

**Hoge Raad, 20 november 1987, Staat v Den Ouden**

Staatsblad  
van het Koninkrijk der Nederlanden



**PRESTATIEBESCHERMING**

**Enkel profiteren niet onrechtmatig dat Den Ouden profiteert van de inspanning, het inzicht en de kennis waarmee de voormelde litho's en uitgave van het Staatsdrukkerij- en -uitgeverijbedrijf zijn tot stand gebracht en de Staat nadeel toebrengt is op zichzelf niet onrechtmatig**

Uitgangspunt dient te zijn dat de omstandigheden dat Den Ouden profiteert van de inspanning, het inzicht en de kennis waarmee de voormelde litho's en uitgave van het Staatsdrukkerij- en -uitgeverijbedrijf zijn tot stand gebracht, en dat Den Ouden de Staat aldus nadeel toebrengt, niet meebrengen dat Den Ouden als concurrent van de Staat bij het op de markt brengen van het Binnenvaartpolitiereglement in strijd handelt met de haar jegens de Staat in het maatschappelijk verkeer betaamende zorgvuldigheid.

**Terughoudendheid**

**Terughoudendheid geboden mede gelet op artikel 11 Auteurswet dat bepaalt dat op wetten geen auteursrecht bestaat**

Het is weliswaar niet uitgesloten dat bijkomende omstandigheden een dergelijk profiteren onrechtmatig maken, doch bij het aannemen daarvan dient terughoudendheid te worden betracht zowel op de algemene grond, aangegeven in **HR 27 juni 1986**, NJ 1987, 191, r.o. 4.2, als in het onderhavige geval in verband met art. 11 Auteurswet, dat onder meer bepaalt dat op wetten, besluiten en verordeningen geen auteursrecht bestaat en waaraan de gedachte ten grondslag ligt dat de teksten daarvan gemeengoed behoren te zijn en dat daarom in beginsel vrijheid dient te bestaan ter zake van activiteiten ter verspreiding van die teksten onder het publiek.

**Bijkomende omstandigheden?**

**Nodeloze gelijkheid en lagere prijs leiden niet tot onrechtmatigheid**

Ten betoge dat hier niettemin onrechtmatigheid moet worden aanvaard heeft de Staat zich in cassatie in het bijzonder op drie omstandigheden beroepen, te weten:

- a. dat tussen de uitgaven van de Staat en van Den Ouden 'volkomen gelijkheid' bestaat als gevolg van het door Den Ouden toegepaste fotografische procedé;
- b. dat Den Ouden deze gelijkheid nodeloos heeft doen ontstaan;
- c. dat Den Ouden door het toepassen van het voormelde fotografische procedé haar uitgave op de markt heeft kunnen brengen tegen een aanzienlijk lagere prijs dan die van de uitgave van de Staat.

Deze omstandigheden kunnen echter, ook als zij worden beschouwd in verband met de andere door de Staat in de gedingstukken aangevoerde omstandigheden waarnaar het middel in algemene bewoordingen verwijst, niet tot de slotsom leiden dat de voormelde

handelingen van Den Ouden daardoor jegens de Staat onrechtmatig worden.

Vindplaatsen: NJ 1988, 311, m.nt. Wichers Hoeth; AMI 1988, p. 36, m.nt. Cohen Jehoram; AA 1988, 869.

**Hoge Raad, 20 november 1987**

(Sniijders, Van den Blink, De Groot, Bloembergen, Haak)

(...)

De Staat der Nederlanden, te 's-Gravenhage, eiser tot cassatie, adv. Mr. J.L. de Wijkerslooth, tegen

W.H. den Ouden NV, te Schiedam, verweerster in cassatie, adv. Mr. E.J. Dommering.

(...)

**1. Het geding in feitelijke instanties**

De Staat heeft bij exploit van 20 maart 1984 Den Ouden gedagvaard voor de Pres. van de Rb. te Rotterdam en gevorderd, voor zover hier van belang en kort samengevat, Den Ouden te gebieden de vervaardiging en verhandeling te staken van de produktie en uitgave van haar boek 'Binnenvaartpolitiereglement 1984', voor zover fotografisch overgenomen van de uitgave van het Binnenvaartpolitiereglement 1983 in de Staatsuitgeverij.

Nadat Den Ouden tegen die vordering verweer had gevoerd, heeft de Pres. bij vonnis van 30 maart 1984 de vordering toegewezen.

Tegen dit vonnis heeft Den Ouden hoger beroep ingesteld bij het Hof te 's-Gravenhage.

Bij arrest van 31 dec. 1985 heeft het hof het vonnis van de Pres. vernietigd en de vordering alsnog afgewezen. Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

**2. Het geding in cassatie**

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

Den Ouden heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor pp. toegelicht door hun advocaten.

De **conclusie van de wnd. A-G Asser** strekt tot verwerping van het beroep.

**3. Beoordeling van het middel**

3.1 In cassatie moet van het volgende worden uitgegaan:

De Staat heeft zijn vordering gegrond op de stelling dat Den Ouden jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld. Het hof heeft — in cassatie niet bestreden — voor de beoordeling van dit handelen onder meer de volgende feiten van belang geacht:

a. Het Staatsdrukkerij- en -uitgeverijbedrijf vervaardigt het Staatsblad. Daartoe verricht het telkens het nodige zetwerk doordat het van de te publiceren tekst loodzetsels (litho's) maakt, met behulp waarvan het vervolgens op zijn drukpersen tot het drukken van de tekst overgaat.

b. Volgens deze werkwijze wordt in het Staatsblad 1983, nr. 682 afgedrukt het Binnenvaartpolitiereg-

ment, behorend bij het KB van 26 okt. 1983, gepubliceerd in hetzelfde nummer.

c. De kosten van het samenstellen van de litho's, voor zover strekkende ten behoeve van dat reglement, bedragen ongeveer f 60 000.

d. Met behulp van diezelfde litho's brengt genoemd bedrijf voorts afzonderlijk gebundelde edities van dat reglement tot stand voor commerciële doeleinden. Deze worden — een in losbladige vorm, een in de vorm van een ingenaaid boekwerk — in februari 1984 uitgegeven en op de markt gebracht onder de titel Binnenvaartpolitiereglement 1983. De door het publiek voor het boekwerk te betalen prijs is f 19,50.

e. Met behulp van fotografische reproductietechnieken kopieert Den Ouden de pagina's waarop dat reglement aldus is afgedrukt, waartoe zij gedeeltelijk gebruik maakt van pagina's uit een exemplaar van het desbetreffende Staatsbladnummer, gedeeltelijk van pagina's uit een exemplaar van de in boekvorm verschenen uitgave. Zij stelt van de aldus verkregen kopieën zelf een uitgave samen.

f. De kosten die voor Den Ouden met het maken van deze fotografische reproducties (inclusief aansluitende kosten tot aan het eigenlijke drukwerk) gemoeid zijn, bedragen f 8000 of daaromtrent.

g. Den Ouden brengt haar uitgave in maart 1984 op de markt in de vorm van een ingenaaid boek, onder de titel Binnenvaartpolitiereglement 1984, met verder vermelding van haar naam, haar merkaanduiding Vetus en een omcirkelde letter R. Zij biedt het op de Hiswa voor f 6,90 en vervolgens, op de algemene markt, voor f 7,90 aan.

Van het onder d bedoelde ingenaaide boek welks kaft aan de voorzijde in twee tinten blauw gekleurd is en aan de achterzijde wit, verschilt het verder in zoverre dat het kleiner van formaat is en een omslag heeft dat aan beide zijden grotendeels oranje en overigens in twee tinten blauw gekleurd is, terwijl ook de titelpagina's verschillen. Den Ouden heeft een bedrijf dat zich toelegt op scheepvaart- en watersportartikelen.

3.2 Het hof heeft in het licht van de voormelde feiten geoordeeld dat Den Ouden door te handelen als voormeld niet in strijd is gekomen met de haar jegens de Staat in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid. Het middel valt — kort samengevat — dit oordeel met een aantal rechts- en motiveringsklachten aan.

3.3 Het middel wordt tevergeefs voorgesteld.

Uitgangspunt dient te zijn dat de omstandigheden dat Den Ouden profiteert van de inspanning, het inzicht en de kennis waarmee de voormelde litho's en uitgave van het Staatsdrukkerij- en -uitgeverijbedrijf zijn tot stand gebracht, en dat Den Ouden de Staat aldus nadeel toebrengt, niet meebrengen dat Den Ouden als concurrent van de Staat bij het op de markt brengen van het Binnenvaartpolitiereglement in strijd handelt met de haar jegens de Staat in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid. Het is weliswaar niet uitgesloten dat bijkomende omstandigheden een dergelijk profiteren onrechtmatig maken, doch bij het aannemen daarvan dient terughoudendheid te worden

betracht zowel op de algemene grond, aangegeven in [HR 27 juni 1986](#), NJ 1987, 191, r.o. 4.2, als in het onderhavige geval in verband met art. 11 Auteurswet, dat onder meer bepaalt dat op wetten, besluiten en verordeningen geen auteursrecht bestaat en waaraan de gedachte ten grondslag ligt dat de teksten daarvan gemeengoed behoren te zijn en dat daarom in beginsel vrijheid dient te bestaan ter zake van activiteiten ter verspreiding van die teksten onder het publiek.

Ten betoge dat hier niettemin onrechtmatigheid moet worden aanvaard heeft de Staat zich in cassatie in het bijzonder op drie omstandigheden beroepen, te weten:

a. dat tussen de uitgaven van de Staat en van Den Ouden 'volkomen gelijkheid' bestaat als gevolg van het door Den Ouden toegepaste fotografische procedé;

b. dat Den Ouden deze gelijkenis nodeloos heeft doen ontstaan;

c. dat Den Ouden door het toepassen van het voormelde fotografische procedé haar uitgave op de markt heeft kunnen brengen tegen een aanzienlijk lagere prijs dan die van de uitgave van de Staat.

Deze omstandigheden kunnen echter, ook als zij worden beschouwd in verband met de andere door de Staat in de gedingstukken aangevoerde omstandigheden waarnaar het middel in algemene bewoordingen verwijst, niet tot de slotsom leiden dat de voormelde handelingen van Den Ouden daardoor jegens de Staat onrechtmatig worden.

Daarbij verdient nog aantekening dat de Staat in onderdeel 4 van het middel heeft aangevoerd dat de tekst van voormeld reglement ook door de wijze waarop daaraan door het Staatsdrukkerij- en -uitgeverijbedrijf vorm is gegeven, 'een onderscheidend vermogen kan hebben'. Deze klacht mist echter belang, nu zij zich niet mede richt tegen 's hofs vaststelling dat de Staat niet enig gevaar voor verwarring heeft gesteld en de Staat in de feitelijke instanties trouwens ook niets omtrent de vormgeving van de voormelde tekst heeft aangevoerd.

#### 4. Beslissing

De HR:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Den Ouden begroot op f 456,30 aan verschotten en f 2500 voor salaris.

---

#### Conclusie Advocaat-Generaal Asser

##### 1. Inleiding

1.1. Verweerster in cassatie — Den Ouden — heeft in maart 1984 het Binnenvaartpolitiereglement (BPR) (Behorend bij het Vaststellingsbesluit Binnenvaartpolitiereglement, KB van 26 okt. 1983, Stb. 1983, 682.) in boekvorm op de markt gebracht onder de titel Binnenvaartpolitiereglement 1984. Een maand eerder, in februari 1984, had de Staatsdrukkerij en -uitgeverij, die ik hierna korthedshalve zal aanduiden met Staatsdrukkerij, ook het BPR als commerciële uitgave in boekvorm op de markt gebracht. Zij had daartoe gebruik gemaakt van het zetsel dat was gebezigd voor de

publikatie van dat reglement in het Staatsblad. Den Ouden heeft voor het door haar uitgegeven boek gebruik gemaakt van een fotografische reproductie van deels de tekst in het Staatsblad en deels de tekst in de zojuist genoemde commerciële uitgave van de Staatsdrukkerij. Deze uitgave van Den Ouden vormt de inzet van dit geding. Voor de overige feiten moge ik verwijzen naar wat het hof in r.o. 3 en 4 van het bestreden arrest heeft overwogen, waaraan ik ook het vorenstaande heb ontleend.

1.2. De Staat die de handelwijze van Den Ouden kwalificeerde als een op ongeoorloofde wijze binnendringen in het afzetgebied van de Staat en het zich ten koste van de Staat verschaffen van een marktaandeel, was van mening dat Den Ouden aldus onrechtmatig handelde, te weten in strijd met de ook in concurrentieverhoudingen geldende maatschappelijke betamelijkheid (zie alinea 8 en 9 van de inleidende dagvaarding). Hij heeft daarom Den Ouden in k.g. gedagvaard voor de Pres. van de Rb. te Rotterdam en (o.a.) gevorderd dat Den Ouden de vervaardiging en verhandeling van haar boek, voor zover bestaande uit de pagina's die (fotografisch) zijn overgenomen van 'de uitgave van het Binnenvaartpolitiereglement 1983 vanwege de Staatsdrukkerij' met onmiddellijke ingang zou staken. Deze vordering heeft de Pres., die oordeelde dat Den Ouden inderdaad onrechtmatig handelde, bij vonnis van 30 maart 1984 toegewezen.

1.3. Den Ouden ging van dit vonnis in hoger beroep bij het Hof te 's-Gravenhage dat bij arrest van 31 dec. 1985 oordeelde dat Den Ouden niet onrechtmatig handelde, het vonnis van de Pres., voor zover daarbij de vordering van de Staat was toegewezen, dan ook vernietigde en de vordering van de Staat alsnog afwees.

1.4. De Staat is van dit arrest tijdig in cassatie gekomen met een middel dat na een ongenummerde inleiding bestaat uit vijf genummerde onderdelen. Van de twee laatste onderdelen zijn de nummers klaarblijkelijk per vergissing verwisseld. Het laatste onderdeel is genummerd 4 en het voorlaatste 5. Ik zal hierna deze nummering aanhouden. Met de advocaten van Den Ouden (Zie de Nadere schriftelijke toelichting van Mrs. Dommering en Geus, nr. 1, p. 1-2.) laat ik terzijde de nummering van de klachten op p. 3 van de schriftelijke toelichting van Mr. De Wijkerslooth.

## **2. Profiteren door nabootsen onrechtmatig?**

2.1. De vraag waar het in dit geding om gaat is of het handelen van Den Ouden onrechtmatig is, in strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid. Het gaat dan in concreto om de volgende gedragingen: het door fotografische reproductietechnieken kopiëren van de tekst van het BPR in het Staatsblad (en in de commerciële uitgave van de Staatsdrukkerij), het samenstellen van een boek met behulp van die gekopieerde tekst en het op de markt brengen van dat boek tegen een aanzienlijk lagere prijs dan die van de commerciële uitgave van de Staatsdrukkerij. Wat Den Ouden wordt verweten is het aldus profiteren van de inspanningen van de Staat en het overnemen van diens prestaties. Het hof gebruikt de term parasiteren (Drucker-Bodenhausen-Wichers

Hoeth 1984, p. 196-199, gebruikt deze term als algemeen begrip waaronder 'vele handelingen die ook wel met aanhaken, nabootsen, profiteren, aanleunen worden aangeduid'. Van Nieuwenhoven Helbach, Ned. handels- en faillissementsrecht II, Industriële eigendom en mededingingsrecht, 1983, nrs. 999 en 1001, p. 467-469, gebruikt het begrip profiteren. Zo ook Martens in Onrechtmatige Daad VI, nr. 99, die profiteren behandelt onder de noemer aanhaken. Zie voor de rubricering verder in het bijzonder Ulmer-Baeumer-Van Manen, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, II.2 Niederlande (1967), par. 79-83, p. 79-82 voor een samenvatting van de Nederlandse literatuur op dat moment en verder Martens, ibidem, nr. 64 met verdere literatuur, en Verkade, Ongeoorloofde mededinging, 1986, nr. 22, p. 70-71. Laatstgenoemde behandelt de onderhavige vorm van profiteren, althans zoals door de Staat aan zijn vordering ten grondslag gelegd, onder het begrip aanleunen, zie nr. 45, p. 143, maar ook onder nabootsen, zie nr. 26(j), p. 91.). In beginsel is dat profiteren en overnemen — mits het geen door specifieke regelingen beschermde prestaties betreft — geoorloofd (Zie bijv. het fundamentele Hyster Karry Krane-arrest, HR 26 juni 1953, NJ 1954, 90 (m.nt. PhANH), het leesportefeuille-arrest, HR 23 juni 1961, NJ 1961, 423 en laatstelijk HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191 (m.nt. vNH)(Holland Nautic/Decca) en de verdere rechtspraak van Uw Raad genoemd door Martens in Onrechtmatige Daad VI, nr. 101. Zie ook Verkade-Spoor, Auteursrecht, 1985, nr. 205, p. 267-268.). Bijzondere omstandigheden kunnen dat profiteren en overnemen onrechtmatig maken.

2.2. Aan de orde is niet de vraag of het zetsel van het Staatsblad auteursrechtelijke bescherming geniet of wel bescherming uit hoofde van een eigen recht, ook wel gekarakteriseerd als droit voisin, een aan het auteursrecht naburig recht. Voor een dergelijke bescherming is wel gepleit (Zie het verslag van de Studiecommissie 'Auteursrechtenbureaus' van de Vereniging voor Auteursrecht (VvA), getiteld 'Het partnerschap van auteur en exploitant', in: Auteursrecht 1981, 1, p. 3-7, in het bijzonder p. 5 onder nr. 8, en het op p. 8-9 gepubliceerde verslag van de daarover gevoerde discussie op de jaarvergadering van de VvA in 1980. Zie ook de noot van Cohen Jehoram onder 's hofs arrest in Auteursrecht (AMI), 1986, 8, p. 98.), maar de Staat heeft daarop geen beroep gedaan, pp. hebben daarover niet gedebatteerd en het hof heeft daarover ook geen uitspraak gedaan (Ik kom hierop nog terug bij de bespreking van het eerste middelonderdeel.).

2.3. De kern van de aan Den Ouden verweten gedragingen, los van de vraag welk aspect nu de onrechtmatigheid bepaalt, is naar ik meen, gelegen in de nabootsing (Het woord 'nabootsing' (voorheen werd gesproken over slaafse navolging) verschijnt in HR 8 jan. 1960, NJ 1960, 415 (Scrabble), zie ook de noot van Hijmans van den Bergh daaronder, nr. 10. Zie verder Martens, Onrechtmatige Daad VI, nr. 117 e.v.; Verkade, Ongeoorloofde mededinging cit., Hoofdstuk V, p.

72 e.v., die verder onderscheid maakt tussen eenvoudige nabootsing en gekwalificeerde nabootsing, zie in het bijzonder nr. 26(j), p. 88.) van het zetsel van het Staatsblad, want daardoor kon zij zich kosten besparen en haar boek tegen een betrekkelijk lage prijs op de markt brengen.

2.4. Twee aspecten spelen bij nabootsing een belangrijke rol. In de eerste plaats dat nabootsing het effect kan hebben dat het kopend publiek het produkt van de nabootsing zal houden voor het nagebootste. Dan is er sprake van verwarring. Maar een ander belangrijk aspect van de nabootsing is de kostenbesparing bij de produktie. De nabootsing kan dan tegen een lagere prijs worden afgezet en daarmee zal niet alleen een grotere omzet maar veelal ook een hogere winstmarge gepaard gaan. Aldus profiteert de nabootser van de door de originele producent verrichte inspanningen en gemaakte kosten, van diens prestaties die uiteindelijk in zijn produkt zijn belichaamd.

2.5. Nabootsing is in beginsel evenmin als profiteren onrechtmatig en het enkele scheppen van verwarring maakt de nabootsing evenmin onrechtmatig, aldus het al genoemde eerste arrest inzake de Hyster Karry Krane (Zie voor verdere vindplaatsen Martens, *Onrechtmatige Daad VI*, nr. 119.). Wel het nodeloos scheppen van verwarring. De nabootser moet alles doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid de kans op verwarring ontstaat of vergroot wordt (HR 8 jan. 1960, NJ 1960, 415 (m.nt. HB)(Scrabble/Board Script). Zie voor de verfijningen verder Martens, *Onrechtmatige Daad VI*, nr. 120 sub 2; Van Nieuwenhoven Helbach, nr. 1002, p. 469–470; Verkade, *Ongeoorloofde mededinging cit.*, nr. 25 onder a-c, p. 74–78. Zie over het verwarringscriterium in het algemeen ook het de juridische zinnen prikkelende opstel van Verkade, *Verwarrende verwarring?* in: *Gratia commercii (Van Oven-bundel) 1981*, p. 395–408.). Wel vooronderstelt verwarringsgevaar dat het nagebootste produkt onderscheidend vermogen heeft (Zie daarover Martens, *Onrechtmatige Daad VI*, nrs. 105–110 en 120 onder 1d.).

2.6. Minder stellig kan ik zijn als het gaat om de vraag of nabootsing ook zonder dat onnodig verwarringsgevaar is veroorzaakt onrechtmatig kan zijn. Die vraag is in dit geding zeer actueel, want niet alleen heeft het hof vastgesteld dat de Staat niet heeft gesteld dat er enig gevaar voor verwarring aanwezig is — hetgeen in cassatie niet is bestreden — het cassatiemiddel berust, blijkens de toelichting (Zie p. 4–5 van de schriftelijke toelichting van Mr. De Wijkerslooth.), op de stelling dat onnodige verwarring geen noodzakelijke (Zie voor deze terminologie Verkade-Spoor, *Bescherming van het uiterlijk van produkten*, 1985, nr. 150, p. 191–193; Verkade, *Ongeoorloofde mededinging*, 1986, nr. 26 (j), p. 37–91.) voorwaarde is voor onrechtmatigheid. Als ‘gekwalificeerde nabootsing’ is, volgens de steller van het middel, reeds onrechtmatig het maken van ‘een identieke kopie van het produkt van een ander waardoor de mogelijkheid ontstaat deze identieke kopie voor een aanzienlijk lager bedrag in de handel te brengen dan voor het bedrag waarvoor de oorspronkelijke

maker het heeft kunnen maken’ (Schriftelijke toelichting, p. 4–5.). Een eigen karakter of onderscheidend vermogen zijn te dezen niet van belang. Zoals ook blijkt uit de inleidende dagvaarding, is volgens de Staat de onrechtmatigheid daarin gelegen dat de nabootser, i.c. Den Ouden, een goedkoper produkt op de markt kan brengen omdat hij niet die inspanning hoeft te leveren die de maker van het nagebootste produkt wel moest leveren, maar daarvan profiteert. Den Ouden is op onbetamelijke wijze het afzetgebied van de Staat binnengedrongen. Aldus ook de samenvatting door het hof van de stellingen van de Staat aan het slot van r.o. 7.

2.7. De Staat baseert zich voor zijn standpunt op het veelbesproken arrest van het Hof te Arnhem van 18 jan. 1972, NJ 1972, 297 (m.nt. LWH) (DGG/Kusters) (Zie over dat arrest o.a. de noot onder dat arrest in de NJ van Wichers Hoeth; Martens in *Onrechtmatige Daad*, nrs. 27c en 123.8; Verkade-Spoor, *Bescherming uiterlijk produkten cit.*, nr. 150 onder B, p. 193; Verkade-Spoor, *Auteursrecht cit.*, nr. 205, p. 268 en nr. 312, p. 403–404; Verkade, *Ongeoorloofde mededinging cit.*, nr. 26(j), p. 90–91; Verkade, *Verwarrende verwarring cit.*, p. 406–407; Van Engelen, *Prestatiebescherming: een tip van de sluier?* in: *BIE 1986*, p. 269.). Daarin overwoog dat hof dat Kusters, die grammofonplaten van DGG c.s. copieerde op cassettebandjes en deze bandjes in de handel bracht, op maatschappelijk onbetamelijke wijze het afzetgebied van de platenmaatschappijen (DGG e.a.) binnendrong en onrechtmatig handelde doordat hij produkten op de markt bracht waarvan het succes uitsluitend afhing van en teweeggebracht werd door de prestaties van DGG c.s. en waarvan de prijs daarom zoveel lager kon zijn dan die waarvoor de platenmaatschappijen hun produkten op de markt brachten omdat Kusters aan de totstandkoming van die prestaties geen enkele bijdrage had geleverd (Het hof besliste ook over de aansprakelijkheid jegens de artiesten maar daarop ga ik hier niet verder in.).

2.8. In de onderhavige zaak heeft het hof de (aan het slot van r.o. 7 geformuleerde) vraag of de handelwijze van Den Ouden moet worden beschouwd als ‘een parasiteren gevolgd door een binnendringen in het afzetgebied van de ander, zodanig dat het als strijdig met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid zou moeten worden gekwalificeerd’ ontkennend beantwoord door gebruik makende van de in het Hyster Karry Krane-arrest gebezigde formulering voorop te stellen dat het op zichzelf geoorloofd is ten eigen voordele en mogelijk tot nadeel van een ander gebruik te maken van de resultaten van inspanning, inzicht, kennis enz. tot uiting komend in de produkten van die ander voor zover er niet sprake is van een bijzondere bescherming. Vervolgens heeft het in het spoor van dat arrest het criterium van het verwarringsgevaar aangelegd en geconstateerd dat de Staat verwarringsgevaar niet had gesteld, zodat daarmee in 's hofs visie, bij wijze van spreken, ‘het hele verhaal al ophield’. Het hof behandelt deze zaak dus als een ‘klassiek’ geval van nabootsing en ontkent bovendien kennelijk de mogelijkheid dat nabootsing onrechtmatig kan zijn ook

onder andere omstandigheden dan het nodeloos scheppen van verwarringsgevaar. En als ik dat verkeerd zie dan moet geconcludeerd worden dat het hof in de door de Staat aangevoerde omstandigheden in elk geval geen aanleiding heeft gevonden om het handelen van Den Ouden onrechtmatig te achten.

2.9. De vraag of ook andere omstandigheden dan het nodeloos scheppen van verwarringsgevaar nabootsing onrechtmatig kunnen maken wordt door de meeste schrijvers bevestigend beantwoord. Ik zou menen dat in elk geval wel aangenomen kan worden dat Uw Raad zich over die vraag niet heeft uitgelaten bij het Hyster Karry Krane-arrest en dat Uw Raad niet heeft uitgesloten dat nabootsing ook zonder dat onnodig verwarringsgevaar is geschapen onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn (Zie Martens, *Onrechtmatige Daad VI*, nr. 122.). Maar onder welke omstandigheden nabootsing dan onrechtmatig kan zijn is niet aanstonds duidelijk.

2.10. Waar het verwarringsgevaar geen rol meer speelt, waar het nodeloos scheppen van verwarring niet de onrechtmatigheid van het profiteren uitmaakt, maar wel sprake is van nabootsen rijst nl. de vraag wat de nabootsing in zo'n geval eigenlijk onrechtmatig zou kunnen maken. Zoals ook uit het standpunt van de Staat in deze zaak blijkt, komt het accent dan te vallen op het tweede hierboven door mij genoemde aspect van nabootsen, te weten profiteren door het kostenvoordeel dat het nabootsen oplevert en de voorsprong die de nabootser daarmee kan nemen op de producent van het originele, het nagebootste produkt. Maar onder welke omstandigheden wordt dat profiteren onrechtmatig? De Staat zoekt de onrechtmatigheid in het zonder toevoeging van een eigen bijdrage klakkeloos, mechanisch kopiëren en het daardoor bereikte voordeel op de markt. Er is verdedigd dat de onrechtmatigheid in zo'n geval zou moeten worden gezocht in het onredelijk, onevenredig profiteren, profiteren waarvoor, om met Verkade te spreken, geen economische rechtvaardiging te vinden is (Zie met name hierover Verkade, *Verwarrende verwarring cit.*, p. 406; Verkade-Spoor, *Bescherming uiterlijk produkten cit.*, nr. 150, p. 192; Verkade-Spoor, *Auteursrecht cit.*, nr. 205, p. 267–268; Verkade, *Ongeoorloofde mededinging cit.*, nr. 26(j), p. 88.). We zijn hiermee overigens, naar ik meen, eigenlijk weer terug bij de meer algemene vraag onder welke omstandigheden profiteren onrechtmatig is.

2.11. Het arrest *Holland Nautic/Decca* (Zie over dat arrest, behalve de noot van Van Nieuwenhoven Helbach in de NJ ook Dommering in zijn noot in *Computerrecht 1986*, 3, p. 176–179; Van Engelen, *Prestatiebescherming cit.*, p. 263–270; Verkade, *Ongeoorloofde mededinging cit.*, p. 142–143; idem, *Ars Aequi Katern* nr. 20, sept. 1986, p. 802–803; Martens, *Onrechtmatige Daad VI*, nr. 101.) geeft op de vraag of bescherming via art. 1401 BW van niet door bijzondere rechten beschermde prestaties mogelijk is een antwoord. Nu ging het daarin over een geval waarin geen sprake was van nabootsing, maar het lijkt me dat het ook in deze zaak, met name ter beoordeling van het standpunt van de Staat, richting gevend behoort te zijn.

2.12. Met het voorgaande zijn, naar ik hoop, de lijnen voldoende uitgezet. Het wordt dan ook tijd om over te gaan tot de bespreking van het middel.

### 3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1. Onderdeel 1 kan m.i. niet tot cassatie leiden nu het zich richt tegen een niet onbegrijpelijke lezing van de gedingstukken. De Staat heeft zich in geen van de instanties beroepen op bescherming van zijn zetsel door middel van een aan het auteursrecht naburig recht, zoals ik hierboven al heb opgemerkt. Het lijkt me in het licht van wat de Staat ook in cassatie stelt, in elk geval — daargelaten of in voorkomend geval de Staat bezwaar zou kunnen maken tegen een imiteren van het zetsel van het Staatsblad — begrijpelijk dat het hof het verwijt van de Staat jegens Den Ouden heeft omschreven als in essentie het profiteren van het zetsel van de Staatsdrukkerij. In de in het middelonderdeel geciteerde passages uit de stukken van de Staat blijkt dat ook, waar wordt gezegd: 'Het bezwaar richt zich tegen het gebruik maken van het zetsel van de Staatsuitgeverij-litho's' en 'Het bezwaar van de Staat richt zich echter tegen de wijze van het op de markt brengen, nl. klakkeloos fotocopieren'.

3.2. Ik zal nu verder eerst de onderdelen 3 en 5 bespreken die het hart van het middel vormen, als ik het goed zie. Zij berusten blijkens de toelichting beide op de stelling dat Den Ouden door haar handelwijze, een 'gekwalficeerde nabootsing', op onbetamelijke wijze profiteert van de prestaties van de Staat met betrekking tot het zetsel van het Staatsblad.

3.3. De door het *Holland Nautic/Decca*-arrest aan de rechter voorgeschreven terughoudendheid bij het oordelen dat bepaald profiteren onrechtmatig is geldt, zou ik zeggen, ook in het onderhavige geval. Immers zou moeten worden geoordeeld dat deze vorm van profiteren door middel van 'gekwalficeerde' nabootsing onrechtmatig is, en ik zie het op de markt brengen van een boek dat met deze vorm van nabootsing tot stand is gekomen voor een lage prijs en aldus binnendringen in het afzetgebied van de Staat eigenlijk niet meer dan als een sequeel van dat nabootsen, dan wordt in feite een vorm van prestatiebescherming, zetselbescherming als men wil, geïntroduceerd die een alternatief vormt voor, vergelijkbaar is met de bescherming die wordt geboden door een absoluut recht als het auteursrecht (Dat meent ook Cohen Jehoram in zijn noot onder de publikatie van 's hofs arrest in deze zaak in *Informatierecht 1986*, 4, p. 98.). Dat is nogal verstrekkend. Daarom geldt ook de voorwaarde die in genoemd arrest wordt gesteld voor een dergelijke bescherming, nl. dat ten minste is vereist dat wordt geprofiteerd van een prestatie van dien aard dat zij op een lijn valt te stellen met die prestaties welke toekenning van een absoluut recht van intellectuele eigendom rechtvaardigen.

3.4. Kan van vergelijkbaarheid in deze zin worden gesproken in dit geval? Ik ben geneigd die vraag ontkennend te beantwoorden. Voor het zetten, drukken en uitgeven van teksten zijn, zou ik menen, in het algemeen (ik laat de vele denkbare voorbeelden van fraaie en kunstzinnige typografie buiten beschouwing en wil ook niets afdingen op de kunstzin en het vak-

manschap van menig graficus, inclusief dat van de grafische medewerkers van de Staatsdrukkerij) geen eigenschappen, inventiviteit en originaliteit nodig die vergelijkbaar zijn met die welke bescherming hebben gekregen door middel van de bestaande absolute rechten van intellectuele eigendom. Een vergelijking met het werk van uitvoerende kunstenaars en van de producer van een grammofoon- of compactplaatopname bijv. gaat dan ook niet op. Het lijkt me dan ook dat het hof die vergelijking terecht heeft verworpen in r.o. 8 laatste alinea. Reeds hierop zou het standpunt van de Staat in deze zaak moeten afstuiten.

3.5. Maar los van het vorenstaande speelt in ons geval nog een andere kwestie een m.i. belangrijke rol, nl. de negatieve reflexwerking van de Auteurswet (Zie daarover in het algemeen Martens, Onrechtmatige Daad VI, nr. 14 met verdere literatuur; Verkade, Ongeoorloofde mededinging cit., nr. 12, p. 32 e.v.; Verkade-Spoor, Auteursrecht cit., nr. 202, p. 262; zie in het bijzonder ook in dit laatste werk nr. 207, p. 270 waar kort op deze zaak wordt ingegaan.). In het kader van deze zaak is nl. van belang dat art. 11 Auteurswet het auteursrecht op wetten en besluiten uitsluit en art. 15b van die Wet de verveelvoudiging van werken van letterkunde, wetenschap of kunst die door of vanwege de openbare macht openbaar zijn gemaakt, niet als een inbreuk op het auteursrecht op die werken beschouwt (behoudens een voorbehoud dat in dit geval niet is gemaakt). De ratio van deze bepaling is deze, dat de wetgever de verspreiding van wetten, besluiten enz. zo min mogelijk iets in de weg heeft willen leggen (Zie daarover m.v.a. (Bijl.Hand.II 1911–1912, 227.5), p. 25 op art. 10; Pfeffer-Gerbrandy, Kort Commentaar op de Auteurswet 1912, 1973, p. 85 onder 1 en p. 156 onder 1; Van Lingen, Auteursrecht in hoofdlijnen, 1984, nr. 20, p. 61; Verkade-Spoor, Auteursrecht, 1985, nr. 75, p. 95; nr. 77, p. 97. Zie ook Bake, Een monopolie van de Landsdrukkerij, in: Themis 1924, p. 430–441.). I.c. wordt die ratio nog versterkt door het voorschrift van art. 1.11 BPR dat aan boord van een schip een bijgewerkt exemplaar van het BPR aanwezig moet zijn.

3.6. Het lijkt me dan ook dat, als men al in beginsel bescherming van de prestatie van de Staat tegen profiteren door middel van copieren van het zetsel zou voorstaan, er alle aanleiding is daarvan in deze zaak af te zien nu de desbetreffende tekst die in beginsel voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking zou kunnen komen van die bescherming verstoken blijft. De Staat die wetteksten zet, afdrukt en uitgeeft in het Staatsblad doet zulks in het algemeen belang. Zijn prestatie is als het ware publiek eigendom en rechtvaardigt geen bijzondere bescherming.

3.7. Tenslotte, als het gaat om de verdere omstandigheden van het geval lijkt me de argumentatie van de Staat dat Den Ouden door dat klakkeloos copieren zijn boek veel goedkoper op de markt kan brengen dan de Staat niet doorslaggevend. Lagere prijzen in gevallen van nabootsing leveren al in het algemeen geen onrechtmatigheidsfactor op (Zie Martens, Onrechtmatige Daad VI, nrs. 91 en 123.1.) en ik zie niet in op grond waarvan dat in dit geval anders zou moeten zijn. Dat de

Staat, gebruik makend van het voor het Staatsblad gemaakte zetsel, ook zelf daarvan tracht te profiteren door een handelseditie van het reglement op de markt te brengen doet daaraan niet af. In zekere zin valt de Staat aldus op een lijn te stellen met Den Ouden. Verdere omstandigheden die de handelwijze van Den Ouden onrechtmatig zouden doen zijn ontbreken in de stellingen van de Staat.

3.8. Op grond van het voorgaande meen ik dat het handelen van Den Ouden niet als onrechtmatig jegens de Staat kan worden gekwalificeerd en dat reeds daarom de beide thans besproken middelonderdelen niet tot cassatie kunnen leiden. Ik hoef dan ook niet in te gaan op de daarin vervatte klacht(en) dat het hof heeft miskend dat ook andere omstandigheden dan het verwarringsgevaar en met name de door de Staat genoemde dienen te worden betrokken bij de beoordeling van de vraag of Den Ouden onrechtmatig heeft gehandeld. Als het hof die niet al heeft meegewogen bij zijn oordeelsvorming en impliciet van onvoldoende gewicht heeft geacht, zouden zij niet tot een ander oordeel hebben kunnen leiden.

3.9. Onderdeel 2 treft hetzelfde lot. In de eerste plaats heeft het hof zijn oordeel mede gebaseerd op de in r.o. 8 gegeven gronden, het in r.o. 6 overwogene ‘daarlattende’. Nu die andere grond in stand blijft, zoals ik meen, heeft de Staat bij dit onderdeel geen belang. Verder meen ik dat in het licht van het arrest inzake Holland Nautic/Decca niet van belang is op welke wijze de Staat de kosten van het zetsel voor het Staatsblad toerekent aan de verschillende edities van de tekst van het BPR. Ik meen dan ook aan deze kwestie voorbij te mogen gaan en onbesproken te kunnen laten de uitvoerige bedrijfseconomische beschouwingen van met name de advocaten van Den Ouden.

3.10. Onderdeel 4 tenslotte, richt zich tegen een overweging ten overvloede die de beslissing niet draagt. Overigens mist het feitelijke grondslag omdat het berust op een verkeerde lezing van de desbetreffende overweging. Het hof heeft immers, althans zo lees ik de desbetreffende passage, niet geoordeeld dat zetsel geen onderscheidend vermogen kan hebben maar slechts dat het onderhavige zetsel geen onderscheidend vermogen heeft. Voor zover het middelonderdeel de klacht behelst dat dit oordeel onbegrijpelijk is acht ik het tevergeefs voorgedragen. Onbegrijpelijk is het niet en overigens, mede gelet op het karakter van dit geding, voldoende gemotiveerd.

#### **4. Slotsom**

Nu het middel niet tot cassatie kan leiden bereik ik de volgende conclusie.

#### **5. Conclusie**

Deze strekt tot verwerping van het beroep.