

Hoge Raad, 25 oktober 1996, Pink Floyd v Rigu Sound



FONOGRAMMENPRODUCENTENRECHT

Geen Europese uitputting (oud) artikel 6(2) WNR

- De in art. 6 lid 2 vervatte uitputtingsregel heeft algemeen te gelden, onverschillig waar ter wereld de reproductie in het verkeer is gebracht.

Een andere opvatting zou niet stroken met de tekst van deze bepaling, nu deze geen territorium noemt, waarbinnen, wil van uitputting sprake zijn, de reproductie voor de eerste maal in het verkeer moet zijn gebracht. Voorts biedt ook de geschiedenis van de totstandkoming van de bepaling geen aanknopingspunt voor de opvatting dat de wetgever beoogd heeft de uitputtingsregel te beperken tot het geval dat de reproductie in de Europese Gemeenschap in het verkeer is gebracht. Onaannemelijk is immers dat de wetgever bij de vaststelling van art. 6 lid 2 een regeling van de uitputting in de trant van art. 9 lid 2 van de Richtlijn voor ogen heeft gestaan, nu de voorgestelde WNR door de Tweede Kamer op 16 september 1992 is goedgekeurd, de Richtlijn eerst op 19 november 1992 tot stand is gekomen en het ontwerp van de Richtlijn tot in een laat stadium een bepaling van andere inhoud dan die van het huidige art. 9 lid 2 bevatte.

Geen richtlijnconform uitleg mogelijk

- gelet op het hiervoor in 3.3 overwogene, laten de ondubbelzinnige bewoordingen van art. 6 lid 2 niet een uitleg als in het onderdeel verdedigd toe. Een zodanige uitleg van deze bepaling strookt ook niet met het rechtszekerheidsbeginsel, dat zich verzet tegen een uitleg waarmee de in deze tak van handel werkzame ondernemers gelet op de wettekst geen rekening behoeven te houden.

Weliswaar dient de nationale rechter, ook indien voor hem een beroep wordt gedaan op een richtlijn, die — ofschoon de daarvoor gestelde termijn reeds is verstreken — nog niet in het nationale recht is geïmplementeerd, bij de toepassing van bepalingen van nationaal recht, onverschillig of zij van eerdere of latere datum dan de richtlijn zijn, deze zoveel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, maar, (...)

Geen horizontale werking richtlijn

- Dit betoog kan niet worden aanvaard, omdat in deze opvatting art. 9 lid 2 langs indirecte weg verplichtingen aan particulieren zou opleggen, hetgeen strijdt met het beginsel dat richtlijnen als zodanig niet tegen particulieren kunnen worden ingeroepen en het nationale recht slechts voor uitleg overeenkomstig de richtlijn in aanmerking komt met inachtneming van de hiervoor in 3.4 aangeduide grenzen die, zo dit betoog zou worden gevolgd, zouden worden overschreden

Onder b betoogt het onderdeel dat het bepaalde in art. 9 lid 2 van de Richtlijn meebrengt dat althans vanaf 1 juli 1994 het naar Nederlands geschreven of ongeschreven mededingingsrecht onrechtmatig is om fonogrammen, ten aanzien waarvan het uitsluitend recht als bedoeld in de WNR aan een ander toekomt, in Nederland in het verkeer te brengen met geen andere rechtvaardiging dan dat die fonogrammen met toestemming van de rechthebbende reeds in de Verenigde Staten van Amerika in het verkeer zijn gebracht.

Vindplaatsen: NJ 1997, 649, m.nt. Verkade

Hoge Raad, 25 oktober 1996

(Snijders, Korthals Altes, Heemskerk, Herrmann, Jansen)

(...)

1. De vennootschap naar Engels recht Pink Floyd Music Limited, te Londen, Verenigd Koninkrijk,
2. De vennootschap naar Engels recht EMI Records Limited UK, te Londen, Verenigd Koninkrijk,
3. EMI Music Holland B.V., te Heemstede, eiseressen tot cassatie, voorwaardelijk incidenteel verweersters, adv. Jhr. mr. J.L.R.A. Huydecoper,

tegen

1. Rigu Sound B.V., te Delft,

2. (...), handelende onder de naam Tape Discount, te Rotterdam, verweerders in cassatie, voorwaardelijk incidenteel eisers, adv. mr. R. Laret.

(...)

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseressen tot cassatie — verder te noemen: Pink Floyd c.s. — hebben bij exploiten van 14 en 21 oktober 1994 verweerders in cassatie — verder te noemen: Rigu Sound en [D] — in kort geding gedagvaard voor de President van de Rechtbank te 's-Gravenhage en — voor zover in cassatie nog van belang — gevorderd Rigu Sound en [D] te verbieden om ongeautoriseerde geluidsdragers te verhandelen en meer in het bijzonder om van Sony afkomstige reproducties van 'The Division Bell' te verhandelen, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van f 1000 per geluidsdrager waarmee dat verbod zal worden overtreden.

Rigu Sound en [D] hebben gemotiveerd verweer gevoerd.

Bij vonnis van 7 december 1994 heeft de President Rigu Sound en [D] een verbod opgelegd om reproducties van fonogrammen ten aanzien waarvan (één van) eiseressen over het exclusieve recht beschikken om deze in

Nederland in het verkeer te brengen en die niet met toestemming van (één van) hen of een derde, die daartoe gerechtigd is, in Nederland of elders in de EG in het verkeer zijn gebracht, in Nederland te importeren, te verkopen, ten verkoop in voorraad te hebben, ten verkoop aan te bieden dan wel dergelijke handelingen te laten verrichten, op verbeurte van een dwangsom van f 1000 per geluidsdrager waarmee het verbod zal worden overtreden.

Tegen dit vonnis hebben Rigu Sound en [D] hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage. Pink Floyd c.s. hebben voorwaardelijk incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 1 juni 1995 (IER 1995/5, 29, p. 169, m.nt. SdW; red.) heeft het Hof het bestreden vonnis, voor zover daarbij de vordering van Pink Floyd c.s. is toegewezen en de proceskosten zijn gecompenseerd, vernietigd en de vorderingen van Pink Floyd c.s. afgewezen. Voor het overige heeft het Hof het vonnis bekrachtigd.

(...)

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. Pink Floyd is producent van een fonogram waarop opnamen van uitvoeringen van de groep Pink Floyd onder de titel 'The Division Bell' zijn vastgelegd.

ii. EMI Records Ltd UK heeft van Pink Floyd een exclusieve licentie verkregen om fonogrammen van uitvoeringen van de Pink-Floyd groep — waaronder 'The Division Bell' — te exploiteren door deze fonogrammen te reproduceren en reproducties (compact discs) in het verkeer te brengen.

iii. EMI Music Holland heeft van EMI Records een exclusieve licentie verkregen om 'The Division Bell' in Nederland te verhandelen.

iv. Sony Music Entertainment Inc. heeft de exclusieve exploitatierechten met betrekking tot 'The Division Bell' voor de Verenigde Staten van Amerika verworven.

v. Rigu Sound is een importeur van en groothandelaar in geluidsdragers en heeft door Sony in de Verenigde Staten in het verkeer gebrachte reproducties van 'The Division Bell' in Nederland geïmporteerd en verder verhandeld.

vi. [D] is een detailhandelaar in geluidsdragers en heeft door Sony in de Verenigde Staten in het verkeer gebrachte reproducties van 'The Division Bell' in Nederland verkocht en ten verkoop aangeboden.

3.2.1 Pink Floyd c.s. hebben, samengevat en voor zover in cassatie van belang, in kort geding gevorderd Rigu Sound en [D] te verbieden om ongeautoriseerde geluidsdragers te verhandelen en meer in het bijzonder om van Sony afkomstige reproducties van 'The Division Bell' te verhandelen. Aan deze vordering hebben zij art. 6 lid 1 van de Wet op de naburige rechten (WNR) ten grondslag gelegd.

3.2.2 Rigu Sound heeft, stellende dat de door haar geïmporteerde en verhandelde reproducties van geluidsdragers met toestemming van Pink Floyd door Sony in de Verenigde Staten van Amerika in het ver-

keer zijn gebracht, tot haar verweer een beroep gedaan op de in lid 2 van art. 6 WNR neergelegde zogenoemde uitputtingsregel. Art. 6 WNR luidde, voor zover te dezen van belang, naar de tekst van vóór de op 29 december 1995 in werking getreden wetwijziging bij Wet van 21 december 1995, Stb. 653, als volgt:

'1. De producent van fonogrammen heeft het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor

(...)

b. het verkopen, afleveren of anderszins in het verkeer brengen van een door hem vervaardigd fonogram of een reproductie daarvan dan wel het voor die doeleinden invoeren, aanbieden of in voorraad hebben;

(...)

2. Is een reproductie van een fonogram door de houder van het uitsluitend recht, bedoeld in het eerste lid, of met zijn uitdrukkelijke toestemming in het verkeer gebracht, dan handelt de verkrijger van de reproductie niet in strijd met het uitsluitend recht door ten aanzien van die reproductie de in het eerste lid, onder b, genoemde handelingen te verrichten.'

3.2.3 Het geschil heeft zich toegespitst op de vraag of het tweede lid van art. 6, zoals Rigu Sound en [D] hebben betoogd, aldus moet worden uitgelegd dat voor de vraag of het uitsluitend recht is uitgeput, niet ter zake doet in welk ander land de reproductie door of met toestemming van de producent in het verkeer is gebracht, of dat, gelijk Pink Floyd c.s. hebben verdedigd, dat recht slechts dán wordt uitgeput, indien de reproductie in één van de landen van de Europese Gemeenschap door of met toestemming van de producent in het verkeer is gebracht. In dat verband hebben Pink Floyd c.s. (mede) een beroep gedaan op art. 9 van de Richtlijn betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van de intellectuele eigendom van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 19 november 1992 (92/100/EEG), Pb.L. 346/61, welke bepaling, voor zover in deze van belang, het volgende inhoudt:

'1. De Lid-Staten voorzien, ten behoeve van (...) — producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen, (...) in een uitsluitend recht, hierna 'distributierecht' te noemen, om deze zaken, met inbegrip van kopieën ervan, door verkoop of anderszins ter beschikking van het publiek te stellen.

2. Het distributierecht in de Gemeenschap op een in lid 1 bedoelde zaak wordt slechts uitgeput wanneer die zaak door de rechthebbende of met diens toestemming voor de eerste maal in de Gemeenschap wordt verkocht.'

Voorts zijn van belang art. 13 lid 2 van deze Richtlijn, volgens hetwelk de richtlijn alle vóór 1 juli 1994 verrichte exploitatiehandelingen onverlet laat, alsmede art. 15, dat bepaalt dat de Lid-Staten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking doen treden om vóór 1 juli 1994 aan de richtlijn te voldoen.

3.2.4

De President heeft geoordeeld dat de tekst van voormeld art. 9 lid 2 van de Richtlijn zo duidelijk is dat de Nederlandse rechter de WNR — vanaf 1 juli 1994 overeenkomstig die richtlijn bepaling — in de door Pink

Floyd c.s. verdedigde zijn zin dient uit te leggen. Op grond hiervan heeft hij Rigu Sound en [D] een verbod opgelegd om reproducties van fonogrammen ten aanzien waarvan (één van) eiseressen over het exclusieve recht beschikken om deze in Nederland in het verkeer te brengen en die niet met toestemming van (één van) hen of een derde, die daartoe gerechtigd is, in Nederland of elders in de EG in het verkeer zijn gebracht, in Nederland te importeren, te verkopen, ten verkoop in voorraad te hebben, ten verkoop aan te bieden dan wel dergelijke handelingen te laten verrichten.

3.2.5 Het Hof heeft het vonnis van de President echter vernietigd en heeft de vorderingen van Pink Floyd c.s. alsnog afgewezen.

De overwegingen van het Hof laten zich, samengevat en voor zover in cassatie van belang, als volgt weergeven. Het Hof heeft vooropgesteld dat op grond van art. 13 lid 2 van de Richtlijn onderscheid moet worden gemaakt tussen exploitatiehandelingen die vóór en die op of ná 1 juli 1994 zijn verricht, nu volgens deze bepaling de Richtlijn de vóór die datum verrichte handelingen onverlet laat.

Vervolgens heeft het Hof geoordeeld: dat, als het vóór 1 juli 1994 verrichte handelingen betreft, art. 6 lid 2 WNR niet conform art. 9 lid 2 van de Richtlijn moet worden uitgelegd, en dat het, nu art. 6 lid 2 geen territorium noemt, voor de uitputting van het uitsluitend recht van Pink Floyd irrelevant is, waar ter wereld het in het verkeer brengen van de reproducties van fonogrammen is geschied, waarbij het Hof mede in aanmerking heeft genomen dat uit de geschiedenis van de totstandkoming van art. 6 lid 2 niet blijkt dat de wetgever, hoewel hij geen territorium heeft genoemd, toch bedoeld heeft de uitputting te beperken tot het geval waarin de reproductie in de Gemeenschap in het verkeer is gebracht.

Vervolgens heeft het Hof onderzocht of anders moet worden geoordeeld, indien de exploitatiehandelingen op of ná 1 juli 1994 zijn verricht. Bij dit onderzoek is het Hof — veronderstellenderwijs — ervan uitgegaan dat art. 9 lid 2 van de Richtlijn de Lid-Staten ertoe verplichtte om — overeenkomstig art. 15 van de Richtlijn — uiterlijk op 1 juli 1994 communautaire uitputting in hun nationale wetgeving op te nemen, en dat Nederland op die datum art. 6 lid 2 WNR nog niet dienovereenkomstig had gewijzigd. Naar 's Hofs oordeel dient weliswaar de Nederlandse rechter art. 6 lid 2 met betrekking tot op of ná 1 juli 1994 verrichte exploitatiehandelingen zoveel mogelijk uit te leggen in overeenstemming met de bewoordingen en de doelstelling van art. 9 lid 2 van de Richtlijn, maar zou in dit geval een uitleg van art. 6 lid 2, die leidt tot communautaire uitputting in plaats van universele uitputting, een uitleg 'contra legem' zijn, waartoe de nationale rechter zonder verdragsverplichting niet bevoegd is. Op grond hiervan is het Hof tot de slotsom gekomen dat het uitsluitend recht van Pink Floyd, ook voor zover het door Rigu Sound en [D] op of ná 1 juli 1994 verrichte exploitatiehandelingen betreft, is uitgeput.

Het middel keert zich tegen voormelde oordelen en de daaraan ten grondslag gelegde overwegingen.

3.3 Onderdeel 2 van het middel — onderdeel 1 bevat geen klacht — richt zich tegen 's Hofs overwegingen met betrekking tot exploitatiehandelingen die vóór 1 juli 1994 door Rigu Sound en [D] zijn verricht. Het strekt ten betooge dat art. 6 lid 2 aldus moet worden uitgelegd dat een fonogrammenproducent het recht behoudt om zich te verzetten tegen het in het verkeer brengen en (verder) verhandelen van reproducties van fonogrammen, ten aanzien waarvan hem een uitsluitend recht toekomt, indien deze weliswaar met zijn toestemming voor het eerst in het verkeer zijn gebracht, maar in een derde land dat niet is een lidstaat van de Europese Gemeenschap.

Dit betoog kan niet als juist worden aanvaard.

De in art. 6 lid 2 vervatte uitputtingsregel heeft algemeen te gelden, onverschillig waar ter wereld de reproductie in het verkeer is gebracht. Een andere opvatting zou niet stroken met de tekst van deze bepaling, nu deze geen territorium noemt, waarbinnen, wil van uitputting sprake zijn, de reproductie voor de eerste maal in het verkeer moet zijn gebracht. Voorts biedt ook de geschiedenis van de totstandkoming van de bepaling geen aanknopingspunt voor de opvatting dat de wetgever beoogd heeft de uitputtingsregel te beperken tot het geval dat de reproductie in de Europese Gemeenschap in het verkeer is gebracht. Onaannemelijk is immers dat de wetgever bij de vaststelling van art. 6 lid 2 een regeling van de uitputting in de trant van art. 9 lid 2 van de Richtlijn voor ogen heeft gestaan, nu de voorgestelde WNR door de Tweede Kamer op 16 september 1992 is goedgekeurd, de Richtlijn eerst op 19 november 1992 tot stand is gekomen en het ontwerp van de Richtlijn tot in een laat stadium een bepaling van andere inhoud dan die van het huidige art. 9 lid 2 bevatte.

3.4 Onderdeel 3 van het middel bestrijdt 's Hofs oordeel met betrekking tot de op of ná 1 juli 1994 door Rigu Sound en [D] verrichte exploitatiehandelingen.

Onder a betoogt het onderdeel dat sedert 1 juli 1994, de datum waarop de Richtlijn in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd had behoren te zijn, art. 6 lid 2 aldus moet worden uitgelegd dat van uitputting van het uitsluitend recht slechts sprake is, indien de reproductie in de Gemeenschap in het verkeer is gebracht.

Dit betoog faalt. Weliswaar dient de nationale rechter, ook indien voor hem een beroep wordt gedaan op een richtlijn, die — ofschoon de daarvoor gestelde termijn reeds is verstreken — nog niet in het nationale recht is geïmplementeerd, bij de toepassing van bepalingen van nationaal recht, onverschillig of zij van eerdere of latere datum dan de richtlijn zijn, deze zoveel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, maar, gelet op het hiervoor in 3.3 overwogene, laten de ondubbelzinnige bewoordingen van art. 6 lid 2 niet een uitleg als in het onderdeel verdedigd toe. Een zodanige uitleg van deze bepaling strookt ook niet met het rechtszekerheidsbeginsel, dat zich verzet tegen een uitleg waarmee de in deze tak van handel werkzame ondernemers gelet op de wetteksten geen rekening behoeften te houden.

Onder b betoogt het onderdeel dat het bepaalde in art. 9 lid 2 van de Richtlijn meebrengt dat althans vanaf 1 juli

1994 het naar Nederlands geschreven of ongeschreven mededingingsrecht onrechtmatig is om fonogrammen, ten aanzien waarvan het uitsluitend recht als bedoeld in de WNR aan een ander toekomt, in Nederland in het verkeer te brengen met geen andere rechtvaardiging dan dat die fonogrammen met toestemming van de rechthebbende reeds in de Verenigde Staten van Amerika in het verkeer zijn gebracht.

Dit betoog kan niet worden aanvaard, omdat in deze opvatting art. 9 lid 2 langs indirecte weg verplichtingen aan particulieren zou opleggen, hetgeen strijdt met het beginsel dat richtlijnen als zodanig niet tegen particulieren kunnen worden ingeroepen en het nationale recht slechts voor uitleg overeenkomstig de richtlijn in aanmerking komt met inachtneming van de hiervoor in 3.4 aangeduide grenzen die, zo dit betoog zou worden gevolgd, zouden worden overschreden.

De beide klachten van het onderdeel falen derhalve.

3.5 Onderdeel 4 keert zich tegen rechtsoverweging 17 van het bestreden arrest, waarin het Hof heeft overwogen dat niet is gesteld of aannemelijk is geworden dat overdracht aan Sony (of een ander) van het uitsluitend recht betreffende (reproducties van) de fonogram 'The Division Bell' (of enig ander fonogram) voor de VS (of enig ander land) heeft plaatsgevonden.

Het onderdeel voert aan dat Pink Floyd c.s. wèl hebben gesteld, en dat het Hof in rechtsoverweging 3 onder d ook heeft vastgesteld, dat Sony exclusieve exploitatierechten met betrekking tot 'The Division Bell' voor de Verenigde Staten heeft verworven; voorts voert het onderdeel aan dat Pink Floyd c.s. bij pleidooi in appel hebben gesteld dat voor het Verenigd Koninkrijk — waar Pink Floyd is gevestigd en hoofdkantoor houdt — en voor de Verenigde Staten van Amerika — waar de desbetreffende rechten aan Sony zijn verleend — rechs tens geldt dat een exclusieve licentie oftewel een exclusief exploitatierecht equivalent is aan dan wel op één lijn moet worden gesteld met overdracht van het betrokken exploitatierecht naar Nederlands recht, althans dat een dergelijke licentie rechtsgevolgen heeft, die in hoofdzaak met die van een overdracht naar Nederlands recht overeenstemmen. In het licht van deze stellingen is, aldus het onderdeel, 's Hofs vaststelling in rechtsoverweging 17 van het bestreden arrest onbegrijpelijk.

Het onderdeel faalt, voor zover het ertoe strekt te betogen dat 's Hofs rechtsoverweging 17 niet te verenigen valt met 's Hofs vaststelling in rechtsoverweging 3 onder d: het Hof heeft, op deze laatste plaats sprekende over de verwerving van exclusieve exploitatierechten door Sony, kennelijk niet het oog gehad op een overdracht van de rechten ten aanzien van (reproducties van) fonogrammen. Voor het overige kan deze klacht bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Zowel de bij pleidooi in appel door Pink Floyd aangevoerde stellingen waarop het onderdeel doelt, als de tiende appelgrief van Rigu Sound en [D], waarop die stellingen reageerden, hadden niet, gelijk het onderdeel kennelijk tot uitgangspunt neemt, betrekking op de vraag of Pink Floyd haar uitsluitend recht ten aanzien van fonogrammen en reproducties daarvan voor

wat betreft de Verenigde Staten aan Sony had overgedragen dan wel te dier zake Sony slechts een licentie had verleend, maar op de vraag of zulks het geval was met betrekking tot het auteursrecht van Pink Floyd op de bij de desbetreffende (reproducties van) fonogrammen behorende zogenoemde inlays (insluiters).

3.6 Onderdeel 5 bouwt voort op de onderdelen 2 en 3 en kan derhalve evenmin tot cassatie leiden.

3.7 Nu het middel in het principale beroep faalt, komt het voorwaardelijk ingestelde incidentele beroep niet aan de orde.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt Pink Floyd c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Rigu Sound en [D] begroot op f 577,20 aan verschotten en f 3000 voor salaris.

Conclusie A-G mr. Mok

(...)

1. Feiten

1.1 Pink Floyd Music, eiseres van cassatie sub 1, is producent van een fonogram waarop opnamen zijn vastgelegd van uitvoeringen van de groep Pink Floyd onder de de titel 'The Division Bell'.

EMI Records, eiseres van cassatie sub 2, heeft van Pink Floyd Music een exclusieve licentie verkregen om fonogrammen van uitvoeringen van de groep Pink Floyd, waaronder 'The Division Bell', in Europa te exploiteren, door deze fonogrammen te reproducieren en reproducties in het verkeer te brengen.

EMI Music, eiseres van cassatie sub 3, heeft van EMI Records een exclusieve licentie verkregen om 'The Division Bell' in Nederland te verhandelen.

De exclusieve exploitatierechten met betrekking tot 'The Division Bell' voor de Verenigde Staten van Amerika zijn verworven door Sony Music Entertainment Inc. (hierna: Sony).

1.2 Rigu Sound, verweerster in cassatie sub 1, importeur en groothandelaar in geluidsdragers, heeft door Sony in de Verenigde Staten in het verkeer gebrachte reproducties van 'The Division Bell' in Nederland geïmporteerd en verder verhandeld.

[D], verweerder in cassatie sub 2, detailhandelaar in geluidsdragers, heeft door Sony in de Verenigde Staten in het verkeer gebrachte reproducties van 'The Division Bell' in Nederland verkocht en ten verkoop aangeboden.

2. Verloop procedure

2.1 Pink Floyd Music, EMI Records en EMI Music (hierna: Pink Floyd c.s.) hebben, voor zover in cassatie van belang, in kort geding voor de president van de rechtbank te Den Haag gevorderd Rigu Sound en [D] te verbieden om ongeautoriseerde geluidsdragers te verhandelen en meer in het bijzonder om van Sony afkomstige reproducties van 'The Division Bell' te verhandelen, zulks op straffe van verbeurte van een

dwangsom van *f* 1000 per geluidsdrager waarmee dat verbod zal worden overtreden.

Rigu Sound en [D] hebben de raadsman van eiseressen toegezegd zich te onthouden van het verhandelen in Nederland van uit de Verenigde Staten in de EG geïmporteerde door Sony vervaardigde reproducties van The Division Bell.

Bij vonnis van 7 december 1994 heeft de president Rigu Sound en [D] een verbod opgelegd om reproducties van fonogrammen ten aanzien waarvan (één van) eiseressen over het exclusieve recht beschikken om deze in Nederland in het verkeer te brengen en die niet met toestemming van (één van) hen of een derde, die daartoe gerechtigd is, in Nederland of elders in de EG in het verkeer zijn gebracht, in Nederland te importeren, te verkopen, ten verkoop in voorraad te hebben, ten verkoop aan te bieden dan wel dergelijke handelingen te laten verrichten. De president heeft hier een dwangsom aan verbonden van *f* 1000 per geluidsdrager waarmee het verbod zal worden overtreden.

2.2 Rigu Sound en [D] zijn in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof in Den Haag. Pink Floyd c.s. hebben voorwaardelijk incidenteel appel ingesteld. Bij arrest van 1 juni 1995(2) heeft het hof het vonnis van de president vernietigd en de vorderingen van Pink Floyd c.s. afgewezen.

2.3 Tegen dit arrest hebben Pink Floyd c.s. (tijdig) beroep in cassatie ingesteld. Het beroep steunt op een middel dat uit vijf onderdelen bestaat, waarvan het eerste geen klacht bevat.

Rigu Sound en [D] hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld, onder aanvoering van een enkelvoudig middel.

3. Uitputting van intellectuele eigendomsrechten

3.1 Uitputting van een recht vindt plaats doordat de rechthebbende op het recht een zaak waarop dat recht betrekking heeft, in het verkeer brengt. Heeft hij dat gedaan, dan brengt de uitputtingsregel mee dat hij zich niet kan verzetten tegen verdere verhandeling van dat exemplaar. Ten aanzien van die zaak is zijn recht uitgeput(3).

3.2 De uitputtingsregel komt op verscheidene terreinen van het intellectuele eigendomsrecht voor. In het onderstaande zal ik in het kort aandacht besteden aan de regeling van uitputting in het auteurs-, merken-, modellen- en octrooirecht.

3.3 De Auteurswet bevat geen expliciete regeling inzake uitputting. Spoor en Verkade(4) zijn van mening dat indien de rechthebbende exemplaren zonder meer op de markt brengt, de uitputting in ieder geval universeel werkt. In de literatuur is naar voren gebracht dat het niet geheel duidelijk is of de uitputting in het auteursrecht nationaal of universeel werkt(5).

3.4 In het merkenrecht werd op grond van het bepaalde in art. 13A, sub 2 laatste alinea, (oud) van de Eenvormige Beneluxwet op de merken (BMW), dat slechts sprak over 'in het verkeer brengen' aangenomen dat uitputting universeel werkt(6).

Sedert de inwerkingtreding op 1 januari 1996 van het Protocol tot wijziging van de BMW(7) beperkt art.

13A, lid 8, BMW de uitputting uitdrukkelijk tot de Europese Gemeenschap(8).

3.5 Op grond van art. 14, lid 3, van de Beneluxwet inzake Tekeningen of Modellen is het recht van de depothouder uitgeput wanneer het voortbrengsel met zijn toestemming in de Benelux in het verkeer is gebracht. De uitputting is territoriaal begrensd(9).

3.6 Sinds de inwerkingtreding van de Rijsoctrooiwet 1995 is het recht van de octrooihouder uitgeput wanneer het geoctrooieerde voortbrengsel in een lid-staat van de Europese Gemeenschap in het verkeer is gebracht(10). De uitputting is dus territoriaal begrensd.

Voorheen was het recht uitgeput als het product in het Koninkrijk resp. in Nederland rechtmatig in het verkeer was gebracht(11).

3.7 In alle in het bovenstaande overzicht genoemde gevallen geldt dat, wanneer uitputting van intellectuele eigendomsrechten territoriaal is beperkt, dit uitdrukkelijk is neergelegd in een wettelijke bepaling.

Als in een wettelijke bepaling slechts wordt gesproken over 'in het verkeer brengen', zonder vermelding van enig territorium kan m.i. in beginsel(12) worden uitgegaan van universele uitputting.

4. De Wet op de naburige rechten

4.1 De inzet van deze procedure is de uitleg van (de oorspronkelijke tekst van) art. 6, lid 2, van de op 1 juli 1993 in werking getreden Wet op de naburige rechten (WNR) (13). Partijen zijn met name verdeeld over de vraag of, nu 'in het verkeer gebracht' in deze bepaling niet is beperkt tot enig territorium, zulks betekent dat irrelevant is waar ter wereld dit is geschied.

4.2 Artikel 6 WNR (oorspronkelijke tekst) luidde(14): '1. De producent van fonogrammen(15) heeft het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor (...)

b. het verkopen, afleveren of anderszins in het verkeer brengen van een door hem vervaardigd fonogram of een reproductie daarvan dan wel het voor die doeleinden invoeren, aanbieden of in voorraad hebben; (...)

2. Is een reproductie van een fonogram door de houder van het uitsluitend recht, bedoeld in het eerste lid, of met zijn uitdrukkelijke toestemming in het verkeer gebracht, dan handelt de verkrijger van de reproductie niet in strijd met het uitsluitend recht door ten aanzien van die reproductie de in het eerste lid, onder b, genoemde handelingen te verrichten.'

4.3 In de m.v.t. bij het voorstel-WNR is te lezen(16): 'Het onderhavige wetsvoorstel strekt in het bijzonder tot uitwerking van het in 1961 te Rome gesloten Internationaal Verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties (Trb. 1986, 182). Voorts wordt met dit wetsvoorstel beoogd uitvoering te geven aan de in 1971 te Genève gesloten Overeenkomst ter bescherming van producenten van fonogrammen tegen het ongeoorloofd kopiëren van hun fonogrammen (Trb. 1986, 183).'

En verder(17):

'Het tweede lid van artikel 5 voorziet evenals het tweede lid van artikel 2 in een zgn. uitputtingsregel. Deze

regel komt erop neer dat reproducties van een fonogram door derden verder verhandeld mogen worden zonder toestemming van de houder van het uitsluitend recht, mits het desbetreffende exemplaar op rechtmatige wijze in het verkeer is gebracht. (...)'

In de toelichting op art. 2, lid 2 van het wetsvoorstel is vermeld(18) :

'(...) Deze zogenaamde uitputtingsregel komt ook op andere terreinen van het intellectuele eigendomsrecht voor. (...).'

4.4 De Raad van de Europese Gemeenschappen heeft op 19 november 1992 richtlijn 92/100/EEG (hierna: de richtlijn) vastgesteld(19) .

Deze richtlijn houdt in(20) :

'(...) Artikel 9 Distributierecht

1. De Lid-Staten voorzien, ten behoeve van

(...)

—producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen (...)

in een uitsluitend recht, hierna 'distributierecht' te noemen, om deze zaken, met inbegrip van kopieën ervan, door verkoop of anderszins ter beschikking van het publiek te stellen.

2. Het distributierecht in de Gemeenschap op een in lid 1 bedoelde zaak wordt slechts uitgeput wanneer die zaak door de rechthebbende of met diens toestemming voor de eerste maal in de Gemeenschap wordt verkocht. (...)

Artikel 13 Toepassing in de tijd

(...)

2. Deze richtlijn laat alle vóór 1 juli 1994 verrichte exploitatiehandelingen onverlet. (...)

Artikel 15 Slotbepalingen

1. De Lid-Staten doen de nodige wettelijke onbestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om vóór 1 juli 1994 aan deze richtlijn te voldoen.'

4.5 Met ingang van 29 december 1995 is de WNR aangepast aan de richtlijn(21) , zoals de Nederlandse regering die opvatte. Artikel 6 luidt thans:

'1. De producent van fonogrammen heeft het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor

(...)

b. het verkopen, verhuren, uitlenen, afleveren of anderszins in het verkeer brengen van een door hem vervaardigd fonogram of van een reproductie daarvan dan wel het voor die doeleinden invoeren, aanbieden of in voorraad hebben;

(...)

2. Is een fonogram of een reproductie daarvan door de houder van het uitsluitend recht (...) of met zijn toestemming voor de eerste maal in een van de lid-staten van de Europese Unie of in een Staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 in het verkeer gebracht, dan handelt de verkrijger van dat fonogram of die reproductie niet in strijd met dit uitsluitend recht door ten aanzien daarvan de in het eerste lid, onder b, genoemde handelingen, met uitzondering van verhuur en uitleening, te verrichten. (...).'

4.6 In het voorstel van wet(22) tot wijziging van de WNR in verband met de richtlijn werd in art. 6, lid 2,

WNR nog slechts gesproken over 'in het verkeer gebracht'. In de m.v.t.(23) is gesteld:

'(...) In het tweede lid van deze artikelen(24) is de uitputtingsregel neergelegd zoals deze hiervoor (...) is beschreven. Deze regel, die ertoe leidt dat het uitsluitend recht niet meer kan worden uitgeoefend wanneer de betreffende prestatie door de houder van het uitsluitend recht of met diens toestemming in het verkeer is gebracht, dient ook in het kader van de Wet op de naburige rechten te worden ingeperkt en nog slechts gelding te hebben voor andere exploitatievormen dan verhuur en uitleening. (...)

4.7 De m.v.a. II(25) heeft hieraan toegevoegd:

'De leden van de CDA- en VVD-fractie vroegen of de interpretatie van artikel 9, tweede lid, van de richtlijn is, dat ten aanzien van distributie sprake is van EEG-uitputting van het naburig recht en niet van universele uitputting. Zij vroegen of dit niet moet leiden tot wijziging van de artikelen 2 en 6 van de Wet op de naburige rechten.

Er zij op gewezen dat het tweede lid van artikel 9 van de richtlijn uitsluitend betrekking heeft op uitputting op grond van het Gemeenschapsrecht in geval van verspreiding binnen de Gemeenschap. Het tweede lid van artikel 9 geeft de vaste rechtspraak weer van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen volgens welke het voor het eerst in de Gemeenschap in het verkeer brengen van kopieën van werken door de rechthebbende of met diens toestemming de uitputting van het verspreidingsrecht in de gehele Gemeenschap tot gevolg heeft. (...)

Voor het overige laat artikel 9 de lid-staten de vrijheid om ten aanzien van het in het eerste lid omschreven distributierecht op grond van het nationale recht een uitputting te doen gelden. (...) Op grond van het voerststaande bestaat naar onze mening geen aanleiding tot wijziging van de (...) genoemde artikelen. (...).'

4.8 In de derde nota van wijziging(26) is aan artikel 6, lid 2, na het woord 'toestemming' toegevoegd: 'voor de eerste maal in een van de lid-staten van de Europese Unie'. In de toelichting is vermeld:

'(...) De formulering van het tweede lid van de artikelen 2, 6, 7a en 8 van de Wet op de naburige rechten wordt in overeenstemming gebracht met artikel 9, tweede lid, van richtlijn 92/100/EEG en wel in die zin dat in dit artikellid tot uitdrukking wordt gebracht dat de door naburige rechten beschermde prestatie 'voor de eerste maal in een van de lid-staten van de Europese Unie in het verkeer' is gebracht. (...)'(27)

Bij de vierde nota van wijziging(28) is aan artikel 6, lid 2, na 'Europese Unie' toegevoegd 'of in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992'.

5. Bespreking van het principale cassatiemiddel

5.1.1 Onderdeel 2 keert zich met een rechtsklacht tegen de roo. 8–12 (eigenlijk: 10–12, de roo. 8 en 9 hebben een inleidend karakter) van het bestreden arrest.

5.1.2 In rechtsoverweging 10 heeft het hof overwogen dat bij het beantwoorden van de vraag over uitputting onderscheiden moet worden tussen exploitatiehandelingen die vóór of na 1 juli 1994 zijn verricht. De

richtlijn (art. 13, lid 2, zie hiervóór, § 4.4.) laat immers de vóór die datum verrichte handelingen onverlet. Ten aanzien van zulke handelingen behoeft art. 6, lid 2, (oud) WNR niet conform art. 9, lid 2, van de richtlijn te worden uitgelegd.

Nu art. 6, lid 2, (oud) WNR geen territoir noemt is het, aldus het hof, voor de uitputting van het uitsluitend recht van de fonogrammenproducent (Pink Floyd Music) irrelevant waar ter wereld het in het verkeer brengen van reproducties is geschied. Hierbij heeft het hof in aanmerking genomen (rechtsoverweging 10) dat uit de geschiedenis van de totstandkoming van art. 6, lid 2, (oud) WNR niet blijkt dat de wetgever, hoewel hij geen territoir noemt, bedoeld heeft de uitputting aldus te beperken, dat deze niet intreedt als het in het verkeer brengen in een ander territoir dan dat van de Gemeenschap is geschied.

Uit het voorgaande vloeit voort, aldus het hof, dat de exploitatiehandelingen van Rigu Sound en [D] met betrekking tot reproducties van de fonogram 'The Division Bell', voor zover zij zijn verricht vóór 1 juli 1994, geen inbreuk op het uitsluitend recht van Pink Floyd Music opleveren (rechtsoverweging 12).

5.1.3 Het onderdeel betoogt dat art. 6 van de WNR aldus worden uitgelegd, dat een fonogrammenmaker het recht behoudt om zich te verzetten tegen het in het verkeer brengen of verder verhandelen, binnen Nederland, van onder zijn rechten als fonogrammenmaker begrepen fonogrammen, wanneer ten aanzien van die fonogrammen, ter rechtvaardiging van het bedoelde in het verkeer brengen of verder verhandelen, niet méér wordt aangevoerd, dan dat de betreffende fonogrammen met toestemming van de rechthebbende (fonogrammenmaker) voor het eerst in het verkeer zijn gebracht in een derde land, dat niet is een lid-staat van de Europese Gemeenschap.

Die opvatting steunt op een uitleg van de strekking van de WNR die in een uitvoerig betoog in de schriftelijke toelichting van de raadsman van Pink Floyd c.s.(29) wordt uiteengezet. In deze toelichting wordt terloops opgemerkt (nr. 40, p. 21), dat het onderdeel zich voorts baseert op (uitleg van) het ongeschreven Nederlandse recht inzake de ongeoorloofde mededinging. De tekst van het onderdeel biedt daarvoor echter (anders dan die van onderdeel 3) geen steun.

5.1.4

De vorderingen van Pink Floyd c.s., neergelegd in de op 21 oktober 1994 uitgebrachte inleidende dagvaarding, hadden de strekking van het opleggen van bepaalde daarin omschreven verboden aan Rigu Sound en [D].

In zijn vonnis van 7 december 1994 (en op diezelfde datum afgegeven aan de procureur van eiseres) heeft de president van de rechtbank Rigu Sound en [D] verboden om na betekening van dat vonnis reproducties van daarin omschreven fonogrammen in Nederland te importeren, te verkopen enz. Met die uitspraak konden Pink Floyd c.s., die slechts voorwaardelijk incidenteel appel hebben ingesteld, kennelijk leven. Om meer gaat het in dit kort geding dus niet.

Hetgeen het hof in rechtsoverweging 12 overweegt heeft betrekking op exploitatiehandelingen in Nederland van Rigu Sound en [D] als omschreven in het bestreden arrest in rechtsoverweging 3, sub e en f, d.i. importeren, verhandelen enz. Wat rechtens gold voor zodanige handelingen, verricht vóór 1 juli 1994, is m.i. in deze k.g.-procedure irrelevant, omdat daarin slechts de toelaatbaarheid van handelingen na 7 december 1994 aan de orde is.

5.1.5 Het onderdeel stuit derhalve af op gebrek aan belang.

5.1.6 Ten overvloede merk ik nog op dat in art. 6, lid 2, (oud) WNR slechts werd gesproken over 'in het verkeer gebracht'. In het artikel is geen territoir vermeld. Hieruit kan worden afgeleid dat in art. 6, lid 2, (oud) WNR ten aanzien van het uitsluitend recht van de fonogrammenproducent het universele uitputtingsbeginsel gold. Steun hiervoor is mede te vinden in de wetgeschiedenis, zie hiervóór, § 4.3. Het middel verdedigt (terecht) niet dat de wet ook vóór 1 juli 1994 richtlijnconform zou moeten worden uitgelegd.

Deze universele uitputting heeft tot gevolg dat Pink Floyd Music zich niet kan verzetten tegen exploitatiehandelingen van Rigu Sound en [D] met betrekking tot de reproducties van de fonogram 'The Division Bell' die door de fonogrammenproducent Pink Floyd Music of met diens toestemming in de Verenigde Staten in het verkeer zijn gebracht.

Ook om deze reden zou het onderdeel falen.

5.2.1 Onderdeel 3 bestrijdt hetgeen het hof, m.n. in de roo. 13–18, overweegt over exploitatiehandelingen na 1 juli 1994.

Ik teken hierbij aan dat deze overwegingen van betekenis zijn voor de periode van 7 december 1994 (betekening van het vonnis van de president in deze zaak) tot 29 december 1995 (inwerkingtreding van de wijziging van de WNR, waarbij de nieuwe tekst van art. 6, lid 2, is ingevoerd).

5.2.2 Op 1 juli 1994 hadden de lid-staten hun wetgeving aan de richtlijn aangepast moeten hebben (art. 15, lid 1, van die richtlijn), maar dat was voor de Nederlandse wetgeving toen nog niet het geval.

Het hof is er veronderstellenderwijs van uitgegaan dat art. 9, lid 2, van de richtlijn de Lid-Staten verplicht communautaire uitputting in hun nationale wetgeving op te nemen(30). Op de nationale rechter rust derhalve de plicht, aldus het hof in rechtsoverweging 16, art. 6, lid 2, WNR ten aanzien van exploitatiehandelingen verricht op of ná 1 juli 1994 zo veel mogelijk uit te leggen conform de bewoordingen en doelstellingen van art. 9, lid 2, van de richtlijn.

Een uitleg van art. 6, lid 2, die leidt tot communautaire uitputting in plaats van de vanaf de inwerkingtreding van die bepaling geldende universele uitputting, heeft het hof evenwel contra legem geoordeeld. Tot een dergelijke interpretatie is de nationale rechter zonder verdragsverplichting niet bevoegd.

5.2.3 Vervolgens heeft het hof (rechtsoverweging 17) overwogen dat het uitsluitend recht van de fonogrammenproducent Pink Floyd Music volgens het thans (1

juni 1995) geldende art. 6, lid 2, is uitgeput door het in het verkeer brengen in de Verenigde Staten van de compact disc 'The Division Bell' door Sony, zodat van inbreuk op dit recht geen sprake kan zijn.

5.2.4 Onderdeel 3 verdedigt sub a, kort samengevat, dat sedert 1 juli 1994 art. 6, lid 2, (oud) WNR zo moest worden uitgelegd dat het slechts betrekking had op communautaire uitputting.

Sub b voegt het daaraan toe dat de richtlijn meebrengt dat het sinds genoemde datum in Nederland krachtens geschreven of ongeschreven recht onrechtmatig is dat een ander dan de rechthebbende fonogrammen in het verkeer brengt op de enkele grond dat deze fonogrammen met toestemming van de rechthebbende in de VS in het verkeer zijn gebracht.

5.2.5 Het middel beroept zich niet op rechtstreekse ('horizontale') werking van de richtlijn jegens justitiabelen als Rigu Sound en [D], maar op de noodzaak van richtlijnconforme interpretatie van de nationale wet met ingang van de datum waarop de lid-staten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking moesten doen treden om aan de bepalingen van richtlijn 92/100/EEG te voldoen(31).

In zoverre bestaat er geen verschil met de opvatting van het hof, dat in rechtsoverweging 16 ook van de noodzaak van richtlijnconforme interpretatie is uitgegaan. Het heeft dit gedaan met toevoeging van de woorden 'zoveel mogelijk'. Die woorden stammen uit de rechtspraak van het HvJ EG(32) en ook daartegen keert het middel zich uiteraard niet. Waar het hier om gaat is 'waar de grens moet worden getrokken die besloten ligt in de woorden 'zoveel mogelijk'(33).

5.2.6.1 De woorden 'door de houder van het uitsluitend recht (...) of met zijn uitdrukkelijke toestemming in het verkeer gebracht, zoals voorkomend in de oorspronkelijke versie van art. 6, lid 2, WNR, kunnen op zichzelf m.i. slechts op twee wijzen worden verstaan:

a. in Nederland in het verkeer gebracht

b. waar dan ook in het verkeer gebracht.

Opvatting a kan echter niet juist zijn. De uitputtingsregel is met name geformuleerd met het oog op invoer, zoals blijkt uit het (merkenrechtelijke) basisarrest-Grundig/Prins:

'(...) zodat Prins door het invoeren in Nederland en het hier te lande verhandelen onder het merk Grundig van deze van Grundig afkomstige en door haar gemerkte waren het merkenrecht dat Grundig voor Nederland heeft niet schendt.'(34)

Dat beginsel is gecodificeerd in art. 13.A, sub 2, laatste alinea, (oud) van de Benelux Merkenwet in een formulering die ongeveer dezelfde is als die van art. 6, lid 2, (oud) WNR.

5.2.6.2

Wij mogen er derhalve van uitgaan dat 'in het verkeer gebracht' niet nationaal is beperkt. De volgende vraag is dan of er een beperking tot de lid-staten van de EG beoogd is. Ik zie geen enkele andere grondslag voor bevestigende beantwoording van die vraag dan richtlijn 92/100/EEG. Eiseressen verdedigen dat de Nederlandse wetgever de bedoeling heeft gehad, bij de totstandkoming van de oorspronkelijke versie van de WNR, op

het punt van de uitputtingsregel het stelsel van de richtlijn te volgen:

'Wél geldt dat ten tijde van de totstandkoming van de WNR (...) de Richtlijn reeds met medewerking van de Nederlandse regering tot stand was gekomen (...).

Tegen die achtergrond is het onaannemelijk dat aan de Nederlandse wetgever de (geobjectiveerde) bedoeling zou mogen worden toegeschreven om per 1 juli 1993 een wettelijke regeling in te voeren die ertoe strekte om een met de Richtlijn strijdige, en ook niet door uitlegging aan de hand van die Richtlijn daarmee in overeenstemming te brengen regeling tot stand te brengen. Het ligt veel meer in de rede om aan te nemen dat de wetgever — die zich destijds ongetwijfeld bewust was van de uit de Richtlijn voortvloeiende verplichtingen — de (geobjectiveerde) bedoeling had om 'open te laten' dat de wet door interpretatie conform de Richtlijn nadere 'invulling' kon krijgen.'(35)

5.2.6.3 Richtlijn 92/100/EEG is tot stand gekomen op 19 november 1992. De Tweede Kamer had het voorstel-WNR ruim twee maanden eerder goedgekeurd, nl. op 16 september 1992(36). Dat de Nederlandse wetgever bij de totstandbrenging van de WNR met de richtlijn rekening heeft gehouden, is derhalve niet aanneemelijk.

Van belang is voorts dat het ontwerp van de richtlijn tot in een laat stadium alleen inhield dat indien een voorwerp van bescherming in de Gemeenschap in het verkeer was gebracht, die invoer in een andere lid-staat niet op grond van zulk een recht mocht worden belet(37).

Er is in de parlementaire geschiedenis van de (oorspronkelijke) WNR geen aanwijzing te vinden voor een uitleg van het begrip 'in het verkeer gebracht' die dit beperkt in de zin van de richtlijn (zoals deze bij de uitvoering ten slotte is uitgelegd). Zelfs bij de parlementaire behandeling van het wijzigingsvoorstel, dat geleid heeft tot de wet van 21 december 1995, Stb. 651, was de regering aanvankelijk nog van oordeel dat de richtlijn de lid-staten niet verplichtte van de regel van universele uitputting af te zien(38).

5.2.6.4 Gezien dit alles moet het er voor gehouden worden dat art. 6, lid 2, (oud) WNR onder 'in het verkeer gebracht' verstond: waar ter wereld ook, m.a.w. uitgang van universele uitputting.

Een uitleg van die bepaling overeenkomstig de richtlijn, dus beperkt tot de EG-landen, heeft het hof in rechtsoverweging 16 terecht als 'contra legem' beschouwd. Evenzeer terecht heeft het een dergelijke uitleg opgevat als niet vallend onder zoveel mogelijk conform de bewoordingen en doelstellingen van de richtlijn(39).

Daar komt bij dat ondernemers als Rigu Sound en [D] op de wetstekst, zo lang deze van kracht was, konden vertrouwen en daarop hun bedrijfsbeleid konden baseren. Een beperkende interpretatie zou in strijd met de rechtszekerheid zijn en daarom in strijd met het beginsel van zoveel mogelijk richtlijnconform interpreteren.

5.2.7.1 In onderdeel 3, onder b, is ook nog een andere klacht te lezen. Deze houdt in dat de richtlijn meebrengt dat het na 1 juli 1994 door anderen dan de

rechthebbende in Nederland in het verkeer brengen van fonogrammen, met geen andere rechtvaardiging dan dat deze met toestemming van de rechthebbende in de Verenigde Staten van Amerika in het verkeer zijn gebracht, een onrechtmatige daad oplevert.

5.2.7.2 Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EG heeft, zoals al naar voren kwam, een richtlijn een 'horizontale werking':

'15. Het is vaste rechtspraak (zie, onder meer, arrest van 26 februari 1986, zaak 152/84, Marshall I, Jurispr. 1986, blz. 723, r.o. 48) dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen en bijgevolg als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen.

16. De rechtspraak inzake de inroepbaarheid van richtlijnen tegenover staatsinstellingen is gebaseerd op het dwingende karakter van richtlijnen, dat slechts bestaat ten aanzien van de Lid-Staten waarvoor zij bestemd zijn (...)

17. Zou deze rechtspraak worden uitgebreid tot de betrekkingen tussen particulieren, dan zou dit erop neerkomen, dat aan de Gemeenschap de bevoegdheid wordt toegekend met onmiddellijke werking particulieren verplichtingen op te leggen, terwijl zij dit alleen kan wanneer haar de bevoegdheid is toegekend om verordeningen of beschikkingen vast te stellen (...)' (40)

De in § 5.2.7.1. weergegeven, in het middel verdedigde, opvatting leidt ertoe dat een richtlijn, langs indirecte weg, toch horizontale werking krijgt. Dat moet in strijd met het Europees gemeenschapsrecht, zoals het HvJ EG dat uitlegt, worden geacht.

5.2.8 Onderdeel 3 is dan ook vruchteloos voorgesteld.

5.3.1 In rechtsoverweging 17 heeft het hof overwogen dat niet is gesteld noch aannemelijk is geworden, dat overdracht aan Sony (of een ander) van het uitsluitend recht betreffende (reproducties van) de fonogram 'The Division Bell' (of enige andere fonogram) voor de VS (of enig ander land) heeft plaatsgevonden.

5.3.2 Hiertegen keert zich onderdeel 4, betogend dat Pink Floyd c.s. gesteld hebben, en dat het hof (rechtsoverweging 3, sub d) ook heeft vastgesteld, dat Sony exclusieve exploitatierechten met betrekking tot 'The Division Bell' voor de Verenigde Staten had verworven.

Voorts zouden Pink Floyd c.s. onder andere (m.i.: uitsluitend) bij pleitnota in appel hebben gesteld dat voor het Verenigd Koninkrijk (waar Pink Floyd gevestigd is en hoofdkantoor houdt) en de Verenigde Staten (waar de desbetreffende rechten aan Sony verleend waren) rechtens geldt dat een exclusieve licentie, oftewel een exclusief exploitatierecht, equivalent is aan, dan wel op één lijn gesteld behoort te worden met overdracht van het betreffende exploitatierecht naar Nederlands recht, en althans dat een dergelijke licentie rechtsgevolgen heeft die in hoofdzaak met die van een overdracht naar Nederlands recht overeenstemmen.

In het licht van deze stellingen is, aldus het onderdeel, deze laatste overweging onvoldoende begrijpelijk, althans schiet de motivering van het arrest in rechtens ontoelaatbare mate tekort.

5.3.3 Het hof was kennelijk van mening dat exclusieve exploitatierechten, waarvan het in rechtsoverweging 3 de verwerving door Sony had vastgesteld, niet gelijkgesteld kunnen worden met overdracht.

De door Pink Floyd c.s. — eerst bij pleidooi in appel — hierboven genoemde stelling dat het eerste equivalent is aan het tweede, vormde een reactie op appelgrief X van Rigu Sound en [D]. In rechtsoverweging 5 heeft het hof echter overwogen dat bespreking van die grief X overbodig was. Om die reden kan het ook aan de reactie daarop voorbij zijn gegaan. Overigens behoeft het hof geen rekening te houden met een eerst bij pleidooi in appel opgeworpen nieuwe stelling(41). Het was, mede gelet op de omstandigheid dat het een kort geding betreft, ook niet gehouden zijn standpunt te motiveren.

Ik merk nog op dat men zich voorts kan afvragen of onder 'door de houder van het uitsluitend recht (...) of met zijn uitdrukkelijke toestemming in het verkeer gebracht' niet begrepen is: in het verkeer gebracht door degene aan wie de houder van een uitsluitend recht zijn recht in het land, waar de zaak oorspronkelijk in het verkeer is gebracht, heeft overgedragen. Dit voldoet aan de hiervóór, in § 4.3, geciteerde passage uit de m.v.t. bij het voorstel-WNR, stellend dat van uitputting sprake is, indien 'het desbetreffende exemplaar op rechtmatige wijze in het verkeer is gebracht'.

Indien het anders zou zijn, zou de uitputtingsregel vrij gemakkelijk te ontgaan zijn. Dit blijft ook onder de huidige tekst van art. 6, lid 2, van belang.

5.3.4

Onderdeel 4 faalt eveneens.

5.4

Onderdeel 5 bouwt voort op de voorafgaande onderdelen en deelt het lot daarvan.

6. Het incidentele middel

6.1 Omdat het middel voorwaardelijk is voorgesteld, behoeft het, in mijn opvatting dat het principale middel niet tot cassatie leidt, geen behandeling.

Ik beperk mij tot enkele korte, ten overvloede gemaakte, opmerkingen.

6.2 Het middel houdt in dat richtlijn 92/100/EEG 'geen verplichting voor de nationale wetgever bevat tot vervanging van de wereldwijde uitputtingsregel door een gemeenschappelijke' (42).

Die stelling heeft geen betekenis voor het huidige recht in Nederland, omdat de WNR sedert 29 december 1995, verplicht of onverplicht, uitgaat van gemeenschapsuitputting. Zij heeft wel betekenis voor de voorafgaande periode, nl. voor het geval de Hoge Raad van oordeel zou zijn dat art. 6, lid 2, (oud) WNR sedert 1 juli 1994 geheel richtlijnconform moest en mocht worden geïnterpreteerd en dat daardoor de uitputtingsregel in die wetsbepaling tot in het verkeer brengen binnen de EG beperkt zou zijn.

6.3 De door het incidentele middel aan de orde gestelde vraag kan men zelfs als prealabel beschouwen. Indien de aan het middel ten grondslag liggende stelling juist zou zijn, ontvalt het belang aan het gehele principale middel. Om deze reden zou de Hoge Raad het inciden-

tele middel, ondanks het voorwaardelijk karakter, zelfs kunnen behandelen.

6.4 Het lijkt mij echter evident dat het incidentele middel niet behandeld kan worden, zonder hierover een prejudiciële beslissing van het HvJ EG over de uitleg van art. 9 van de richtlijn in te winnen. Dat is trouwens ook de opinie van de stellers van het middel(43).

Hun standpunt dat het om redenen van proceseconomie de voorkeur verdient de rechtsvragen die het incidentele middel aan de orde stelt, reeds thans naar het HvJ EG te verwijzen, deel ik echter niet. Het zou er immers toe leiden dat de eindbeslissing in dit kort geding geruime tijd zou worden uitgesteld, alleen om een beslissing te krijgen over rechtsvragen die, althans in Nederland, slechts betekenis hebben voor de periode tussen 1 juli 1994 en 29 december 1995.

Reeds daarom kan het middel beter terzijde gelaten worden.

‘7. Conclusie’

Mijn conclusie strekt tot verwerping van het principaal beroep, met veroordeling van eiseressen in de kosten.

(2) IER 1993, p. 169, m.nt. S. de Wit.

(3) Van Empel/Geerts, Bescherming van de intellectuele eigendom, 1995, nr. 7, p. 11 en nr. 14, p. 23 e.v.

(4) Auteursrecht, 1993, nr. 119, p. 164. Zie ook de verwijzingen in noot 80. In dezelfde zin: Cohen Jehoram, Informatierecht/AMI, 1987, nr. 2.

(5) G. van Empel, Bescherming van de intellectuele eigendom, 1992, nr. 40, p. 68.

(6) Zie Gielen-Wichers Hoeth, Merkenrecht, 1992, nr. 1252; Van Empel, a.w., nr. 56, p. 101.

(7) Protocol van 2 december 1992, Trb. 1993, 12.

(8) Vgl. Van Empel/Geerts, a.w., nr. 55, p. 98 e.v.

(9) Van Empel/Geerts, a.w., nr. 70, p. 119.

(10) Art. 53, lid 4, Row 1995. Zie ook Van Empel/Geerts, a.w., nr. 29, p. 47 e.v.

(11) Art. 30, lid 4, (oud) Row.

(12) Zie ook M.V. Wellink-Volmer, IER 1996, p. 10.

(13) Wet van 18 maart 1993, Stb. 1993, 178, houdende regelen inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties en wijziging van de Auteurswet 1912. Inwerkingtreding: KB van 29 april 1993, Stb. 1993, 244.

(14) In de thans geldende wettelijke spelling.

(15) Onder een fonogram wordt verstaan: iedere opname van uitsluitend geluiden van een uitvoering of andere geluiden (art. 1, onder c, WNR).

(16) Kamerst. (II 1988–1989) 21.244, nr. 3, p. 1, 1e al.

(17) Ad art. 5 (later vernummerd tot art. 6), t.a.p., p. 15, 4e al.

(18) P. 11, 1e al. v.o.

(19) Richtlijn betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, Pb. L 346/61.

(20) Hierover: J. Reinbothe/S. von Lewinski, The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy, Sweet & Maxwell, London, 1993.

(21) Wet van 21 december 1995, Stb. 1995, 653.

(22) Kamerst. (II 1992–1993) 23.247, nr. 1–2, p. 5, onderdeel E.

(23) Kamerst., t.a.p., nr. 3, p. 24, onderdelen C, E en G.

(24) De artt. 2, 6 en 8 WNR.’

(25) Kamerst. (II 1993–1994) 23.247, nr. 5, p. 27, al. 5–7.

(26) Kamerst., t.a.p., nr. 22, p. 3.

(27) Kamerst., t.a.p., p. 6. D.J.G. Visser, NJB 1995, p. 1517, rk., 1e al., denkt dat deze wijziging door de meeste zo niet alle kamerleden niet eens is opgemerkt.’

(28) Kamerst., t.a.p., nr. 26, p. 2.

(29) Nrs. 32 e.v., p. 17–20.

(30) Of de richtlijn de verplichting inhoudt niet meer dan communautaire uitputting (dus geen universele uitputting) in de nationale wetgeving op te nemen, is omstreden. Vgl. E.J. Arkenbout, Handelsnamen en merken, diss. KUN, 1991, P. Eeckman in SEW 1995, p. 248–249 en Wellink-Volmer, a.w., p. 12 rk. (allen n.a.v. de merkenrichtlijn).

(31) Terminologie gebaseerd op art. 15, lid 1, van de richtlijn.

(32) HvJ EG 13 november 1990, zaak C-106/89 (Marleasing), Jur. 1990, p. I-4135, SEW 1992, p. 816, m.nt. C.W.A. Timmermans (NJ 1993, 163; red.).

(33) Schriftelijke toelichting van de raadsman van eiseressen, nr. 12, p. 7. Zie over richtlijnconforme interpretatie: Lauwaars-Timmermans, Europees Gemeenschapsrecht in kort bestek, 1994, nr. 2.3.2., p. 96 e.v.; Kapteyn-VerLoren van Themaat, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen, 1995, p. 325–326; Prechal, Directives in European Community Law, 1995, nrs. 10.6–7, p. 216–229. Zie ook HR 17 december 1993 (Michelin/Michelin), NJ 1994, 573, m.nt. Ch. Gielen.

(34) HR 14 december 1956, NJ 1962, 242, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh, p. 755 rk., laatste volle alinea.’

(35) Schriftelijke toelichting raadsman eiseressen, nrs. 19/20, p. 11/12.’

(36) Handelingen 16 september 1993, p. 2–14.

(37) Aldus nog het voorstel van de Commissie, opgenomen in Pb EG van 20 mei 1992, C 128/8 (art. 8, lid 2). Zie ook de dupliek in cassatie van de raadsliden van Rigu en [D], § 8.3–8.7, p. 5–7. Over de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn: Reibothe/Von Lewinsky, a.w., p. 19 e.v.

(38) Zie het in § 4.7., met voetnoot 24, gegeven citaat uit de m.v.a. II, laatste alinea.

(39) Zie HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 330, rechts-overweging 3.5., m.nt. E.A. Alkema. Enkele auteurs zijn de mening toegedaan dat het Marleasing-arrest in de richting wijst van een plicht van de nationale rechter tot uitleg contra legem: D. Nissen/I. Karet, EIPR 1993, p. 92–93; G. Betlem, IER 1994, p. 108, rk. en L. van den Hende, TPR 1995, nr. 43, p. 182. Een belangrijke stroming meent echter dat contra legem uitleg te ver gaat nu daarmee de rechtszekerheid geweld wordt aangedaan: Prechal, a.w., p. 227–228, 243 en 348; R.A. Swaak, IER 1995, 167; De Wit, a.w., p. 175, rk.; Kapteyn-VerLoren van Themaat, a.w., p. 326; Weatherill/Beaumont, EC Law, 1995, p. 357.

(40) Geciteerd uit HvJ EG 7 maart 1996, zaak C-19/94 (El Corte Inglés/Rivero) ; zie ook HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-91/92 (Faccini Dori) , Jur. 1994, p. II-3325, SEW 1995, p. 432, m.nt. S. Prechal (NJ 1995, 321; red.) .’

(41) Zie o.m. HR 11 november 1983, NJ 1984, 598; 23 mei 1985, NJK 1986, 641; 29 september 1995, NJ 1996, 104.

(42) Anders: Reinbothe/Von Lewinski, a.w., p. 105.

(43) Schriftelijke toelichting, § 9, p. 12.
