vordering van Poortvliet tot het gelasten van voorlopige uitvoering van 's Hofs arrest, door de HR bij zijn arrest van 31 maart 1978 aan de zijde van Poortvliet begroot op nihil aan verschotten en f 400 voor salaris; Verwerpt het beroep;

Veroordeelt Hovener in de kosten op de voorziening in cassatie gevallen, tot op deze uitspraak aan de zijde van Poortvliet begroot op f 230,45 aan verschotten en f 2100 voor salaris, daarbij inbegrepen de kosten van het incident.

Conclusie Procureur-Generaal van Oosten.

De verweerder in cassatie, Poortvliet, en Unieboek BV hebben op 7 juni 1976 schriftelijk een overeenkomst gesloten waarin Poortvliet ‘de auteur’ en Unieboek BV ‘de Uitgever’ worden genoemd.

Dit contract vermeldt, voor zover ten deze van belang: ‘... Poortvliet ..., en ... Unieboek BV zijn het navolgende overeengekomen betreffende de uitgave van een kalender, bestemd voor het jaar 1977, hierna te noemen ‘het werk’.

1. Poortvliet staat aan Unieboek BV af dertien door hem vervaardigde schilderijen ter reproductie ten behoeve van het werk, welke schilderijen te allen tijde het eigendom van Poortvliet blijven.

2. Poortvliet cedeert en draagt aan Unieboek BV over het uitsluitend recht van uitgave voor eigen rekening en risico in de Nederlandse en iedere vreemde taal, in de vorm en het formaat als door Unieboek BV met Poortvliet overeengekomen en voor alle drukken van bedoeld werk ...’

Mede is overeengekomen dat Poortvliet jegens Unieboek voor ieder verkocht exemplaar van de uit te geven kalender aanspraak kan maken op een honorarium.

Ter uitoefening van het overgedragen exclusieve recht heeft Unieboek in 1977 een kalender 1977 in de handel gebracht waarop weergegeven dertien reproducties van schilderijen van Poortvliet.

De eiser tot cassatie, Hovener, heeft zonder toestemming van Poortvliet of Unieboek exemplaren van de door Unieboek uitgegeven kalender gekocht, reproducties van de genoemde schilderijen afgeknipt van de kalenders, op spaanplaat geplakt en aldus aan het publiek aangeboden en verkocht.

De President had overwogen dat op het ogenblik waarop Unieboek een kalender als door haar uitgegeven tegen betaling aan Hovener of aan de tussenhandel heeft verkocht en geleverd, de openbaarmaking van een in die kalender belichaamde verveelvoudiging van een

werk van kunst in de zin van art. 12 Auteurswet 1912 is voltooid en dat op dat ogenblik het uitsluitend recht tot openbaarmaking in de vorm van bovenbedoelde kalenders t.a.v. Unieboek en — door tussenkomst van Unieboek — t.a.v. Poortvliet is uitgeput.

Tegen deze overweging was de eerste der door Poortvliet ingebrachte grieven gericht. Het Hof heeft deze grief gegrond bevonden.

Deze beslissing berust op de overweging (r.o. 3):

dat appellant 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 produkties in de handel te brengen, en dat het Hof voorshands meent, het uitsluitend recht tot openbaarmaking van een of meer verveelvoudigingen van die schilderijen door voormelde overeenkomst met Unieboek voor appelland dan ook niet was uitgeput;

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

Waar in cassatie niet is bestreden 's Hof's overweging dat 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, kan er in cassatie van uit worden gegaan dat de tussen Poortvliet en Unieboek overeengekomen verveelvoudiging van de dertien schilderijen naar vorm en doel beperkt was.

Onderdeel 1 van het aangevoerde middel bestrijdt de daarin genoemde overweging met de stelling dat uit het bij art. 12, 1e lid, aanhef en onder 2e, Auteurswet 1912 bepaalde volgt dat de door het Hof beschreven handelingen met de in druk verschenen werken, gelijk de door eiser gekochte (reproducties in de) kalenders zijn, niet als een openbaar maken in de zin dier wet zijn aan te merken.

Deze stelling wordt toegelicht met een beroep op zgn. Leesportefeuille-arrest van 25 juni 1952 (NJ 1952, 95): betoogd wordt dat het onderhavige geval verwant is aan dat waarop dit arrest betrekking heeft. Maar het onderhavige geval is nader verwant en meer vergelijkbaar met dat waarop HR 18 dec. 1953 (NJ 1954, 258, aangehaald bij Drucker-Bodenhausen-Wichers Hoeth, 5e dr., p. 221) gewezen inzake de v.o.f. Gebrs. Polak, eiseres tot cassatie, tegen de v.o.f. de Muinck & Co., verweerster in cassatie, betrekking heeft. Immers in dit arrest is, evenals in het thans bestreden arrest, sprake van reproducties van schilderijen.

De HR overwoog t.a.v. het tweede middel van cassatie o.m.:

‘dat het middel uit het feit dat de firma de Muinck reproducties van schilderijen, waarvan het auteursrecht haar toekwam, heeft uitgegeven en ‘openbaar gemaakt’’, afgeleid wil zien, dat na die uitgave elk exemplaar der oplage, ook al is het buiten toestemming der firma in omloop gekomen, zonder strijd met haar auteursrecht is openbaar gemaakt en dus buiten het bereik van art. 28 Auteurswet 1912 zou liggen:

dat echter het uitsluitend recht tot openbaarmaking van een werk niet slechts omvat, en dus niet is uitgeput met, de openbaarmaking van een of meer verveelvoudigingen van dat werk, doch — zoals ook art. 12, onder 1e, Auteurswet doet blijken — t.a.v. elke verveelvoudiging den auteursgerechtigde en dezen alleen de bevoegdheid toekomt deze openbaar te maken;’.

In het licht van dit arrest ware er van uit te gaan dat het uitsluitend recht van de auteur, Poortvliet, tot openbaarmaking van de schilderijen waarvan in het thans bestreden arrest sprake is omvatte de openbaarmaking van reproducties van deze werken voor het doel en in de vorm als door de auteur gekozen: zowel voor het doel en in de vorm als overeengekomen met Unieboek op 7 juni 1976 als voor een ander doel en in een andere vorm. Gaat men nu hiervan uit en oriënteert men zich, anders dan eiser, op art. 12, lid 1, aanhef en sub 1, Auteurswet, dan was het exclusieve recht van Poortvliet niet uitgeput door de openbaarmaking van de reproducties van de schilderijen tot het doel en in de vorm als met Unieboek overeengekomen en dan heeft het Hof — bij oriëntatie op art. 12, lid 1, aanhef en sub 1, en in het licht van HR 18 dec. 1953 inzake ‘Polak’/‘deMuinck’ — terecht overwogen dat Hovener, door een aantal reproducties van door hem gekochte kalenders af te knippen, op spaanplaten 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, zodat deze overweging m.i. tevergeefs wordt bestreden, zowel in onderdeel 1 als in onderdeel 2 van het middel dat zich ook tegen deze overweging keert.

De Ad-Gen. Eggens verwees in zijn conclusie, voorafgaande aan het arrest inzake v.o.f. Polak/v.o.f. de Muinck naar Ulmer (Urheber- und Verlagsrecht). In de tweede druk van dit werk (1960), p. 194/5, wordt geleerd dat in beginsel juist is de opvatting van het Reichsgericht ‘dass das Verbreitungsrecht an Exemplaren, die in den Verkehr gebracht werden, sich mit der Verauszerung durch den Berechtigten erschöpft’, doch met deze beperking: ‘Die weitere Verbreitung ist nur insoweit erlaubt, als sie durch das (ausschliessliche oder einfache) Verbreitungsrecht desjenigen gedeckt ist, der die Werkstücke in den Verkehr gebracht hat.’

Het Hof heeft voldoende feiten vastgesteld om in cassatie te kunnen beoordelen of het Hof door verwerping van de eerste appelgrief al of niet het recht heeft geschonden, zodat ongegrond is de meer subsidiaire klacht dat het Hof onvoldoende feiten heeft vastgesteld om in cassatie te kunnen beoordelen of het Hof ‘een

juiste toepassing heeft gegeven aan het begrip (nieuwe) openbaarmaking'.

Ik concludeer dan ook tot verwerping van het cassatieberoep en tot verwijzing van eiser in de kosten welke aan de zijde van de verweerder op de voorziening zijn gevallen.
