

Hoge Raad, 24 februari 1989, Elvis Presley**PRESTATIEBESCHERMING UITVOEREND
KUNSTENAAR****Prestatie uitvoerend kunstenaar beschermd zonder wettelijke basis**

Het hof heeft terecht en op juiste gronden geoordeeld dat aan de prestaties van Elvis Presley als uitvoerend kunstenaar in beginsel bescherming toekomt. Die bescherming die - evenals de bescherming krachtens het auteursrecht - ertoe strekt de kunstenaar de mogelijkheid te geven tot exploitatie van zijn prestaties, houdt o.m. in dat deze zich ertegen kan verzetten dat van zijn prestaties zonder zijn toestemming (geluids)opnamen worden gemaakt. Aldus wordt het hem immers mogelijk voor zijn toestemming een vergoeding te bedingen en daaraan eventueel voorwaarden te verbinden. De in 1961 tot stand gekomen Conventie van Rome betreffende de bescherming van uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten en omroeporganisaties waartoe Nederland blijktens de brief van de ministers van Justitie en van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur van 3 maart 1986 (Bijl. Hand. II 1985-1986, 19435, nr. 1) en het wetsvoorstel voor een goedkeuringswet (Bijl. Hand. II 1986-1987, 20012, R 1330) thans voornemens is toe te treden, kent ook in art. 7 een zodanig recht van verzet (als minimum bescherming) aan de uitvoerende kunstenaar toe.

Bescherming fonogrammenproducent als licentienemer uitvoerend kunstenaar**Doel bescherming uitvoerend kunstenaar brengt met zich dat ook degene die met diens toestemming opnamen van diens uitvoeringen maakt zich ook tegen overname daarvan kan verzetten**

Het met deze bescherming beoogde doel brengt mee dat degene die met toestemming van de uitvoerend kunstenaar geluidsopnamen van diens uitvoeringen maakt, zich zijnerzijds tegen overname van die geluidsopnamen op een geluidsdrager moet kunnen verzetten - ook nog gedurende enige tijd na het overlijden van de kunstenaar - omdat anders de mogelijkheid van die kunstenaar om voor zijn toestemming een redelijke vergoeding te bedingen op onaanvaardbare wijze wordt ondergraven. Een en ander leidt, in afwachting van de in voormelde brief aangekondigde wetgeving, tot de conclusie dat de fonogrammenproducent die met toestemming van de uitvoerende kunstenaar (geluids)opnamen van diens uitvoeringen heeft gemaakt, een in rechte te respecteren en door art. 1401 BW beschermd belang heeft zich tegen gehele of gedeeltelijke overname van die opnamen op voor commerciële doel-

einden vervaardigde geluidsdragers en tegen het verhandelen van zulke geluidsdragers te verzetten. (...) Opmerking verdient met name dat het blijkens het overwogene, niet aankomt op de vraag of Elvis Presley aan BMG c.s. rechten heeft „overgedragen”, maar op die of BMG c.s. met toestemming van Elvis Presley geluidsopnamen van diens uitvoeringen hebben gemaakt

Internationaal privaatrecht**Toepasselijk recht licentieovereenkomst niet relevant**

Voor de toepassing van het (...) overwogene doet niet ter zake of die toestemming is verleend in het kader van een door vreemd recht beheerste overeenkomst noch hoe dat recht de aan die toestemming jegens derden verbonden gevolgen regelt.

PORTRETRECHT**Portretrecht komt krachtens art. 21 Aw alleen toe aan geportretteerde of diens nabestaanden – geen bescherming licentienemer**

Het hof heeft terecht geoordeeld dat BMG c.s. zich niet kan verzetten tegen het gebruik door Boogaard c.s. van portretten van Elvis Presley. Zodanig recht komt krachtens het bepaalde in art. 21 Auteurswet 1912 in Nederland enkel aan de geportretteerde of diens nabestaande toe. In het licht daarvan levert het gestelde gebruik van de portretten evenmin een onrechtmatige daad jegens BMG c.s. op.

Vindplaatsen: NJ 1989, 701, m.nt Wichers Hoeth; IER 1989, nr. 21, p. 41, m.nt Spoor; AMI 1989, p. 70; AA 1989, p. 675, m.nt Cohen Jehoram

Hoge Raad, 24 februari 1989

(Snijders, Hermans, Haak, Boekman, Davids)

Arrest

in de zaak van:

1. De vennootschap naar het recht van de Staat New York, USA, BMG Music Partnership, te New York, USA,
2. BMG/Ariola Benelux BV, te Hilversum, eiseressen tot cassatie, incidenteel verweersters, adv. Jhr. Mr. J.L.R.A. Huydecoper, tegen
 1. Boogaard Trading Lopik BV,
 2. Sonortape Nederland BV, beide te Lopik, verweersters in cassatie, incidenteel eiseressen, adv. Mr. J.W. Lely.

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseressen tot cassatie, nader te noemen BMG c.s., hebben bij exploit van 17 juni 1987 verweerders in cassatie, nader te noemen Boogaard c.s., gedagvaard voor de Pres. van de Rb. te Utrecht en na vermeerdering van eis een verbod gevorderd van verveelvoudiging, vervaardiging en verspreiding van muziekcassettes, langspeelplaten en compact discs met produkties van uitvoeringen door Elvis Presley onder de labels Platinum, Astan en Flash-Back alsmede

Boogaard c.s. o.m. te gebieden opgave te doen van het aantal aan afnemers geleverde exemplaren en het aantal verkregen exemplaren en voorts hun afnemers schriftelijk te verzoeken de verkoop van de exemplaren aanstonds te staken, met terugbetaling van mogelijk reeds betaalde koopprijzen, een en ander op verbeurte van een dwangsom van f 2500 voor iedere dag, dat Boogaard c.s. voornoemde ge- of verboden niet nakomen.

Nadat Boogaard c.s. tegen die vordering verweer hadden gevoerd, en in reconventie hadden gevorderd BMG c.s. te veroordelen tot teruggave van een afgegeven bankgarantie alsmede tot opheffing van het door BMG c.s. gelegde conservatoir beslag, heeft de Pres. bij vonnis van 13 aug. 1987 de conventionele vorderingen toegewezen en in reconventie de gevraagde voorzieningen geweigerd.

Tegen dit vonnis hebben Boogaard c.s. hoger beroep ingesteld bij het Hof te Amsterdam.

Bij arrest van 3 dec. 1987 heeft het hof het vonnis van de Pres. vernietigd, de conventionele vordering van BMG c.s. afgewezen en de reconventionele vordering van Boogaard c.s. alsnog toegewezen.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben BMG c.s. beroep in cassatie ingesteld, waarna Boogaard c.s. incidenteel beroep hebben ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie houdende het incidenteel beroep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Pp. hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van de beroepen.

De zaak is voor pp. toegelicht door hun advocaten.

De [conclusie](#) van de A-G Franx strekt ten aanzien van het principale beroep tot vernietiging van het arrest en tot verwijzing van de zaak naar een ander hof en ten aanzien van het incidentele beroep tot verwerping van dat beroep.

3. Beoordeling van het middel in het principaal beroep

3.1. BMG c.s. hebben, zoals de Pres. in zijn vonnis vaststelt, in k.g. gevorderd dat aan Boogaard c.s. zal worden verboden de aanmaak en het verhandelen van de ten processe nader aangeduide geluidsdragers waarop opnamen staan van uitvoeringen van Elvis Presley, zulks op de grond dat de aanmaak en het verhandelen van die geluidsdragers jegens hen een onrechtmatige daad oplevert, omdat zij van Elvis Presley de uitsluitende rechten hebben verkregen om de van zijn optredens gemaakte (geluids)opnamen openbaar te maken, te verveelvoudigen en te verhandelen.

3.2. Het hof is - evenals de Pres. in enigszins andere bewoordingen - ervan uitgegaan dat „de prestaties van Presley als uitvoerend kunstenaar van dien aard zijn dat zij op een lijn gesteld kunnen worden met die welke toekenning van auteursrecht rechtvaardigen, en dat daaraan in beginsel bescherming kan worden verleend via het recht van de ongeoorloofde mededinging" (r.o. 4.2).

Het hof is er in dezelfde rechtsoverweging voorts van uitgegaan „dat BMG c.s. op grond van rechtsopvolging

dezelfde aanspraken op bescherming toekomen als voorheen aan Presley als uitvoerend kunstenaar", welk uitgangspunt het hof heeft gebaseerd op de door de Pres. genoemde overeenkomst waarbij, naar diens uitleg, „mede is overgedragen de aanspraak op bescherming die Presley als uitvoerend kunstenaar kon doen gelden".

Het hof heeft evenwel de vorderingen van BMG c.s. niet toewijsbaar geoordeeld op grond van - kort gezegd - het ontbreken van bijzondere omstandigheden die de wijze waarop Boogaard c.s. ten koste van BMG c.s. van de prestaties van Elvis Presley profiteert onrechtmatig zouden doen zijn.

Tegen dit laatste oordeel richt zich het middel in het principaal beroep met 10 onderdelen.

3.3. Het hof heeft - wat er zij van de overige gronden van zijn beslissing - terecht en op juiste gronden geoordeeld dat aan de prestaties van Elvis Presley als uitvoerend kunstenaar in beginsel bescherming toekomt. Die bescherming die - evenals de bescherming krachtens het auteursrecht - ertoe strekt de kunstenaar de mogelijkheid te geven tot exploitatie van zijn prestaties, houdt o.m. in dat deze zich ertegen kan verzetten dat van zijn prestaties zonder zijn toestemming (geluids)opnamen worden gemaakt. Aldus wordt het hem immers mogelijk voor zijn toestemming een vergoeding te bedingen en daaraan eventueel voorwaarden te verbinden. De in 1961 tot stand gekomen Conventie van Rome betreffende de bescherming van uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten en omroeporganisaties waartoe Nederland blijkens de brief van de ministers van Justitie en van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur van 3 maart 1986 (Bijl. Hand. II 1985-1986, 19435, nr. 1) en het wetsvoorstel voor een goedkeuringswet (Bijl. Hand. II 1986-1987, 20012, R 1330) thans voornemens is toe te treden, kent ook in art. 7 een zodanig recht van verzet (als minimum bescherming) aan de uitvoerende kunstenaar toe.

Het met deze bescherming beoogde doel brengt mee dat degeen die met toestemming van de uitvoerend kunstenaar geluidsopnamen van diens uitvoeringen maakt, zich zijnerzijds tegen overname van die geluidsopnamen op een geluidsdrager moet kunnen verzetten - ook nog gedurende enige tijd na het overlijden van de kunstenaar - omdat anders de mogelijkheid van die kunstenaar om voor zijn toestemming een redelijke vergoeding te bedingen op onaanvaardbare wijze wordt ondergraven.

Een en ander leidt, in afwachting van de in voormelde brief aangekondigde wetgeving, tot de conclusie dat de fonogrammenproducent die met toestemming van de uitvoerende kunstenaar (geluids)opnamen van diens uitvoeringen heeft gemaakt, een in rechte te respecteren en door art. 1401 BW beschermd belang heeft zich tegen gehele of gedeeltelijke overname van die opnamen op voor commerciële doeleinden vervaardigde geluidsdragers en tegen het verhandelen van zulke geluidsdragers te verzetten.

3.4. In 's hofs hiervoor in 3.2 weergegeven uitgangspunten ligt besloten dat BMG c.s. met van Elvis Presley verkregen toestemming geluidsopnamen van

zijn uitvoeringen hebben gemaakt welke zij verveelvoudigen en in de handel brengen. Voor de toepassing van het in 3.3 overwogene doet niet ter zake of die toestemming is verleend in het kader van een door vreemd recht beheerste overeenkomst noch hoe dat recht de aan die toestemming jegens derden verbonden gevolgen regelt.

In het licht van het in 3.3 overwogene vloeit uit die toestemming voort dat Boogaard c.s. jegens BMG c.s. onrechtmatig handelen wanneer zij die geluidsopnamen, zoals zij naar de vaststelling van het hof hebben gedaan (r.o. 4.5), op eigen geluidsdragers overnemen en de aldus overgenomen geluidsopnamen in de handel brengen.

3.5. Onderdeel 4 van het middel dat zich richt tegen het andersluidende oordeel van het hof is derhalve gegrond. Onderdeel 5 slaagt eveneens, omdat voor de hier bedoelde bescherming tegen overname niet relevant is of de zonder toestemming overgenomen geluidsopnamen in precies dezelfde uitvoering, bijv. wat betreft de volgorde of combinatie, worden overgenomen en in de handel gebracht.

De onderdelen 2 en 3 die een ruimere bescherming dan alleen tegen overname van op geluidsdragers vastgelegde prestaties van uitvoerende kunstenaars bepleiten, falen omdat daarvoor geen steun is te vinden in het recht.

De onderdelen 6, 7, 8 en 10 behoeven geen behandeling meer.

3.6. Onderdeel 9 is ongegrond. Het hof heeft terecht geoordeeld dat BMG c.s. zich niet kan verzetten tegen het gebruik door Boogaard c.s. van portretten van Elvis Presley. Zodanig recht komt krachtens het bepaalde in art. 21 Auteurswet 1912 in Nederland enkel aan de geportretteerde of diens nabestaande toe. In het licht daarvan levert het gestelde gebruik van de portretten evenmin een onrechtmatige daad jegens BMG c.s. op.

4. Beoordeling van de middelen in het incidenteel beroep

De middelen in het incidenteel beroep stuiten alle af op hetgeen hiervoor in 3.3 en 3.4 naar aanleiding van het middel in het principaal beroep is overwogen, wat er ook zij van hetgeen het hof van de daar aan de orde gestelde punten heeft geoordeeld. Opmerking verdient met name dat het blijkt het in 3.3 en 3.4 overwogene, niet aankomt op de vraag of Elvis Presley aan BMG c.s. rechten heeft „overgedragen”, maar op die of BMG c.s. met toestemming van Elvis Presley geluidsopnamen van diens uitvoeringen hebben gemaakt.

5. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt in het principaal beroep het arrest van het Hof te Amsterdam van 3 dec. 1987;

verwijst de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar het Hof te 's-Gravenhage;

verwerpt het incidenteel beroep;

veroordeelt Boogaard c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot aan deze uitspraak aan de zijde van BMG c.s. begroot op f 582,85 aan verschotten en f 3000 voor salaris.

Conclusie Advocaat-Generaal Franx:

1. Inzet van dit k.g. is de vraag naar de rechtmatigheid van het kopiëren en verhandelen van muziekcassettes, langspeelplaten en compact discs, samen te vatten als: geluidsdragers (fonogrammen), met liedjes van de in 1977 overleden ster Elvis Presley. Hebben uitvoerende kunstenaars en rechtsopvolgers recht op bescherming van hun op geluidsdragers vastgelegde uitvoeringen?

2. Het verloop van de procedure

Thans eiseressen tot cassatie (BMG c.s.) hebben in eerste aanleg de wederpp. (Boogaard c.s. (de cassatiedagvaarding spelt: „Bogaard”)) gedagvaard voor de Pres. Rb. te Utrecht en, kort gezegd, na vermeerdering van hun eis een verbod gevorderd van vervaardiging en verspreiding van de ten processe bedoelde muziekcassettes, langspeelplaten en compact discs, met nevenvorderingen. In reconventie eisten Boogaard c.s. teruggave van bankgarantie en opheffing van gelegd beslag, enz.

Bij vonnis van 13 aug. 1987 heeft de Pres. de vorderingen in conventie (voor het merendeel) toegewezen en de in reconventie gevraagde voorzieningen geweigerd. Op het door Boogaard c.s. ingestelde hoger beroep heeft het Hof te Amsterdam bij arrest d.d. 3 dec. 1987 het bestreden vonnis vernietigd, in conventie de gevraagde voorzieningen geweigerd en de primaire reconventionele vorderingen (behalve voor wat de hoogte van de gevorderde dwangsom betreft) toegewezen.

BMG c.s. hebben cassatieberoep ingesteld. Zij voeren tegen het arrest van het hof een middel aan, uiteenvallend in de onderdelen 1 tot en met 10 waarbij de onderdelen 3 en 9 ieder bestaan uit subonderdelen a en b.

Boogaard c.s. gingen incidenteel in cassatie. Zij komen met de middelen I (1-4), II (1-6), III (1-4) en IV (1).

3. De vaststaande feiten

De Pres. heeft in zijn vonnis onder 2.1 een aantal feiten als vaststaand aangenomen. Ten delen zijn die feiten zowel in hoger beroep als in cassatie in discussie. In elk geval kan in cassatie van het volgende worden uitgegaan:

„Boogaard c.s. hebben geluidsdragers gefabriceerd en deze in de Benelux verhandeld. Op deze geluidsdragers staan opnamen van uitvoeringen van Elvis Presley, waarvoor BMG c.s. exclusieve rechten claimen.

a. het handelen van Boogaard c.s. wordt daardoor gekenmerkt dat hun opbrengst van de verkoop van de litigieuze cassettes wordt verkregen doordat zij de bedoelde prestaties eenvoudig hebben overgenomen;

b. BMG c.s. en Presley (en zijn rechtsopvolgers) zijn voor de exploitatie van deze prestaties (de bedoelde geluidsopnamen van de uitvoeringen van Presley) in de eerste plaats aangewezen op het verhandelen en aan het publiek te koop aanbieden van deze prestaties in de vorm van reproducties op geluidsdragers;

c. Boogaard c.s. onthouden BMG c.s. en via hen de rechtsopvolgers van Presley vergoeding voor deze prestatie;

d. Boogaard c.s. dringen het afzetgebied van BMG c.s. binnen en zij doorkruisen het legitieme exploitatiegebied van BMG c.s.;"

Zie het vonnis van de Pres., r.o. 2.1 sub d, en het arrest van het hof, r.o. 4.3 sub a-d. Aangetekend zij dat in cassatie in geschil is of Presley te dezen „rechtsoptvolgers" heeft; de middelen in het incidentele beroep gaan daarop in.

4. Is het ongeautoriseerde kopiëren (reproducereen) en verhandelen van geluidsdragers onrechtmatig?

Onder „ongeauteuriseerd" versta ik dan dat zonder toestemming van de fonogrammenproducenten (of hun rechtsoptvolgers) is gehandeld.

Het hier onderzochte verschijnsel wordt vaak aangeduid als „piraterij". Ik zal die term niet gebruiken, omdat de pejoratieve klank daarvan vooruitloopt op de rechtmatigheidsbeoordeling.

Terzijde merk ik op dat de wetgever de term „piraterij" heeft gecanoniseerd in het op 8 nov. 1988 door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel nr. 19 921 tot „Wijziging van de Auteurswet 1912 in verband met de bestrijding van piraterij van auteursrechtelijk beschermde werken."

5. Het bestreden arrest

5.1. 's Hofs arrest is, wat de kern ervan betreft, als volgt opgebouwd.

5.1.1. Het hof gaat er van uit dat BMG c.s. op grond van rechtsoptvolging dezelfde aanspraken op bescherming toekomen als voorheen aan Presley als uitvoerend kunstenaar: r.o. 4.2 eerste zin. Blijkens hetgeen onder 4.3 ad f wordt overwogen geldt dat uitgangspunt niet voor de portretten van Presley; alleen hijzelf, tijdens zijn leven, en zijn nabestaanden konden of kunnen aan de Nederlandse Auteurswet 1912 te dien aanzien rechten ontlennen. Op deze grond acht het hof het gebruik van foto's van Presley door Boogaard c.s. niet onrechtmatig jegens BMG c.s.

5.1.2. Voorts is het hof, met de Pres., van oordeel dat de prestaties van Presley als uitvoerend kunstenaar van dien aard zijn dat zij op een lijn gesteld kunnen worden met die welke toekenning van auteursrecht rechtvaardigen, en dat daaraan in beginsel bescherming kan worden verleend via het recht van de ongeoorloofde mededinging (r.o. 4.2 tweede zin).

5.1.3. Vervolgens geeft het hof, in r.o. 4.3, een opsomming van „bijzondere omstandigheden" (a t/m f) die BMG c.s. hebben gesteld ten betoge dat de wijze waarop Boogaard c.s. ten koste van BMG c.s. van vorenbedoelde prestaties profiteren, onrechtmatig is. Het hof bespreekt in r.o. 4.4, die omstandigheden en schakelt achtereenvolgens de onder e, f, b t/m d gestelde als onrechtmatigheidsfactoren uit; die onder e wegens feitelijke onjuistheid, die onder f op de sub 5.1.1 vorenvermelde grond en die onder b-d als irrelevant (afgezien van de door Boogaard c.s. in d ingebouwde kwalificatie „op ongeoorloofde wijze"). Tenslotte gaat het hof in op omstandigheid a, het kopiëren en tegen lagere prijzen verhandelen van de kopieën. Dat is de „overblijvende" omstandigheid die het hof in r.o. 4.5 onvoldoende oordeelt als basis voor een onrechtmatigheidsoordeel.

5.2. Heeft het hof, met zijn onder 5.1.1 en 5.1.2 omschreven uitgangspunten, uitsluitend een oordeel gegeven over de rechten van Elvis Presley als uitvoerend kunstenaar (en zijn rechtsoptvolgers) of ook over de afzonderlijk daarvan te beschouwen rechten van de fonogrammenproducenten (en hun eventuele rechtsoptvolgers)?

De Pres. had in zijn vonnis, sub I, gewezen op het aspect van samenwerking tussen auteursrechthebbers (tekst en muziek) en uitvoerende kunstenaars (vocaal en instrumentaal) enerzijds en „producer, dirigent, regisseur, technici en anderen" anderzijds: r.o. I.1-I.4. Onder I.5 concentreert de Pres. zich op de bijdrage van de uitvoerende kunstenaars in de totstandkoming van fonogrammen. Daarvan zegt de Pres. (I.6) dat hun prestaties zoveel lijken op auteursrechtelijk beschermde prestaties dat er aanleiding kan zijn voor bescherming ex art. 1401 BW. Hier (sub I.5 en I.6) en in het vervolg (sub II e.v.) wordt in het geheel niet meer gerept van de bijdragen die de fonogrammenproducenten, naast de uitvoerende kunstenaars, leveren aan de totstandkoming van de geluidsdragers. Het onrechtmatigheidsoordeel van de president berust uitsluitend op een beoordeling van de positie van BMG c.s. als rechtsoptvolgers van Elvis Presley, de uitvoerende kunstenaar. Of de fonogrammenproducenten als zodanig recht op bescherming hebben, blijft in het vonnis van de Pres. buiten beschouwing.

Leest men het arrest van het hof, dan rijst de vraag of het hof in hetzelfde beperkte kader blijft als de Pres. r.o. 4.2 geeft steun aan een bevestigende beantwoording: het hof maakt alleen melding van de prestaties van Presley. Maar de „omstandigheden" a-e, vooral die sub b („... deze prestaties (de bedoelde geluidsopnamen ...)") (in r.o. 4.3) en de behandeling daarvan door het hof, duiden erop dat het hof de bijdrage van de producent mede in de beoordeling betreft. Wat echter opvalt is dat het hof van de prestatie van de producent niet zegt dat die op een lijn gesteld kan worden, enz. (zie 4.2). De rol van de prestatie van de producent blijft beperkt tot die van „omstandigheid" die door BMG c.s. is gesteld en door het hof is beoordeeld als factor die van belang kan zijn voor de beantwoording van de vraag of de wijze waarop Boogaard c.s. profiteren van de prestaties van Presley, onrechtmatig is jegens BMG c.s. als rechtsoptvolger van Presley. Mijn slotsom is dat het hof evenals de Pres. het „een-lijns-oordeel" van r.o. 4.2 slechts geeft over de prestaties van Elvis Presley als uitvoerend kunstenaar en in de beantwoording van de desbetreffende onrechtmatigheidsvraag de prestaties van de producent slechts als „omstandigheid" betreft. De rechten van de producent als zodanig blijven in 's hofs arrest onbesproken.

5.3. Het hof laat zich er niet over uit onder welke „omstandigheden" de wijze waarop Boogaard c.s. van de prestaties van Elvis Presley profiteren, wel onrechtmatig zou zijn. Dat hoefde het hof in zijn gedachtengang ook niet te doen. Volstaan kon worden met beoordeling van de stellingen van pp.

6.1. De prestaties van uitvoerende kunstenaars genieten hier te lande (nog) geen bijzondere wettelijke bescher-

ming en vallen bijvoorbeeld niet onder de Auteurswet 1912. De MvA aan de Tweede Kamer op art. 10 Auteurswet 1912 houdt o.m. in:

„Handelingen zelve komen als zoodanig niet voor auteursrecht in aanmerking; op het acteren, het voordragen, het zingen, het bespelen van muziekinstrumenten, kan geen auteursrecht bestaan.”

Vgl.: conclusie OM voor HR 19 jan. 1979, NJ 1979, 383, p. 1227 links; Gerbrandy, „Kort commentaar op de Auteurswet 1912” (1988), p. 116; Drucker-Bodenhausen-Wichers Hoeth, „Kort begrip van het recht betreffende de intellectuele eigendom” (1984), p. 150-151; Martens in de losbladige „Onrechtmatige daad” VI nr. 27 c. Anders: J.H. Spoor, die in RM Themis 1973, p. 324 e.v. tegen „de heersende leer” (p. 346) in verdedigt dat de (huidige tekst van de) Auteurswet 1912 de uitvoerende kunstenaar wel beschermt. In dezelfde zin: Th.C.J.A. van Engelen in Auteursrecht/AMR, september 1985, p. 83 e.v., met name p. 85 links, over uitvoeringen met een eigen of persoonlijk karakter.

6.2. De vraag is vervolgens of naar thans geldend Nederlands recht aan uitvoerende kunstenaars een „naburig recht”, een „droit voisin” (een aan het auteursrecht grenzend recht) toekomt dat hun prestaties beschermt.

6.3. Het komt mij voor dat deze vraag ontkennend behoort te worden beantwoord. Afgezien van de toepasselijkheid van art. 1401 BW (waarover hierna, sub 6.5) kan alleen de wetgever een „droit voisin” toekennen en dat is in Nederland niet gebeurd, zulks in tegenstelling tot bijv. Frankrijk (Loi no 85-660 du 3 juillet 1985, D. Legisl 1985, p. 357 e.v.) en de Duitse Bondsrepubliek (par. 73 e.v. Urheberrechtsgesetz; zie Fromm/Nordemann, 1988, p. 329 e.v.). Vgl.: C.H. Beekhuis in RM Themis 1972 p. 30 e.v.; J.H. Spoor t.a.p.; Verkade en Spoor, „Auteursrecht” (1985), p. 393 e.v.

6.4. Wel is thans in Nederland de goedkeuring in voorbereiding van het op 26 oktober 1961 te Rome tot stand gekomen Internationale Verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties (Trb. 1986, 182) (wetsvoorstel 20 012 (R 1330)) en van de op 29 okt. 1971 te Geneve tot stand gekomen Overeenkomst ter bescherming van producenten van fonogrammen tegen het ongeoorloofd kopiëren van hun fonogrammen (Trb. 1986, 183) (wetsvoorstel 20 029 (R 1331)). Op deze wetsvoorstellen zal ik straks terugkomen.

6.5. Blijft over de vraag of in het onderhavige geval de prestaties van Elvis Presley door het ongeschreven recht inzake de ongeoorloofde mededinging (art. 1401 BW) tegen de aan Boogaard c.s. verweten gedragingen (kopieren en verhandelen) worden beschermd.

7. Profiteren van andermans prestaties onrechtmatig?

7.1. Het profiteren door Boogaard c.s. heeft in dit geval de vorm van „nabootsen” of „(slaafs) navolgen” (gevolgd door verhandelen) aangenomen, niet die van „aanhaken” of „aanleunen”. Zij hebben slechts gekopieerd (gereproduceerd) en zelf geen andere wezenlijke

bijdrage in de totstandkoming van de door hen in de handel gebrachte geluidsdragers geleverd. Dit heeft het hof - in het voetspoor van de Pres. - tot uitdrukking gebracht in r.o. 4.5 waar de door Boogaard c.s. gestelde en in r.o. 4.3 onder a omschreven „omstandigheid” wordt beoordeeld.

7.2. In drie recente arresten heeft uw Raad zich uitgelaten over ongeoorloofde mededinging: 27 juni 1986, NJ 1987, 191 (m.nt. vNH), BIE 1986 p. 263 (Van Engelen); 23 okt. 1987, NJ 1988, 310, en 20 nov. 1987, NJ 1988, 311 (m.nt. LWH). Ik verwijs tevens naar de conclusies OM en de annotaties bij die arresten, met veel gegevens.

7.3. Nabootsing van het produkt van een concurrent is op zichzelf (zonder meer) niet onrechtmatig, tenzij een beroep kan worden gedaan op een absoluut intellectueel eigendomsrecht (welke uitzondering zich hier niet voordoet, zie het vorenstaande, onder 6). Alleen onder bijkomende omstandigheden kan die nabootsing onrechtmatig zijn. Met de meeste schrijvers ben ik van mening dat het onnodig stichten van verwarring niet een voor onrechtmatigheid noodzakelijke bijkomende omstandigheid is. Zie Martens in de losbladige „Onrechtmatige daad” VI nr. 122, en HR 12 nov. 1965, NJ 1966, 59, waarin de HR dit uitdrukkelijk in het midden laat (anders dan Mr. Minkenhof die in haar conclusie voor het arrest partij kiest tegen de noodzakelijkheidseis).

7.4. In de voornoemde arresten van 23 okt. en 20 nov. 1987 verwees de HR telkens naar „het uitgangspunt” resp. „de algemene grond”, aangegeven in r.o. 4.2 van HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191. In laatstgenoemd arrest ging het niet om een geval van nabootsing, maar van aanhaken of aanleunen. De HR stelde, in r.o. 4.2, voorop dat het verhandelen van het produkt niet onrechtmatig is (geoordeeld door het hof) uit hoofde van de wijze waarop dat produkt was geconstrueerd. In de onderhavige zaak is de produktiewijze - het kopiëren (reproducieren) juist wel essentieel voor de (eventuele) onrechtmatigheid van het verhandelen. Ik citeer nu uit meergenoemde r.o. 4.2:

„Beslissend is hier derhalve of afweging van de betrokken maatschappelijke belangen het oordeel wettigt dat de door het hof blijktens zijn r.o. 9 in aanmerking genomen bijzondere omstandigheden van het gegeven geval bedoeld profiteren niettemin onrechtmatig maken.

Daardoor (lees: Daarbij; F.) past in zoverre terughoudendheid dat de rechter door deze vraag bevestigend te beantwoorden en, gelijk het hof heeft gedaan, op grond daarvan het verhandelen van de radio-ontvangers van Holland Nautic te verbieden, aan Decca een bescherming biedt die niet wezenlijk verschilt van die waarvan zij zou hebben geprofiteerd indien zij zich ter bescherming van het DNS op octrooirechten zou hebben kunnen beroepen of zich anderszins zou hebben kunnen baseren op schending van een absoluut recht van intellectuele eigendom. Ontbreekt een dergelijk absoluut recht dan is bij een stand van zaken als zich hier voordoet voor een vergelijkbare bescherming via het recht van de ongeoorloofde mededinging in beginsel ten

minste vereist dat wordt geprofitteerd van een prestatie van dien aard dat zij op een lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigen."

7.5. Aan de te betrachten terughoudendheid wordt herinnerd in r.o. 3.3 van HR 20 nov. 1987, NJ 1988, 311 voornoemd. Nu dit arrest een geval betrof dat dichter bij nabootsen dan bij aanhaken ligt, meen ik dat het boven geciteerde „een lijns"-criterium ook voor nabootsing geldt. Daar moet meteen bij gezegd worden dat „in beginsel tenminste" aan dat criterium moet zijn voldaan; in beginsel is dat een noodzakelijke, niet een voldoende voorwaarde.

7.6. Dat in de onderhavige zaak sprake is van een prestatie van Presley die op een lijn gesteld kan worden met een auteursrechtelijk beschermd werk, enz., is door het hof in r.o. 4.2 beslist (zie het vorenstaande, onder 5.1.2). Die beslissing is, naar het mij voorkomt, juist; zij is in cassatie niet bestreden. De veronderstelling ligt voor de hand dat het hof zich heeft willen conformeren aan het voren geciteerde arrest van 27 juni 1986.

7.7. Er is een verschil tussen nabootsen en aanhaken in die zin dat nabootsen veel minder dan aanhaken eigen inbreng van de nabootser/aanhaker impliceert. De vraag rijst of voor onrechtmatigheid van aanhaken, waarbij sprake is van „voortbouwen" op andermans prestaties, niet meer althans sterkere bijkomende omstandigheden vereist zijn dan voor nabootsen (kopieren, reproduceren); anders gezegd: of nabootsen niet eerder onrechtmatig zal zijn dan aanhaken. In het onderhavige geval bestaat de bijdrage van Boogaard c.s. slechts uit het gebruiken van blanco geluidsdragers en het toepassen van moderne, geperfectioneerde reproductietechnieken. Praktisch iedereen is daartoe met een minimum aan technische en artistieke deskundigheid (het is slechts een kwestie van goed materiaal en goede apparatuur) en, niet te vergeten, met geringe investeringen, in staat. Hier ligt een belangrijk verschil met de fameuze Hyster Karry Krane-zaak (HR 26 juni 1953, NJ 1954, 90 (m.nt. PhANH), BIE 1953 p. 113 (nr. 55), AA III p. 10 (m.nt. HB)). Rijdende kranen zijn niet zomaar na te maken, geluidsdragers daarentegen wel. De bijdrage van Boogaard c.s. is niet als wezenlijk te beschouwen. Moet men nu niet aanvaarden dat voor onrechtmatigheid van de hun verweten gedragingen minder (sterke) bijkomende omstandigheden zijn vereist dan wanneer zij een grotere eigen bijdrage zouden hebben geleverd? Ik kom hierop terug.

7.8. De „klassieke" bijkomende omstandigheid: het stichten van onnodig verwarringsgevaar, doet zich te dezen blijkbaar niet voor, zie r.o. 4.4 ad f slot.

Afgezien van 's hofs arrest laat zich verdedigen dat verwarringsgevaar zeker zal bestaan voor degene die naar een perfecte kopie luistert zonder op de hoogte te zijn van de herkomst. Maar de vraag rijst of zich in deze zaak wel het criterium laat toepassen van HR 1953 (overgenomen in : HR 8 jan. 1960, NJ 1960, 415 (m.nt. HB)), nl. dat

„men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen op bepaalde punten evengoed een an-

dere weg had kunnen inslaan en men door dit na te laten verwarring sticht",

samengevat: de „onnodigheid" van de verwarring.

We stuiten hier op het verschil tussen „industriële produkt", of beter: een industrieel produktiemiddel, als de rijdende kraan van het arrest-1953, en een geluidsdrager als een weliswaar door de industrie geproduceerd maar voor het amusement en/of het artistieke genoegen van de consument bestemd produkt. De „deugdelijkheid" en „bruikbaarheid" daarvan laten zich afmeten aan de artistieke en amusementswaarde. De rationele opvattingen van het consumerende publiek zijn hier richtsnoer (vgl. HR 12 juni 1970, NJ 1970, 434 (m.nt. HB), BIE 1970, p. 306; Verkade, „Ongeoorloofde mededinging" (1986), p. 77). Er zullen nu consumenten zijn die van een kopie van een Elvis Presley-geluidsdrager eisen dat die exact gelijk is aan het origineel. Voor hen is de gestichte verwarring niet „onnodig", zij verlangen niet anders dan in „verwarring" gebracht te worden. Andere consumenten daarentegen zullen aan een goede, zij het als zodanig herkenbare, bewerking van het origineel, bijv. met een enigszins gewijzigde instrumentale begeleiding van de zanger, evenveel - misschien zelfs: meer - genoegen beleven. Voor deze categorie is de verwarring wel „onnodig". De zaak wordt nog ingewikkelder wanneer men zich realiseert dat de moderne geluidstechniek in staat is oude opnamen in verbeterde vorm te reproduceren. Het nabootsen kan soms leiden tot verhoging van „deugdelijkheid en bruikbaarheid".

Ter vermijding van misverstand voeg ik hier aan toe dat van de hier aangeduide aspecten in deze zaak niets is vastgesteld.

7.9. Het „binnendringen in het afzetgebied" van de concurrent (factor d in r.o. 4.3 van het bestreden arrest) is geen zelfstandige onrechtmatigheidsfactor (zie Van Nieuwenhoven Helbach in zijn noot sub 7, NJ 1987, p. 679, onder HR 27 juni 1986). Deze factor is eigenlijk niets anders dan een vertaling van het begrip „concurrentie".

7.10. Maatschappelijke belangen

Blijkens het vorenstaande citaat uit r.o. 4.2 van HR 27 juni 1986 hangt het onrechtmatigheidsoordeel af van een „afweging van de betrokken maatschappelijke belangen".

Dat in de onderhavige zaak grote economische belangen op het spel staan, behoeft weinig betoog. Jhr. Mr. Huydecoper heeft dat in zijn schriftelijke toelichting d.d. 3 juni 1988 uitvoerig en m.i. overtuigend uit de doeken gedaan. De reguliere geluidsdragersindustrie en daarmee ook de economische positie van de uitvoerende kunstenaars worden in hun mogelijkheden tot exploitatie van hun prestaties ernstig bedreigd indien kopieren zoals in deze zaak aan de orde is, in rechte niet kan worden tegengegaan. Als marktbederf al te gemakkelijk wordt kan dat het instorten van de markt betekenen.

Zie voor een recent overzicht het „green paper" van de Commissie EEG d.d. 7 juni 1988.

Aan de andere kant is er het belang (beginsel) van vrijheid van handel en bedrijf, waarop uw Raad meermalen

(o.a. in het meergenoemd arrest van 27 juni 1986, r.o. 4.3) de nadruk heeft gelegd. Vooruitgang op maatschappelijk, wetenschappelijk, technisch, artistiek enz. gebied is niet goed denkbaar zonder profiteren van andermans prestaties. Staan wij, voor zover wij verder kijken dan onze voorgangers, niet allemaal op hun schouders? Bouwen wij niet „doorlopend" (HR 23 juni 1961, NJ 1961, 423) voort op het door anderen tot stand gebrachte?

Is een afweging van boven aangeduide belangen mogelijk met HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191, als richtsnoer? 7.11. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191. „Afweging van de betrokken maatschappelijke belangen."

7.11.1. Zie reeds het bovenstaande, onder 7.2, 7.4, 7.9 en 7.10.

Zoals reeds gezegd was de casus van HR-1986 er niet een van nabootsen, maar van aanhaken. Bovendien heeft het nabootsen in de onderhavige zaak een extreme toepassing gevonden: er is gekopieerd, gereproduceerd, met een eigen inbreng die te verwaarlozen is. Er is niet „voortgebouwd" maar moeiteloos mechanisch nageemaakt.

7.11.2. Naar mijn mening is hier, bij „afweging van de betrokken maatschappelijke belangen" (HR 27 juni 1986), naar thans reeds geldend recht sprake van onrechtmatigheid. De „bijkomende omstandigheden" of, zoals Van Nieuwenhoven Helbach het in zijn NJ-annotatie (1987, p. 676) uitdrukt: de „bijmengsels", zijn in voldoende mate aanwezig voor het onrechtmatigheidsoordeel. Het zijn de hier reeds opgesomde factoren:

a. nabootsing in de variant van reproducieren-sec,
b. moeiteloos, dat wil zeggen zonder dat deskundigheid en investeringen van meer dan zeer geringe omvang zijn vereist.

Zij impliceren een derde factor:

c. prijs- en marktbederf doordat de nabootser ver onder de prijs van de ander kan blijven en aldus diens exploitatiemogelijkheden kan aantasten (zie sub 7.10).

Daarnaast wordt:

d. onnodig verwarring gesticht bij die categorie consumenten voor wie slechts de bijdrage van Elvis Presley essentieel is (zie sub 7.8), terwijl bovendien:

e. uit de onder a genoemde factor voortvloeit dat ook de technisch-artistieke bijdrage van de producent moeiteloos is gereproduceerd (zie sub 5.2).

7.11.3. Het belang van Boogaard c.s. is uitsluitend gelegen in hun mogelijkheden tot het behalen van winst, niet in het op enige wijze „voortbouwen" op de prestaties van anderen en aldus in het beloofd zien van eigen creativiteit of inspanning. Aan enige vorm van artistieke of technische vooruitgang leveren zij geen bijdrage. Het maatschappelijke belang van vrijheid van handel en bedrijf, waarop Boogaards c.s. zich beroepen, weegt in deze zaak m.i. niet zwaar. Het publiek als consumentencollectief is op den duur niet gebaat bij het instorten van de geluidsdragersmarkt, waarbij niet alleen uitvoeringen van Elvis Presley in hun exploitatiemogelijkheden worden bedreigd. De monopoliewerking van het verlenen van rechtsbescherming in deze zaak aan BMG c.s. is, zoals Jhr. Mr. Huydeco-

per in zijn schriftelijke toelichting d.d. 3 juni 1988, p. 27-32 heeft betoogd, beperkt en minder vergaand dan in de casus van HR 27 juni 1986. Tenslotte: ook maatschappelijk gezien is het uitsluitend op het maken van winst gerichte optreden van Boogaard c.s. niet zeer beschermenswaardig.

7.11.4. Naar mijn mening laten zowel HR 26 juni 1953 als HR 27 juni 1986 ruimte voor de hier verdedigde opvatting (aldus ook: Verkade in „Ongeoorloofde mededinging" (1986), p. 90 en 142-143; Cohen Jehoram in AA 1988, p. 261; Th.C.J.A. van Engelen in BIE 1986 p. 265 en BIE 1987 p. 251 en 252), die reeds ligt besloten in Hof Arnhem 18 jan. 1972, NJ 1972, 297 (m.nt. LWH), BIE 1972 nr. 51, p. 132. Zie ook de rechtspraak vermeld door Drucker-Bodenhausen-Wichers Hoeth, a.w., in noot 23 op p. 151, en door Du Perron in „Auteursrecht" (m.nt. AMR) 1979, p. 3 e.v.

7.11.5. Het tijdsduur-aspect, dat in HR 27 juni 1986 een rol speelde in het licht van art. 47 Rijksoctrooiwet, is in de onderhavige zaak niet afwezig maar kan, naar mijn mening, niet tot een andere beslissing leiden, ook niet op grond van de Verdragen van Rome en Geneve, die een minimale beschermingsduur van 20 jaar (art. 14-Rome, art. 4-Geneve) kennen. Opgemerkt zij dat de Auteurswet 1912 - zoals de Pres. in deze zaak met juistheid aanduidde - een beschermingstermijn van 50 jaar na het overlijden van de auteur kent (art. 37 lid 1).

8. Het toekomstige recht

8.1. Zoals aangegeven onder 6.4 is de Nederlandse wetgever thans doende aan uitvoerende kunstenaars en fonogrammenmakers een wettelijke bescherming te verlenen: wetsvoorstellen 20 012 (R 1330) en 20 029 (R 1331). In elk van beide voorstellen is het eindverdrag door de Tweede Kamer op 21 april 1988 vastgesteld.

De door uw Raad in deze zaak te geven beslissingen kan beleidsaspecten hebben. Indien mijn opvatting zou worden gevolgd, is het optreden van Boogaard c.s. onrechtmatig los van legislatieve voornemens (in verband met de verdragen van Rome en Geneve). Het kan echter ook zijn dat de HR de wetsvoorstellen wel in de beoordeling betreft. In dat geval is er de volgende, ten dele op beleidsoverwegingen berustende optie:

8.2. a. Het wordt niet opportuun geoordeeld de formele wetgever, die nu in actie is gekomen en al een heel eind op weg is, een slag voor te zijn. De uitvoerende kunstenaar - om wiens rechtspositie het in de onderhavige zaak gaat - wordt slechts door het Verdrag van Rome beschermd. Die bescherming is echter niet rechtstreeks werkend en vereist implementatie door de nationale wetgever, die door art. 4 verplicht wordt aan uitvoerende kunstenaars „een nationale behandeling" (beantwoordend aan art. 7 lid 1), dat wil zeggen wettelijke bescherming, toe te kennen. Art. 4 sub a laat de Nederlandse wetgever - in gevallen waarin niet aan de voorwaarden sub b. en sub c. is voldaan - vrij het wederkerigheidsbeginsel toe te passen en uitvoeringen in niet-verdragsstaten niet te beschermen. De MvA 20 012 (p. 2) zegt dat de Verenigde Staten van Amerika geen partij zijn bij het verdrag en dat, voor zover bekend, toetreding thans ook niet wordt overwogen. Toetreding

door Nederland tot het Verdrag van Rome brengt dan ook nog niet mee dat BMG c.s. in Nederland bescherming zullen kunnen verkrijgen voor de in de U.S.A. plaatsgevonden hebbende en op een fonogram opgenomen „uitvoeringen". Dat zal afhangen van de Nederlandse uitvoeringswet („nadere behandeling"), die een royalere bescherming dan het verdrag kan maar niet hoeft te verlenen. Deze keuze dient door de wetgever te worden gemaakt en niet door de rechter. Weliswaar is er thans reeds een rechtsovertuiging inzake de onrechtmatigheid van de aan Boogaard c.s. in dit geding verweten gedragingen maar die rechtsovertuiging is niet zo sterk dat ondanks het vorenstaande een onrechtmatigheidsoordeel kan worden uitgesproken.

Deze gedachtengang leidt tot het ontzeggen van rechtsbescherming van BMG c.s.

8.3. b. Men kan de wetsvoorstellen nrs. 20 012 en 20 029 zien als uitkomst van een ontwikkeling van de rechtsopvattingen hier te lande die zo'n breed en sterk draagvlak in de maatschappij hebben dat die voorstellen reeds nu de richting van de jurisprudentie medebepalen. In deze visie is er een duidelijke parallel met 1919 toen de HR in de zaak van Lindenbaum tegen Cohen, eveneens betreffende ongeoorloofde mededinging, moest beslissen op een tijdstip dat er een reeds in een wetsontwerp neergelegde, sterke rechtsovertuiging bestond. De HR nam toen het (gewijzigde) wetsontwerp woordelijk over; een klassiek geval van anticiperende toepassing van een wet die nooit wet geworden is.

In de lijn hiervan ligt het onrechtmatig verklaren van de aan Boogaard c.s. verweten gedragingen mede op grond van de wetsvoorstellen 20 012 en 20 029. Het resultaat is gelijk aan dat van de door mij onder 7.11 verdedigde opvatting.

9. Een en ander zo zijnde is onderdeel 4 van het principale middel gegrond.

Ik loop nu kort langs het principale middel, waarvan onderdeel 1 geen klacht bevat.

10. Onderdeel 2 mist m.i. doel. Voor rechtsbescherming zijn bijkomende omstandigheden vereist. Zie het onder 7 t/m 8 genoteerde.

De onderdelen 3a en 3b beklemtonen de „oorspronkelijkheid", het persoonlijk karakter en het formaat van Elvis Presley als „wereldster".

Het komt mij voor dat aan die factoren geen zelfstandige betekenis toekomt naast het „een lijns-"criterium van HR 27 juni 1986. Dat criterium houdt immers in een eis van „oorspronkelijkheid", enz., zoals verwerkt in het recht inzake de intellectuele eigendom.

Onderdeel 5 lijkt me eveneens gegrond. De volgorde of de specifieke combinatie van de verschillende nummers is m.i. niet relevant voor de rechtmatigheid.

De onderdelen 6 en 7 zijn, als ik het goed zie, gegrond en behoeven geen nadere bespreking.

11. Onderdeel 8 strekt ertoe ook rechtsbescherming aan fonogramproducenten als zodanig te verlenen.

Onder 5.2 in deze conclusie is dat punt aan de orde gesteld; ik moge daarnaar verwijzen. Over de eventuele rechten van fonogramproducenten q.q. hebben Pres. en hof geen uitspraak gedaan. In de kennelijke

opvatting van het hof beperkte het debat in hoger beroep zich tot de vraag naar de rechten van Elvis Presley als uitvoerend kunstenaar. Die lezing van de stellingen van pp. is feitelijk en niet onbegrijpelijk.

Hierop stuit het onderdeel af.

12.1. Subonderdeel 9a van het principale middel bestrijdt hetgeen het hof in r.o. 4.4 ad f overweegt ten aanzien van het gebruik dat Boogaard c.s. van portretten van Elvis Presley maken op de hoezen van de verspreide geluidsdragers. Subonderdeel 9b bouwt het betoog van subonderdeel 9a uit en wel aldus dat tevens wordt gewezen op de omstandigheid dat Elvis Presley een ster van wereldformaat was hetgeen meebrengt dat zijn portretten zich lenen voor commerciële exploitatie.

12.2. Het hof bespreekt het in r.o. 4.3 sub f bedoelde „ongeautoriseerde gebruik" van portretten van Presley uitsluitend als „bijkomende omstandigheid", door BMG c.s. aangevoerd ten betooge dat de wijze waarop Boogaard c.s. ten koste van BMG c.s. profiteren van de prestaties van Presley, onrechtmatig is. Dienaangaande brengt het hof, in r.o. 4.4 ad f, dan ook uitsluitend tot uitdrukking dat dat „ongeautoriseerde gebruik" niet zo'n - het profiteren onrechtmatig makende - bijkomende omstandigheid is. Het hof onderzoekt, anders dan de subonderdelen 9a en 9b veronderstellen, niet de rechtmatigheid (van het gebruik van Presley's portretten door Boogaard c.s.) op zichzelf beschouwd. De subonderdelen missen daarom feitelijke grondslag.

12.3. Bovendien hebben BMG c.s., indien een van de onderdelen 4 tot en met 7 - overeenkomstig het door mij daarover reeds opgemerkte - gegrond bevonden wordt, bij de subonderdelen 9a en 9b van het principale middel geen belang. Het door Boogaard c.s. verrichte kopiëren (reproducen) en verhandelen is immers reeds zonder het in die subonderdelen bedoelde gebruik van Presley's portret onrechtmatig. Hierbij zij opgemerkt dat BMG c.s. in eerste aanleg niet een verbod van dat gebruik hebben gevorderd, althans dat een zodanig verbod door de Pres. niet is gegeven.

12.4. Afgezien van een en ander acht ik hetgeen het hof in r.o. 4.4 ad f overweegt, juist en niet gebrekkig gemotiveerd.

12.5. Derhalve kunnen de subonderdelen 9a en 9b niet tot cassatie leiden.

13. Een en ander zo zijnde mist ook onderdeel 10 van het principale middel belang.

14. Het incidentele beroep

14.1. Middel I betreft de in r.o. 4.1 door het hof bedoelde overdracht voor Presley van zijn rechten op BMG c.s. Het middel bestrijdt de mogelijkheid van zodanige overdracht en van de uitoefening ervan ook na Presley's overlijden, en bevat daarmee verband houdende motiveringsklachten.

Naar mijn mening faalt het middel in al zijn klachten.

Het hof stelt vast dat naar, volgens het hof te dezen toepasselijke, „het Amerikaanse recht" („Amerikaanse wetgeving") exclusieve rechten bestonden op openbaarmaking enz. van geluidsopnamen die van Presley's uitvoeringen („optredens") zijn gemaakt. Tevens heeft het hof geoordeeld dat Presley die rechten, eveneens in overeenstemming met „het Amerikaanse recht", heeft

overgedragen en dat die rechten door BMG c.s. zijn verworven. Die overdracht hield, naar het hof kennelijk heeft geoordeeld, in de overdracht van het recht op bescherming tegen inbreuk door derden.

Anders dan middelonderdeel I (2) - het voorafgaande onderdeel I (1) bevat geen klacht - zie ik te dezen geen onduidelijkheid of ondoorzichtigheid in het bestreden arrest. De rechtsklacht van het onderdeel komt neer op een klacht over schending van „Amerikaans” recht, die in cassatie niet met vrucht kan worden voorgedragen.

De onderdelen I (3) en I (4) miskennen dat niet valt in te zien waarom een recht om op te komen tegen ongeoorloofde mededinging naar Nederlands recht niet ook nog na het overlijden van de overdragende partij zou kunnen worden uitgeoefend. Het gaat hier om een sequel van het exclusieve recht op exploitatie van eigen uitvoeringen - voor zover een zodanig „recht” naar geldend Nederlands recht bestaat - derhalve niet om een „hoogstpersoonlijk” recht maar om een vermogensrecht dat voor overdracht vatbaar is; zie art. 3040201 NBW en Van Zeben, „Parlementaire geschiedenis” van het NBW, Boek 3, p. 314-316.

De vraag zou misschien kunnen rijzen of het „recht” op ex art. 1401 BW op te komen tegen ongeoorloofde mededinging naar Nederlands recht wel vatbaar is voor overdracht, voor wat betreft nog niet begane ongeoorloofde mededinging, dus als toekomstig recht jegens thans nog niet bestaande debiteuren. Die vraag is echter in deze instantie niet relevant, omdat het hof - met juistheid en voldoende duidelijkheid - heeft aangenomen dat daarop „Amerikaans” recht van toepassing is, en voorts dat bedoelde overdracht volgens „Amerikaans” recht rechtsgeldig is geschied.

Opgemerkt zij dat in de klaarblijkelijke opvatting van het hof eveneens de vraag of de hier bedoelde rechten ook nog na de dood van Presley kunnen worden uitgeoefend, aan de hand van Amerikaans recht moet worden beantwoord.

14.2. Middel II faalt op dezelfde gronden als middel I. Dat is te verklaren uit het feit dat middel II zich richt tegen de eerste zin van r.o. 4.2, die in wezen niet meer is dan een samenvatting van r.o. 4.1.

14.3. Middel III betreft de toepassing en toepasselijkheid van Amerikaans recht.

Als ik het goed zie heeft de rechtsklacht van onderdeel (1) geen zelfstandige betekenis maar slechts een inleidend karakter.

Onderdeel (2) gooit ten onrechte twee verschillende dingen op een hoop. De overdracht van de rechten van Presley is door het hof met juistheid, als zich geheel afspelend binnen de Amerikaanse rechtssfeer, volledig onder de werking van het Amerikaanse recht gebracht. Dat betekent niet meer en niet minder dan dat de onderhavige, in Nederland door BMG c.s. tegen Boogaard c.s. ingestelde vorderingen door de Nederlandse rechter moeten worden beoordeeld alsof Presley zelf die vorderingen had ingesteld. Anders ligt het echter met de omvang van bedoelde rechten, ofte wel: de rechtsgevolgen die in Nederland aan de uitoefening daarvan hier te lande worden verbonden. Daarop is inderdaad Nederlands recht toepasselijk. Maar dat heeft het hof

geenszins miskend; het heeft immers de vorderingen van BMG c.s. getoetst aan art. 1401 BW. Voor zover het onderdeel niet feitelijke grondslag mist stuit het af op het vorenstaande.

De onderdelen (3) en (4) vinden in het voren aangetekende hun weerlegging.

14.4. Het slechts uit onderdeel (1) bestaande middel IV komt tevergeefs op tegen een reeds in eerste aanleg door de Pres. gegeven, in hoger beroep niet bestreden en mitsdien het hof bindend oordeel.

14.5. Derhalve kan het incidentele cassatieberoep in geen van zijn klachten slagen.

15. Gegrondbevinding van de onderdelen 4 tot en met 7 van het principale middel leidt tot de conclusie dat de HR het bestreden arrest van het Hof te Amsterdam d.d. 3 dec. 1987 zal vernietigen en de zaak zal verwijzen naar een ander hof. Het incidentele cassatieberoep dient m.i. te worden verworpen.