

Hoge Raad, 20 november 1987, Stemra v Free Record Shop



AUTEURSRECHT

Uitputting auteursrecht bij in verkeer brengen grammofoonplaat

- Wanneer een grammofoonplaat waarop een auteursrechtelijk beschermd werk is vastgelegd — dus een verveelvoudiging van dat werk — eenmaal met toestemming van de rechthebbende op het auteursrecht en derhalve rechtmatig in het verkeer is gebracht, is daarmee de openbaarmaking van die verveelvoudiging voltooid, zodat verdere beschikbaarstelling van die verveelvoudiging aan derden, door verhuur, bruikleen of op andere wijze — of aanbieding voor zulk een doel — niet als een (verdere) openbaarmaking in de zin van de Auteurswet is aan te merken.

De rechthebbende op het auteursrecht kan derhalve niet aan art. 12 van die wet enige zeggenschap over zodanige verdere beschikbaarstelling ontleen. Dat wordt niet anders door enige mededeling op de grammofoonplaat inhoudende dat die verveelvoudiging uitsluitend voor de verkoop in het verkeer wordt gebracht, daar de rechthebbende op het auteursrecht zich niet door zulk een mededeling rechten kan voorbehouden die hem na openbaarmaking van die verveelvoudiging van het werk niet meer toekomen (vgl. Hoge Raad 25 jan. 1952, NJ 1952, 95).

Vindplaatsen: NJ 1988, 280 m.nt. Wichers Hoeth

Hoge Raad, 20 november 1987

(Ras, Van Den Blink, Hermans, Haak, Boekman)

[...]

De Stichting 'Stemra', te Amsterdam, eiseres tot cassatie, incidenteel verweerster, adv. Mr. E. Korthals Altes, tegen

Free Record Shop BV, te Rotterdam, verweerster in cassatie, incidenteel eiseres, adv. Jhr. mr. J.L.R.A. Huydecoper.

[...]

1. Het geding in feitelijke instantie

Eiseres tot cassatie, incidenteel verweerster verder te noemen Stemra — heeft bij exploit van 11 juli 1984 verweerster in cassatie, incidenteel eiseres — verder te noemen FRS — gedagvaard voor de rechtbank te Rot-

terdam en gevorderd te verklaren voor recht, dat FRS door iedere verhuring van een geluidsdrager waarop een of meer werken behorende tot het Stemra-repertoire als in het lichaam van de dagvaarding gedefinieerd is/zijn vastgelegd een aan de voorafgaande toestemming van Stemra onderworpen openbaarmaking van (verveelvoudigingen van) het/de betreffende werk(en) pleegt, waarbij onder verhuring mede is te verstaan iedere andere vorm van terbeschikkingstelling van een geluidsdrager aan het publiek, welke ertoe strekt, althans de mogelijkheid in zich houdt, dat een en dezelfde geluidsdrager achtereenvolgens aan verschillende afnemers in gebruik wordt afgestaan.

Nadat FRS tegen die vordering verweer had gevoerd, heeft de rechtbank bij vonnis van 15 november 1985 (NJ 1986, 206) de vordering afgewezen.

Het vonnis van de rechtbank is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het vonnis van de rechtbank heeft Stemra op de voet van art. 398 onder 2e Rv beroep in cassatie ingesteld, waarna FRS voorwaardelijk incidenteel beroep heeft ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie houdende het incidenteel beroep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

FRS heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de A-G Franx strekt tot verwerping van het beroep.

3. Beoordeling van het middel in het principaal beroep

3.1. In deze via sprongcassatie aan de Hoge Raad voorgelegde zaak gaat het, naar het middel vooropstelt, om de vraag of Stemra krachtens het haar toekomende auteursrecht de verhuur door FRS kan verbieden van geluidsdragers — hierna eenvoudigheidshalve samen te vatten onder de benaming grammofoonplaten — die met toestemming van Stemra in het verkeer zijn gebracht, zij het in de visie van Stemra uitsluitend ten verkoop.

3.2. De rechtbank heeft de vraag ontkennend beantwoord. Daarbij heeft de rechtbank enerzijds geoordeeld (in rechtsoverweging 3.2) dat het publiekelijk ten verhuur aan derden aanbieden van de grammofoonplaten openbaarmaking is in de zin van de Auteurswet 1912, maar anderzijds (in de rechtsoverweging 3.3 – 3.10) dat de auteur zodanige openbaarmaking van grammofoonplaten die reeds met zijn toestemming voor verkoop op de markt zijn gebracht, niet kan verbieden.

3.3. Het middel in het principaal beroep bestrijdt dit laatste oordeel; het middel in het voorwaardelijk ingestelde incidenteel beroep richt zich tegen het eerste oordeel en betoogt — kort gezegd — dat hier van openbaarmaking in de zin van de Auteurswet geen sprake is.

Hoewel het incidenteel beroep is ingesteld voor het geval het principaal beroep op enig punt slaagt, zal de Hoge Raad toch eerst het middel in het incidenteel beroep bespreken. Gegrondbevinding daarvan heeft immers tot gevolg dat de beslissing van de rechtbank, waarbij de vordering van Stemra is afgewezen in stand

blijft, wat er zij van de door het principaal beroep bestreden gronden waarop die beslissing steunt.

3.4. Het middel in het incidenteel beroep is inderdaad gegrond. Wanneer een grammofoonplaat waarop een auteursrechtelijk beschermd werk is vastgelegd — dus een verveelvoudiging van dat werk — eenmaal met toestemming van de rechthebbende op het auteursrecht en derhalve rechtmatig in het verkeer is gebracht, is daarmee de openbaarmaking van die verveelvoudiging voltooid, zodat verdere beschikbaarstelling van die verveelvoudiging aan derden, door verhuur, bruikleen of op andere wijze — of aanbidding voor zulk een doel — niet als een (verdere) openbaarmaking in de zin van de Auteurswet is aan te merken. De rechthebbende op het auteursrecht kan derhalve niet aan art. 12 van die wet enige zeggenschap over zodanige verdere beschikbaarstelling ontnemen. Dat wordt niet anders door enige mededeling op de grammofoonplaat inhoudende dat die verveelvoudiging uitsluitend voor de verkoop in het verkeer wordt gebracht, daar de rechthebbende op het auteursrecht zich niet door zulk een mededeling rechten kan voorbehouden die hem na openbaarmaking van die verveelvoudiging van het werk niet meer toekomen (vgl. Hoge Raad 25 jan. 1952, NJ 1952, 95).

3.5. Het vorenoverwogene brengt mee dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat Stemra niet krachtens het haar toekomende auteursrecht de verhuur door FRS van de rechtmatig in het verkeer gebrachte grammofoonplaten kan verbieden, hetgeen tot gevolg heeft dat het middel in het principaal beroep, ook indien het gegrond is, niet tot een andere uitkomst kan leiden.

3.6. De slotsom van een en ander is dat Stemra bij het principaal middel geen belang heeft en dit middel daarom geen behandeling behoeft.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

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

Conclusie A-G Mr. Franx

1 Het geschil

Het gaat — zoals het principale cassatiemiddel onder 1, in aansluiting op het bestreden vonnis van de Rotterdamse rechtbank, onder 2.1, zegt — in deze sprongcassatie om de vraag of de auteursrechthebbende de verhuur kan verbieden van geluidsdragers (grammofoonplaten, muziekcassettes, compact-discs (CD's) die rechtmatig (met zijn toestemming) door de producent ten verkoop in het verkeer zijn gebracht. Is die verhuur een afzonderlijke 'openbaarmaking' in de zin van art. 12 Auteurswet 1912?

2 Het verloop van de procedure

Thans eiseres tot cassatie, Stemra, heeft de wederpartij voor de rechtbank te Rotterdam gedaagd en een verkla-

ring voor recht gevorderd dat de wederpartij, FRS, door iedere 'verhuring' een aan de voorafgaande toestemming van Stemra onderworpen openbaarmaking pleegt. Na bestrijding door FRS heeft de rechtbank bij vonnis d.d. 15 nov. 1985 de vordering afgewezen.

Stemra heeft — op de voet van art. 398 onder 2e Rv (sprongcassatie) — cassatieberoep ingesteld en tegen het vonnis van de rechtbank een middel, samengesteld uit de onderdelen 1 (slechts een inleidende opmerking bevattend), 2 en 3, aangevoerd. FRS stelde voorwaardelijk incidenteel beroep in cassatie in; zij voert een middel aan, bestaande uit de onderdelen a en b.

3 De rechtbank heeft haar beslissing uitsluitend gebaseerd op de Auteurswet 1912 en niet op enige gebondenheid van FRS aan het door Stemra ingeroepen BIEM-contract. Dat blijkt uit het onder 3 overwogene in het licht van de feitelijke vaststellingen onder 2.2, sub b en c.

Die beperking van de beslissingsgrondslag als zodanig is in cassatie niet bestreden.

Als ik het goed zie blijft ook het Europese recht buiten beeld. Van een extra-territoriaal (in de zin van: grensoverschrijdend) element mag immers in cassatie niet worden uitgegaan.

De thans te beantwoorden vraag is dan ook (slechts) of de Nederlandse Auteurswet 1912 aan Stemra als auteursrechthebbende het recht toekent de verhuur door FRS van met Stemra's toestemming voor doeleinden van verkoop in het verkeer gebrachte geluidsdragers te verbieden. Vgl. Hoge Raad 25 jan. 1952, NJ 1952, 95, het hierna te bespreken 'leesportefeuille'-arrest.

4 Partijen gaan er terecht van uit dat het hier gaat om reeds in het verkeer gebrachte en, in de zin van de Auteurswet 1912, 'openbaar gemaakte' exemplaren van het 'werk' dat het object van het auteursrecht vormt: de ten processe bedoelde geluidsdragers. De geluidsdragers waren immers rechtmatig aan FRS verschaft en aldus aan het publiek ter beschikking gesteld; zie: Pfeffer-Gerbrandy, 'Kort commentaar op de Auteurswet 1912' (1973), p. 95, verwijzend naar Hoge Raad 2 nov. 1942, NJ 1943, 5; Spoor, 'Scripta manent' (diss. 1976), p. 75. Citaat uit de m.v.t. op het oorspronkelijke art. 12 (in het wetsontwerp: 11), inzake het 'openbaar maken': 'Wat in de eerste plaats moet worden verstaan onder het 'openbaar maken', waartoe de uitsluitende bevoegdheid een essentiële is van het auteursrecht, behoeft de wet niet te bepalen. Ten aanzien van iedere soort van letterkundig, wetenschappelijk of kunstwerk geeft het woord zijn natuurlijk begrip duidelijk aan. Bij letterkundige en wetenschappelijke werken, die in een geschrift bestaan, beteekent het: in druk doen verschijnen en voor het publiek verkrijgbaar stellen, uitgeven. Evenzoo bij muziekstukken. Bij schilderijen en beeldhouwwerken moet men er onder verstaan, het inzenden op eene tentoonstelling, voor het publiek toegankelijk. Bij voorwerpen van kunstnijverheid, het in den handel brengen.'

Voorts zijn partijen het erover eens dat het FRS vrijstaat die geluidsdragers aan het publiek te verkopen voor prive-gebruik, zonder afzonderlijke toestemming van de auteursrechthebbende. In geschil is of te dezen

onderscheid gemaakt moet worden tussen verkoop en verhuur in die zin dat verhuur wel een nieuwe, afzonderlijke, ‘voortgezette’ openbaarmaking oplevert die een afzonderlijke toestemming van de auteursrechthebende behoeft.

Stemra beantwoordt die vraag bevestigend en beroept zich o.m. op het Poortvliet-arrest: Hoge Raad 19 jan. 1979, NJ 1979, 412 (m.nt. LWH), AMR 1979/3, p. 50 (m.nt. JHS), AA 1980, p. 311 (m.nt. HCJ).

FRS geeft een ontkennend antwoord en verwijst naar het leesportefeuille-arrest: Hoge Raad 25 jan. 1952, NJ 1952, 95.

Voorts hebben partijen art. 12 lid 1 onder 2e Auteurswet 1912 in hun debat betrokken, en de vragen besproken of de aanspraken van Stemra afstuiten op de zgn. uitputtingsleer en of te dien aanzien onderscheid gemaakt moet worden tussen materiele en immateriele openbaarmaking.

Ik zal eerst aandacht geven aan art. 12 voornoemd.

5 Art. 12 lid 1 Auteurswet 1912 luidt, voor zover thans van belang:

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

1e. de openbaarmaking van eene verveelvoudiging van het geheel of een gedeelte van het werk;

2e. de verbreiding van het geheel of een gedeelte van het werk of van eene verveelvoudiging daarvan, zoolang het niet in druk verschenen is.’

Wat heeft de wetgever bedoeld met de laatste woorden: ‘zoolang het niet in druk verschenen is’? Zie hierover Cohen Jehoram, NJB 1961, p. 344 e.v.

De hier bedoelde woorden kwamen in het oorspronkelijke wetsontwerp (zitting 1911–1912, nr. 227, art. 11) niet voor. De m.v.t. II op art. 11 houdt o.a. in (p. 8):

‘Voorts zal men moeten toegeven, dat het verbreiden van een werk, dat wil zeggen het doen toekomen aan, of verkrijgbaar stellen voor, een zekere groep van personen, aan den eigenaar van het auteursrecht moet blijven voorbehouden, ook al is die groep niet zoo uitgebreid, dat het verbreiden synoniem moet worden geacht met openbaar maken.’

Het VV II behelst o.m. (p. 12):

‘De opmerking werd gemaakt, dat de onder 2e opgenomen bepaling al te ruim gesteld is. Zelfs zal het uitleenen van een werk er onder vallen.’

Hierop reageerde de m.v.t. II als volgt (p. 17):

‘Indien het uitleenen van het werk aan slechts een persoon geschiedt, zal men dit niet als een ‘verbreiden’ kunnen aanmerken; wordt het aan een ruimen kring uitgeleend, dan zal dit, ook naar de bedoeling van het ontwerp, als eene openbaarmaking moeten worden beschouwd, men denke bijv. aan een manuscript dat aan een kring belangstellenden rondgezonden wordt. Dit verbreiden zal intusschen dan alleen als eene openbaarmaking aangemerkt kunnen worden, indien het met een niet tevoren in druk verschenen werk geschiedt. Het lid is op dien grond aangevuld en verduidelijkt.’

Het gewijzigd wetsontwerp (nr. 227–6) bevatte de woorden ‘zoolang het niet in druk verschenen is’. Naderhand verkreeg de bepaling het artikelnummer 12 (nr. 227–14). Art. 12 werd ongewijzigd en zonder monde-

ling debat aangenomen (Hand. II d.d. 4 juli 1912, p. 3065 rechts; Hand. I d.d. 19 sept. 1912, p. 15).

De bedoeling van de wetgever was dus het uitleenen aan ‘een ruime kring’ onder ‘openbaarmaking’ te brengen, zulks echter

‘... dan alleen ... indien het met een niet tevoren in druk verschenen werk geschiedt.’

Let men slechts op de bedoeling van de wetgever, dan is m.i. duidelijk dat het uitleenen van wel reeds in druk verschenen werken geen afzonderlijke openbaarmaking oplevert. Dit is een a contrario-interpretatie die door de wetgever is beoogd en waarbij art. 12 lid 1 onder 2e ook een bepaling geeft over reeds in druk verschenen werken. Een te ruim geacht verbreidingsverbod werd beperkt tot niet in druk verschenen werken.

Eggens leidde, in zijn conclusie voor Hoge Raad 25 jan. 1952, NJ 1952, 95 (leesportefeuille), uit de wetsgeschiedenis rechtstreeks af dat verbreiding van een in druk verschenen werk niet mag worden begrepen onder openbaar maken in de zin der Auteurswet 1912 (NJ 1952, p. 246 links). De Hoge Raad was het met die gevolgtrekking eens zonder de grondslag ervan te noemen:

‘dat uit het bij art. 12 1e lid aanhef en onder 2e Auteurswet 1912 bepaalde volgt dat het opnemen, of doen opnemen, in een leesportefeuille van in druk verschenen uitgaven niet als openbaar maken in den zin der wet is aan te merken.’

De Hoge Raad verwijst hierbij niet naar de bedoeling van de wetgever noch anderszins naar de wetsgeschiedenis. (Cohen Jehoram, in NJB 1961, p. 344, schrijvend:

‘De Hoge Raad meent dat de Auteurswet, met name art. 12 lid 1 sub 2e, en vooral de geschiedenis van deze bepaling, het maken van een dergelijke dwingende clausule uitsluit.’, geeft van het arrest met de door mij gecursiveerde woorden dan ook een interpretatie, geen weergave.)

Daarom is verdedigbaar dat de Hoge Raad hier niet wetshistorisch maar a contrario heeft geïnterpreteerd. Aldus bijv. Cohen Jehoram in ‘Informatierecht’ 1987/2, p. 27, sub 2. Daaraan doet niet af dat de juistheid van die a contrario-interpretatie door de doctrine is bestreden, zie Wichers Hoeth in zijn noot, sub 4, onder het Poortvliet-arrest (NJ 1979, p. 1296 rechts) met gegevens.

Over die bestrijding (zie vooral Hirsch Ballin in NJB 1955, p. 716 e.v.) moge ik nog het volgende opmerken. Men komt met twee bezwaren:

a. ‘Voor de verschijning in druk heeft de maker het recht om verbreiding te verbieden; daaruit kan logisch geen antwoord volgen op de vraag of hij na de verschijning de bevoegdheid heeft om het werk beperkt of onder voorwaarde verkrijgbaar te stellen’ (Pfeffer-Gerbrandy, p. 100).

Dit betoog — van het type waarmee men iedere a contrario-interpretatie ten principale kan bestrijden — overtuigt mij niet. De Hoge Raad heeft, a contrario redenerend, een wetsinterpretatie gegeven die noch logisch-dwingend noch in strijd met de logica is. Die interpretatie berust op de visie dat de woorden ‘in druk

verschenen' het beslissende criterium vormen. Dat heeft met logica weinig, en met rechtsvinding alles te maken.

b. Er zijn meer vormen van openbaarmaking dan alleen die van art. 12 eerste lid aanhef en onder 2e. De a contrario-redenering miskent dat met betrekking tot reeds in druk verschenen werken sprake kan zijn van een andere vorm van openbaarmaking.

Dit argument lijkt me, uitgaande van het gekozen uitgangspunt van meer vormen van openbaarmaking, juist. Maar het is gemakkelijk te ondervangen door de a contrario-interpretatie van art. 12 eerste lid aanhef en onder 2e, aan te vullen met een restrictie als: 'voor zover deze wet niet anders bepaalt'. Kennelijk was dit laatste in het leesportefeuille-arrest niet het geval.

De beslissingsgrondslag van het arrest ligt m.i. in de woorden 'in druk verschenen uitgaven'. De verbreiding daarvan levert geen openbaarmaking op, ongeacht of dat geschiedt in de vorm van het (doen) opnemen in een leesportefeuille of in een andere vorm, zulks voor zover de wet niet anders bepaalt. Het cassatiemiddel vroeg slechts om een uitspraak over het (doen) opnemen in een leesportefeuille, zodat de Hoge Raad zich begrijpelijkerwijze tot het vermelden van die vorm van 'verbreiding' heeft beperkt. Daarmee ontvalt echter, als gezegd, aan het arrest niet betekenis voor andere verbreidingsvormen.

6 Een ander relevant wetshistorisch gegeven is de m.v.t. II op de wijzigingswet van 27 okt. 1972, Stb. 579. Aan art. 12 werd (o.a.) een derde lid toegevoegd, dat nu verder onbesproken kan blijven. De m.v.t. II bevat echter een algemene mededeling over het systeem van de wet (nr. 7877-3, p. 3 links):

'De Conventie (Van Bern; F.) somt de rechten van de auteur met betrekking tot de diverse soorten van openbaarmakingen op; buiten hetgeen is opgesomd geeft de Conventie geen bescherming. De Auteurswet daarentegen beschermt de auteur in het algemeen met betrekking tot iedere openbaarmaking. Wil men in bepaalde gevallen een openbaarmaking niet als een afzonderlijke openbaarmaking beschouwd zien, dan dient dat uitdrukkelijk in de wet te worden vermeld.'

Een 'openbaarmaking' valt dus in principe onder art. 1 Auteurswet 1912 tenzij uit die wet anders blijkt. Is verhuur van geluidsdragers eenmaal gekwalificeerd als 'openbaar maken', dan is dat in beginsel meteen een onder art. 1 vallend afzonderlijk, zelfstandig, openbaar maken tenzij uit de wet, bijv. art. 12, het tegendeel blijkt. Over de vraag of het begrip 'openbaar maken' ruim moet worden genomen is daarmee nog niets gezegd. Om te kunnen komen tot het oordeel dat het in dit geding aan de orde gestelde verhuren van geluidsdragers (voor prive-gebruik) door FRS onder art. 1 valt, moeten achtereenvolgens twee vragen worden beantwoord:

1. is verhuren een 'openbaar maken'?
2. zo ja, brengt art. 12, of een ander wetsartikel, mee dat verhuren niet onder art. 1 valt?

7 De 'uitputtingsleer'; materiele/immateriele openbaarmaking

De term 'uitputting' o.i.d. komt in de Auteurswet 1912 niet voor.

Hoge Raad 18 dec. 1953, NJ 1954, 258 overwoog over de vraag of het auteursrecht op bepaalde kunstreproducties ook betrekking heeft op latere, buiten toestemming van de rechthebbende in omloop gebrachte exemplaren:

'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 veeleelvoudingen van dat werk, doch — zoals ook art. 12 onder 1e Auteurswet doet blijken — ten aanzien van elke veeleelvouding den auteursgerechtigde en dezen alleen de bevoegdheid toekomt deze openbaar te maken.'

'Uitputting' geeft aan dat het auteursrecht als het ware eindigt na een zekere gebeurtenis, die als rechtsuitoefening kan worden opgevat. Daarmee is echter nog niet gezegd onder welke omstandigheden van 'uitputting' sprake is. Zie de duidelijke uiteenzetting van Spoor in BIE 1985, p. 242 e.v. (het aan Van Nieuwenhoven Helbach gewijde nummer). Hij omschrijft het (ook op andere terreinen van de intellectuele eigendom voorkomende) 'principe' van uitputting als volgt (p. 242):

'Zijn de produkten eenmaal in het verkeer gebracht, dan heeft de rechthebbende er in principe geen zeggenschap meer over; verdere verhandeling en gebruik ervan staan dan aan een ieder vrij.'

Spoor meent, met Cohen Jehoram (AA 1980, p. 313 en 'Informatierecht' 1987/2, p. 27 sub 2), dat de Hoge Raad het uitputtingsprincipe in het eerder genoemde leesportefeuille-arrest heeft afgeleid uit art. 12 eerste lid onder 2e Auteurswet 1912. Cohen Jehoram is — in laatst genoemd tijdschrift, t.a.p. — van mening dat dit arrest 'heel duidelijk' kiest voor de uitputtingsleer. Met een en ander kan ik instemmen, ook al is in het arrest de notie 'uitputting' zelf niet ter sprake gekomen. Spoor noemt en behandelt een aantal gevallen waarin uitputting achterwege blijft. Hij komt tot de slotsom dat 'uitputting' eigenlijk geen principe is maar alleen maar de naam van een bepaald verschijnsel en van een bepaalde techniek — de verlening van een ruim opgezet recht dat afloopt als een bepaald voorval, waaruit kan worden afgeleid dat de rechthebbende voldoende aan zijn trekken is gekomen, heeft plaatsgevonden — waaraan niet echt behoefte bestaat en die verwarrend kan werken. Verkade-Spoor, 'Auteursrecht' (1985), p. 122-123, meent dat in de Auteurswet 1912 de wetgever geen duidelijke keus ten aanzien van de uitputtingsgedachte heeft gemaakt en dat het leesportefeuille-arrest wel in die richting wijst. Zie Cohen Jehoram's beschouwingen over de uitputting in het auteursrecht, in 'Informatierecht' 1987/2, p. 27 e.v., reagerend op Spoor.

Van de beperkingen op de 'uitputting' is de eerste die tot de stoffelijke goederen, in het auteursrecht: tot de zgn. materiele openbaarmaking van het werk. De heersende leer in Nederland houdt in dat onderscheid gemaakt behoort te worden tussen materiele en immateriele openbaarmaking. Bij die laatste moet men denken aan gevallen waarin er geen stoffelijke dragers van het werk (boeken, geluidsdragers, aardrijkskundige

kaarten, enz.; zie art. 10 eerste lid Auteurswet 1912) zijn aan te wijzen, zoals: toneelvoorstelling, concert, radio- of televisie-uitzending, enz. (zie art. 12 eerste lid onder 3e en de leden 2–4). Aanhangers van dit onderscheid (materiele, voor uitputting vatbare openbaarmaking/immateriele openbaarmaking): Pfeffer-Gerbrandy, ‘Kort commentaar op de Auteurswet 1912’ (1973), p. 126 sub e (jis. 97–99 en 101–102); Spoor, t.a.p., en in ‘Scripta manent’, p. 59 sub 8, 60, 70, 71, 75, 95, 115–116; het rapport van de studiecommissie Leenrecht van de Vereniging voor Auteursrecht (productie 2 bij akte in eerste aanleg (FRS) d.d. 27 sept. 1985), p. 19–22; eindrapport Interdepartementale Leenrechtcommissie d.d. 11 april 1984 (in ‘Auteursrecht’ 1984); Cohen Jehoram in AA 1980, p. 313–314 (noot onder het Poortvliet-arrest: Hoge Raad 19 jan. 1979, NJ 1979, 412); Mom in ‘Auteursrecht’ 1980, p. 80; Van Lingen, ‘Auteursrecht in hoofdlijnen’ (1984), p. 74; A.L. Ruter-Ehlermann, AMR 1984/3, p. 50 e.v.; Jack Linssen in AA 1984, p. 717. Drucker-Bodenhausen-Wichers Hoeth, ‘Kort begrip van het recht betreffende de intellectuele eigendom’ (1984), maakt de onderscheiding materiele/immateriele openbaarmaking wel (p. 163), maar acht de jurisprudentie over de uitputtingsgedachte bij materiele openbaarmakingen ‘minder duidelijk’, gelet op het leesportefeuille- en het Poortvliet-arrest (p. 164–165).

8 De rechtsgrond van de uitputtingsgedachte hangt samen met die van het auteursrecht zelf. F.W. Grosheide geeft in zijn dissertatie ‘Auteursrecht op maat’ (1986) een reeks van ‘soorten argumentatie’ (A t/m G) die sedert het einde van de 18e eeuw in de theorievorming over de legitimatie van het auteursrecht kunnen worden onderscheiden (p. 127 e.v., 151 e.v.). Ik stip dit slechts aan en vermeld de opvatting van Spoor, die in BIE 1985, p. 245–246, als rechtsgrond voor de ‘uitputting’ van het auteursrecht op een reeds openbaargemaakt werkexemplaar beschouwt de uitkomst van een afweging van de belangen van enerzijds de auteursrechthebbende en anderzijds het vrij verkeer van goederen. Daartegen: Cohen Jehoram (in ‘Informatierecht’ 1987/2, p. 27 sub 3), die de uitputtingsleer ziet als grens tussen de met elkaar botsende rechten van (bijv.) de auteur en de eigenaar. Met Spoor ben ik het eens dat deze opvatting geen bevredigende verklaring kan geven van de omstandigheid dat het FRS wel vrijstaat de geluidsdragers aan het publiek te verkopen voor prive-gebruik maar niet om ze in het openbaar ten gehore te brengen. Maar de opvatting van Spoor doet hier, zoals hij zelf erkent, evenmin meteen een concreet antwoord aan de hand. Men kan zich trouwens afvragen wat het praktische verschil is tussen de vrije beschikkingsrechten van de eigenaar (Cohen Jehoram) en het vrij verkeer van goederen (Spoor).

9 Namens Stemra is betoogd, dat het verhuren van geluidsdragers nog niet is te beschouwen als maatschappelijk gebruikelijk en aanvaardbaar (zie criterium waarmee Wichers Hoeth in zijn noot onder het Poortvliet-arrest, NJ 1979, p. 1296, het verschil tussen dat arrest en het leesportefeuille-arrest wil verklaren), maar dat hier sprake is van een nieuwe vorm van ex-

ploitatie die vooral de laatste jaren een grote vlucht heeft genomen. Volgens Stemra worden hierdoor de commerciële belangen van de auteursrechthebbenden geschaad, mede door het reële gevaar van de ‘home taping’, het illegaal thuis kopiëren door de huurder van de geluidsdrager. Door het verhuren, aldus Stemra, wordt een afzonderlijke markt gecreeerd, met een andere kring van afnemers dan de verkoopmarkt. Stemra heeft in dit verband verwezen naar de — reeds genoemde — m.v.t. II bij wetsontwerp nr. 7877, p. 2–3: ‘Alsdan is immers in meerdere of mindere mate van exploitatie van auteursrecht sprake, waartoe de toestemming van de auteur nodig dient te zijn.’

Verder beroept Stemra zich op het draadomroep-arrest, Hoge Raad 27 juni 1958, NJ 1958, 405, waarin is overwogen:

‘3. O. dat dit meebrengt dat de draadomroep van de PTT als het beschikbaar stellen van een middel, hetwelk een ieder die daarvan op de daarvoor aangewezen wijze gebruik wil maken in staat stelt werken die met het gehoor kunnen worden waargenomen te beluisteren — op een lijn staande met de verspreiding door middel van radio-uitzending of van het verkrijgbaar stellen van grammofoonplaten, en evenzeer als deze middelen een eigen mogelijkheid biedend tot exploitatie van zodanig werk in het publiek — een eigen vorm van openbaarmaking oplevert, welke naar tekst en strekking van de Auteurswet 1912 valt onder het begrip openbaar maken in den zin van art. 1 dier Wet en derhalve bij uitsluiting is voorbehouden aan den rechthebbende op het auteursrecht van het betreffende werk.’

Naar mijn mening is het enkele exploitatie-aspect niet beslissend, evenmin als het enkele ‘nieuwe markt’-aspect. Zie hierover: NJ 1982, p. 1495 rechts onderaan, sub e-1496 links; Spoor in ‘Auteursrecht’ 1979, p. 52; Verkade-Spoor, p. 124; Drucker-Bodenhausen-Wichers Hoeth, p. 164–165; Cohen Jehoram in AA 1980, p. 314 en in AA 1981, p. 82; Hirsch Ballin in NJB 1955, p. 717–720 (die de nieuwe wijze van exploitatie, het creëren van een ‘eigen markt’, wel beslissend acht en op die grond bezwaar maakt tegen het leesportefeuille-arrest). Ik sluit mij aan bij Pfeffer-Gerbrandy, p. 93 en 101, die aantoonde dat er voor de vraag of er al dan niet openbaarmaking is, niet als criterium kan gelden of er al dan niet een ‘nieuwe exploitatie’ is. Enerzijds kan er openbaar gemaakt worden zonder exploitatie, anderzijds kan er geëxploiteerd worden zonder (afzonderlijke) openbaarmaking, bijv. de doorverkoop van een boek door een antiquaar: deze (aldus Pfeffer-Gerbrandy, p. 93)

‘exploiteert wel degelijk, maar indien hij al openbaar maakt, is dat een algemeen aanvaarde verrichting in het maatschappelijk verkeer.’

Een en ander is niet in strijd met het thans te bespreken Poortvliet-arrest.

10 Hoge Raad 19 jan. 1979, NJ 1979, 412 (m.nt. LWH): het Poortvliet-arrest.

In deze uitspraak, waar Stemra zich op heeft beroepen, overwoog de Hoge Raad:

‘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 de 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.'

Als ik het goed zie is in dit arrest opnieuw, net als in het leesportefeuille-arrest, de leer tot uiting gebracht dat art. 12 eerste lid aanhef en onder 2e Auteurswet 1912 ook een regel geeft voor reeds in druk verschenen werken, nl. de regel dat 'de verbreiding' daarvan geen afzonderlijke, nieuwe openbaarmaking is. Hovener deed in onderdeel 1 van zijn cassatiemiddel een beroep op de a contrario-regel. De Hoge Raad verwerpt dat, echter niet door de a contrario-regel zelf te denunceren, maar door te wijzen op de 'andere vorm'. Als Hovener aan de reproducties niet een 'andere vorm' had gegeven, enz., zou de omstandigheid dat de door hem gekochte kalenders 'in druk' waren 'verschenen', kennelijk wel afdoen aan de redenering: dan zou op grond van de hier vermelde wetsbepaling van openbaarmaking geen sprake zijn. Opnieuw dus de a contrario-interpretatie (anders: Wichers Hoeth in zijn noot, sub 4, onder het arrest, NJ 1979, p. 1296 rechts).

Die a contrario-regel kon Hovener echter niet baten, en wel daarom niet, omdat hij niet heeft verbreid — zonder meer, maar heeft verbreid in een andere, door hem gecreëerde vorm, waardoor de 'verkoopbaarheidstermijn' werd verlengd.

Zonder die 'andere vorm' zou Poortvliet's auteursrecht wel zijn uitgeput en zou Hovener zich met vrucht op art. 12 eerste lid aanhef en onder 2e meergenoemd hebben kunnen beroepen. De casus zou dan gelijk gestaan hebben met die van het leesportefeuille-arrest. Alleen door het knip- en plakwerk van Hovener, waardoor de reproducties gedurende een langere termijn verkoopbaar werden, werd zijn 'verbreiding' een nieuwe openbaarmaking. Dat hij aldus een nieuwe exploitatie opzette, een nieuwe markt creëerde, een nieuwe kring van afnemers bereikte, is op zichzelf juist, maar dat is slechts een gevolg van de gerealiseerde 'andere vorm' met het sequeel van de langere verkoopbaarheid. De Hoge Raad heeft in dit arrest niet in het algemeen ge-

zegd dat iedere nieuwe exploitatie (nieuwe markt) een nieuwe, afzonderlijke openbaarmaking oplevert.

Een en ander zo zijnde zie ik in het Poortvliet-arrest niet een terugkomen op het leesportefeuille-arrest, waarin van een 'andere vorm' van de werkexemplaren immers geen sprake was.

11 Op grond van het voorafgaande ben ik van mening, dat naar geldend recht het door Stemra aan FRS verweeten verhuren aan het publiek van geluidsdragers niet een nieuwe, afzonderlijke openbaarmaking oplevert en niet aan de voorafgaande toestemming van de auteursrechthebbende is onderworpen. Het auteursrecht is uitgeput met het in de handel brengen van de geluidsdragers door middel van het bevoorraden van FRS als detaillist, althans voor wat betreft de bevoegdheid tot verdere verbreiding (verspreiding) door middel van verhuur aan particulieren. Dit geval ligt, dunkt me, dichter bij de casus van het leesportefeuille-arrest dan bij die van het Poortvliet-arrest, waarin de werkexemplaren een 'andere vorm' kregen alvorens te worden verbreid. Voorts meen ik dat het onderhavige verhuren gelijkgesteld moet worden met het verkopen en met het — eveneens buiten het bereik van de auteursrechthebbende liggende en hierna te bespreken — uitlenen van geluidsdragers.

Primair ben ik van mening dat Uw Raad in deze zaak zou kunnen volstaan met exact dezelfde overweging als die in de leesportefeuille-zaak, geciteerd in het voorafgaande, nr. 4. Art. 12 eerste lid aanhef en onder 2e dient a contrario te worden geïnterpreteerd.

12 Het vorenstaande houdt in dat ik, met pleiter voor FRS, van mening ben dat de onderhavige geluidsdragers gezegd kunnen worden 'in druk verschenen' te zijn in de zin van laatstgenoemde bepaling. Met die woorden heeft de wetgever niet een beperking tot het technisch procedé van het vervaardigen van 'drukwerk' (geschriften) op het oog gehad. In de wetgeschiedenis is geen steun voor zo'n beperking te vinden. Het contra-argument, ontleend aan art. 47 lid 3— in de oorspronkelijke Auteurswet 1912: art. 47 lid 2— volgens hetwelk de wetgever zich het onderscheid tussen 'in druk verschenen' en in de handel brengen in het algemeen, ter dege bewust is geweest — acht ik niet sterk en onvoldoende voor het standpunt dat de wetgever in art. 12 bewust een beperking tot geschriften heeft aangebracht. Zo systeembewust is de wetgever van 1912 m.i. niet geweest. Aannemelijk lijkt dat zijn woordkeuze — 'in druk ... verschenen' — is afgestemd op het 'werk' dat, bij een opsomming, het eerste in gedachten komt: een geschrift, zie art. 10 en de m.v.t. op het oorspronkelijke art. 11 (nu: 12), geciteerd in het vorenstaande, nr. 4.

Ik wil niet zo ver gaan dat ik verdedig dat art. 12 eerste lid aanhef en onder 2e toepasbaar is op alle in art. 10 opgesomde 'werken'. Wel acceptabel lijkt de in art. 47 lid 3 beschreven gelijkstelling van 'in druk verschenen' werken met het daarop volgende 'zodanig aanbod van exemplaren' enz., ook voor art. 12 eerste lid aanhef en onder 2e te aanvaarden; anders gezegd: 'in druk verschenen' in die bepaling kan worden gelezen als 'uitgegeven' in de zin van art. 47. Vindt men ook dit te

ver gaan, dan meen ik, ten subsidiaire, dat de in dit geding bedoelde geluidsdragers waarvan sommige (nl. de grammofoonplaten en de CD's) 'geperst' worden en andere (de muziekcassettes) het resultaat van een andere produktietechniek zijn — allemaal onder dezelfde regels, nl. die van art. 12 eerste lid aanhef en onder 2e, vallen en gelijkgesteld moeten worden aan geschriften. Ook in de maatschappelijke betekenis van geluidsdragers enerzijds en geschriften anderzijds zie ik hier geen relevant verschil.

13 Het (uit-)leenrecht

Algemeen wordt aanvaard dat naar thans geldend recht de auteursrechthebbende zich in beginsel niet kan verzetten tegen uitlening van de werkexemplaren in bibliotheken, disco's enz., ook niet wanneer dat tegen betaling pleegt te geschieden; mits de uitlening betreft exemplaren die reeds met toestemming van de auteursrechthebbende in het verkeer zijn gebracht, zijn 'openbaar gemaakt'. De uitlening is een vrije vorm van verdere verbreiding (verspreiding). Ook heeft, naar heersende leer, de auteur (nog) geen recht op een leenvergoeding.

Ik moge te dezen volstaan met een verwijzing naar de wetsgeschiedenis, hierboven onder nr. 5 weergegeven, en naar: de reeds genoemde rapporten van de Vereniging voor Auteursrecht en van de Interdepartementale Leenrechtcommissie; Verkade-Spoor, p. 124 e.v.; Spoor in BIE 1985, p. 245 en in 'Scripta manent', p. 73, m.nt. 4, 95 e.v.; Van Lingen, 'Auteursrecht in hoofdlijnen' (1984), p. 74–75; Cohen Jehoram in 'Informatierecht' 1987/2, p. 29; van wetsontwerp nr. 7877: nr. 6 (m.v.a. II), p. 5 links, over art. 12, nr. 8 (verslag van een openbaar gehoor), p. 5 rechts (sub d), nr. 9 (nader VV), p. 3 links (sub d), nr. 11 (nadere m.v.a.), p. 5 rechts (sub d), nr. 14 (verslag van een openbaar gehoor), p. 5 rechts (sub c)–7 links; alsmede wetsontwerp nr. 18957, art. 19 e.v.

In zijn 'Scripta manent', p. 73 sub 3, merkt Spoor op dat het in beginsel niet ter zake doet of de desbetreffende handelingen al dan niet om baat worden verricht. Tussen 'uitlenen' (om niet) en commercieel exploiteren (door verhuren) mag geen verschil worden gemaakt voor de toepassing van art. 12 eerste lid aanhef en onder 2e.

14 Onder deze omstandigheden moet, naar het mijn voorkomt, volgens thans geldend recht het (commerciele) verhuren, evenals het verkopen en het uitlenen, van reeds 'openbaar gemaakte' geluidsdragers geacht worden in beginsel buiten het bereik van het auteursrecht te liggen. Het is een vorm van vrije verdere verbreiding (verspreiding).

Hierbij verlies ik niet uit het oog dat er sterke argumenten zijn aan te voeren voor het verstevigen van de positie van de auteursrechthebbers. Is het billijk dat anderen door uitlenen en verhuren profiteren van hun 'werken'? Pleiter voor Stemra heeft hier lang bij stilgestaan en gewezen op de activiteiten niet alleen van belangengroepen maar ook van de wetgevende overheid, strekkende tot het toekennen in deze gevallen van een passende vergoeding aan de auteursrechthebbers. Zie de schriftelijke toelichting van Mr. Korthals

Altes d.d. 15 mei 1987, p. 4–5. Ik onderschrijf het standpunt van pleiter voor FRS, dat in deze actuele materie thans de wetgever aan zet is. Er moeten politiek-maatschappelijke keuzes gemaakt worden op een terrein dat de rechter onvoldoende kan overzien en waar zich nog geen duidelijke rechtsopvattingen hebben gekristalliseerd. De rechter onthoudt zich van het geven van een beslissing die neerkomt op een uitbreiding van het thans geldende (auteurs-)recht die verregaande consequenties kan hebben.

Op grond van deze benadering heb ik mij in deze conclusie onthouden van rechtsvergelijkend onderzoek. Zie de door pleiter voor Stemra overgelegde beschouwingen van de Europese Commissie in de zaak Warner Brothers Inc. c.s./Christiansen, d.d. 24 sept. 1986.

15 De gevolgtrekking uit het voorafgaande is, dat de rechtbank de vordering van Stemra terecht heeft afgewezen, wat er zij van de daarvoor in het vonnis gebezigde gronden.

Mitsdien kan het principale cassatiemiddel in geen van zijn klachten slagen. Derhalve blijft het voorwaardelijk ingestelde incidentele middel buiten bespreking.

16 Ik concludeer tot verwerping van het principale beroep.