

## Nr. 9 Allposters/Pictoright

Hof van Justitie 22 januari 2015 zaak C-419/13, ECLI:EU:C:2015:27

Overbrenging van de afbeelding van een beschermd werk van een papieren poster op canvas valt onder het distributierecht van art. 4 Auteursrecht richtlijn 2001/29/EG. Poortvliet-doctrine. Geen sprake van uitputting als drager is vervangen. Beloning voor distributie moet in een redelijke verhouding staan tot de economische waarde van de exploitatie van het beschermde voorwerp. Auteursrecht richtlijn harmoniseert niet het recht van bewerking.

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

In zaak C-419/13,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door Hoge Raad der Nederlanden bij arrest van 12 juli 2013, ingekomen bij het Hof op 24 juli 2013, in de procedure

Art & Allposters International BV

tegen

Stichting Pictoright,

[...]

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 4 van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PB L 167, blz. 10).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Art & Allposters International BV (hierna: "Allposters") en Stichting Pictoright (hierna: "Pictoright") over een mogelijke schending door Allposters van door Pictoright geëxploiteerde auteursrechten doordat zij de afbeelding van beschermde werken overbrengt van een papieren poster op canvas en die afbeeldingen op deze nieuwe drager verkoopt.

Toepasselijke bepalingen

Internationaal recht

WIPO-verdrag inzake het auteursrecht

(...)

5 Artikel 6 van het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht, "Distributierecht", bepaalt:

"1. Auteurs van werken van letterkunde en kunst hebben het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor het door verkoop of andere overgang van eigendom voor het publiek beschikbaar stellen van het origineel en de exemplaren van

hun werken.

2. Niets in dit verdrag doet afbreuk aan de vrijheid van de verdragsluitende partijen om de eventuele voorwaarden te bepalen waaronder de uitputting van het recht bedoeld in lid 1 van toepassing is na de eerste verkoop of andere overgang van eigendom van het origineel of van een exemplaar van het werk met toestemming van de auteur."

Berner Conventie

6 Artikel 12 van de Berner Conventie, "Recht van bewerking, arrangement en andere veranderingen", luidt:

"Auteurs van werken van letterkunde of kunst genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot bewerkingen, arrangementen en andere veranderingen van hun werken."

Recht van de Unie

7 De overwegingen 9, 10, 28 en 31 van richtlijn 2001/29 luiden: "9) Bij een harmonisatie van het auteursrecht en de naburige rechten moet steeds van een hoog beschermingsniveau worden uitgegaan, omdat die rechten van wezenlijk belang zijn voor scheppend werk. [...]

(10) Auteurs en uitvoerend kunstenaars moeten, willen zij hun scheppende en artistieke arbeid kunnen voortzetten, een passende beloning voor het gebruik van hun werk ontvangen [...]

(28) De bescherming van het auteursrecht uit hoofde van deze richtlijn omvat het uitsluitende recht zeggenschap over de distributie van het werk uit te oefenen, wanneer dit in een tastbare zaak is belichaamd. De eerste verkoop in de Gemeenschap van het origineel van een werk of van kopieën daarvan door de rechthebbende of met diens toestemming leidt tot uitputting van het recht zeggenschap over de wederverkoop van die zaak binnen de Gemeenschap uit te oefenen. Er treedt geen uitputting van dit recht op ten aanzien van het origineel of kopieën die door de rechthebbende of met diens toestemming buiten de Gemeenschap worden verkocht. [...]

(31) Er moet een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen worden gewaarborgd tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal. De in de lidstaten geldende beperkingen en restricties op de rechten moeten opnieuw worden bezien in het licht van de nieuwe elektronische omgeving. De huidige verschillen in beperkingen en restricties op bepaalde aan toestemming onderworpen handelingen hebben directe negatieve gevolgen voor de werking van de interne markt op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten. Deze verschillen zullen ten gevolge van de verdere ontwikkeling van grensoverschrijdende exploitatie van werken en grensoverschrijdende activiteiten wellicht nog belangrijker worden. Met het oog op de goede werking van de interne markt moet meer eenheid in de omschrijving van dergelijke beperkingen en restricties worden gebracht. De mate waarin dergelijke beperkingen en restricties worden geharmoniseerd, moet worden bepaald aan de hand van de gevolgen ervan voor de goede werking van de interne markt."

8 Artikel 2 van deze richtlijn bepaalt onder het opschrift "Reproductierecht":

“De lidstaten voorzien ten behoeve van:  
a) auteurs, met betrekking tot hun werken,  
[...]  
in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.”

- 9 Artikel 4 van deze richtlijn, “Distributierecht”, luidt:  
“1. De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, elke vorm van distributie onder het publiek van het origineel van hun werken of kopieën daarvan, door verkoop of anderszins, toe te staan of te verbieden.  
2. Het distributierecht met betrekking tot het origineel of kopieën van een werk is in de Gemeenschap alleen dan uitgeput, wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsovergang van dat materiaal in de Gemeenschap geschiedt door de rechthebbende of met diens toestemming.”

#### Nederlands recht

10 Artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/29 is in Nederlands recht omgezet bij de artikelen 1 en 12, lid 1, onder 1°, van de Auteurswet (hierna: “Aw”).  
[...]

13 Artikel 12b Aw, waarbij omzetting van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2001/29 in nationaal recht wordt beoogd, bepaalt:  
“Indien een exemplaar van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst door of met toestemming van de maker of zijn rechtverkrijgende voor de eerste maal in een van de lidstaten van de Europese Unie of in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) in het verkeer is gebracht door eigendomsoverdracht, dan vormt het anderszins in het verkeer brengen van dat exemplaar, met uitzondering van verhuur en uitlening, geen inbreuk op het auteursrecht.”

#### Hoofdgeding en prejudiciële vragen

14 Pictoright is een Nederlandse auteursrechtorganisatie die de belangen behartigt van de bij haar aangesloten auteursrechthebbenden. Op grond van overeenkomsten met buitenlandse zusterorganisaties behartigt zij ook de belangen in Nederland van buitenlandse kunstenaars en hun erven. Pictoright heeft het recht om namens de rechthebbenden de auteursrechten te exploiteren, met name door middel van het verstrekken van licenties en het optreden tegen inbreuken op die rechten.

15 Allposters biedt via haar websites posters en andere reproducties aan van werken van beroemde schilders van wie Pictoright de auteursrechten exploiteert. Allposters biedt haar klanten onder meer de keuze tussen een reproductie in de vorm van een poster, een ingelijste poster, een poster op hout of een afbeelding op canvas. In dit laatste geval wordt op een papieren poster met de afbeelding van het gewenste werk eerst een kunststof laag (het laminaat) aangebracht. Vervolgens wordt de afbeelding op de poster door gebruikmaking van een chemisch procedé van het papier overgezet op een canvasdoek. Tot slot wordt dat canvasdoek op een houten frame gespannen. Na die handelingen is de afbeelding van het werk van de papieren drager verdwenen. Dit procedé en het resultaat ervan duidt Al posters aan als “canvas transfer”.

16 Pictoright heeft zich verzet tegen de verkoop van reproducties van de auteursrechtelijk beschermde werken in de vorm van canvas transfers zonder toestemming van haar cliënten – de auteursrechthebbenden – en heeft Allposters gesommeerd om die verkoop te staken, anders zouden gerechtelijke stappen volgen.

17 Omdat Allposters aan deze sommatie geen gehoor heeft gegeven, heeft Pictoright bij de Rechtbank Roermond gevorderd Allposters te veroordelen elke directe of indirecte inbreuk op de auteursrech-

ten of persoonlijkheidsrechten van de rechthebbenden te staken.

18 Bij vonnis van 22 september 2010 heeft de Rechtbank Roermond deze vordering afgewezen. Pictoright heeft tegen die beslissing hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch, dat bij arrest van 3 januari 2012 het vonnis heeft vernietigd en de vorderingen van Pictoright grotendeels heeft toegewezen.

19 Volgens die rechter is de verkoop van een poster of van een canvasdoek waarop een kunstwerk is vastgelegd, een openbaarmaking in de zin van het Nederlandse recht. Volgens het arrest van de Hoge Raad der Nederlanden van 19 januari 1979 (NJ 1979/412, Poortvliet) is er sprake van een nieuwe openbaarmaking in de zin van artikel 12 Aw ingeval het door de rechthebbende in het verkeer gebrachte exemplaar van een werk in een andere vorm onder het publiek wordt verspreid, hetgeen leidt tot een nieuwe exploitatiemogelijkheid voor degene die deze nieuwe vorm van dat exemplaar verhandelt (hierna: “Poortvliet-doctrine”). Het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch heeft vastgesteld dat de papieren poster, die met toestemming van de auteursrechthebbende in het verkeer is gebracht, een ingrijpende wijziging heeft ondergaan die Allposters nieuwe exploitatiemogelijkheden heeft verschaft omdat zij een hogere prijsstelling en het bereiken van een andere doelgroep mogelijk maakt. Derhalve was het Gerechtshof van oordeel dat de verhandeling van de canvas transfers een naar nationaal recht verboden openbaarmaking inhoudt en heeft het Allposters' beroep op uitputting van het distributierecht verworpen.

20 Allposters heeft tegen dit arrest beroep in cassatie ingesteld bij de verwijzende rechter. Zij betwist met name de relevantie van de Poortvliet-doctrine en de uitlegging van de begrippen “uitputting” en “openbaarmaking”, die volgens haar op het niveau van de Unie zijn geharmoniseerd. Volgens Allposters treedt bij distributie van een werk dat in een tastbare zaak is belichaamd, uitputting van het distributierecht in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2001/29 op indien die zaak door de auteursrechthebbende of met zijn toestemming in het verkeer is gebracht. Een eventuele latere wijziging in het materiaal heeft geen gevolgen voor de uitputting van het distributierecht. Pictoright stelt daarentegen dat bij ontbreken van harmonisatie van het bewerkingsrecht in het Unierechtelijke auteursrecht, de Poortvliet-doctrine haar gelding behoudt of minstens in overeenstemming is met het recht van de Unie.

21 Daarop heeft de Hoge Raad der Nederlanden de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

“1) Beheerst artikel 4 [van richtlijn 2001/29] het antwoord op de vraag of het distributierecht van de auteursrechthebbende kan worden uitgeoefend ten aanzien van een reproductie van een auteursrechtelijk beschermd werk dat door of met toestemming van de rechthebbende in de EER is verkocht en geleverd, indien deze reproductie nadien een wijziging ten aanzien van de vorm heeft ondergaan en in die vorm opnieuw in het verkeer wordt gebracht?

2) a) Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, is dan de omstandigheid dat sprake is van een wijziging als in vraag 1 bedoeld, van betekenis voor het antwoord op de vraag of uitputting als bedoeld in artikel 4, lid 2, [van richtlijn 2001/29] wordt verhinderd of doorbroken?

b) Indien het antwoord op vraag 2(a) bevestigend luidt, welke maatstaven dienen dan te worden aangelegd om van een wijziging ten aanzien van de vorm van de reproductie te spreken die uitputting als bedoeld in artikel 4, lid 2, [van richtlijn 2001/29] verhindert of doorbreekt?

c) Laten die maatstaven ruimte voor de in het nationale recht in Nederland ontwikkelde maatstaf, inhoudende dat van uitputting niet langer sprake is op de enkele grond dat de wederverkoper de reproducties een andere vorm heeft gegeven en ze in die vorm onder het publiek heeft verspreid (HR 19 januari 1979, NJ 1979/412, Poortvliet)?”

## Beantwoording van de prejudiciële vragen

22 Het Hof is in het kader van de in artikel 267 VWEU neergelegde procedure enkel bevoegd Unierechtelijke bepalingen te onderzoeken en kan geen uitspraak doen over de verenigbaarheid van het nationale recht, met inbegrip van de rechtspraak van de lidstaten, met het recht van de Unie (zie in die zin arresten *Triveneta Zuccheri e.a./Commissie*, C-347/87, EU:C:1990:129, punt 16, en *Schwarz*, C-321/07, EU:C:2009:104, punt 48).

23 In die omstandigheden moeten de prejudiciële vragen, die samen moeten worden onderzocht, aldus worden begrepen dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of de in artikel 4, lid 2, van richtlijn 2001/29 neergelegde regel van uitputting van het distributierecht van toepassing is wanneer een reproductie van een beschermd werk die met toestemming van de auteursrechthebber in de Unie in de handel is gebracht, nadien een wijziging van de drager ervan heeft ondergaan zoals de overbrenging van die op een papieren poster aangebrachte reproductie op een canvasdoek, en in die nieuwe vorm opnieuw in het verkeer wordt gebracht.

24 Om te beginnen zij gewezen op Pictorights stelling dat, gezien de ingrijpende wijzigingen van de posters bij de overbrenging van de reproducties van de beschermde werken op een canvasdoek, deze canvasdoeken bewerkingen van die werken zijn, waarop het distributierecht niet van toepassing is. Zij betoogt dat het bewerkingsrecht in het auteursrecht niet Unierechtelijk is geharmoniseerd, maar wordt geregeld door artikel 12 van de Berner Conventie.

25 Nagegaan moet dus worden of de omstandigheden van het hoofdgeding binnen de werkingssfeer van richtlijn 2001/29 vallen.

26 Wat het bewerkingsrecht betreft, kent artikel 12 van de Berner Conventie auteurs van werken van letterkunde of kunst inderdaad het uitsluitend recht toe om toestemming te verlenen tot bewerkingen, arrangementen en andere veranderingen van hun werken, en bevat de betrokken richtlijn geen vergelijkbare bepaling.

27 Zonder dat het nodig is het begrip “bewerking” in de zin van dat artikel 12 uit te leggen, kan echter worden vastgesteld dat zowel op de papieren poster als op de canvas transfer de afbeelding van een beschermd kunstwerk is aangebracht, zodat zij binnen de werkingssfeer van artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/29 vallen als kopieën van een beschermd werk die in de Unie in de handel zijn gebracht. In die bepaling is het uitsluitend recht van de auteurs neergelegd om elke vorm van distributie onder het publiek van het origineel van hun werken of kopieën daarvan, door verkoop of anderszins, toe te staan of te verbieden.

28 De omstandigheden van het hoofdgeding vallen dus binnen de werkingssfeer van artikel 4 van die richtlijn.

29 Wat de toepassingsvoorwaarden van de uitputtingsregel betreft, bepaalt artikel 4, lid 2, van die richtlijn dat het distributierecht met betrekking tot het origineel of kopieën van een werk alleen dan is uitgeput, wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsovergang van dat materiaal in de Unie geschiedt door de rechthebber of met zijn toestemming.

30 Voorts verleent artikel 4, lid 2, volgens de rechtspraak van het Hof de lidstaten geen bevoegdheid om naast de regel van uitputting in deze bepaling nog een andere uitputtingsregel vast te stellen, aangezien – zoals gesteld in overweging 31 van richtlijn 2001/29 – het divergeren van de nationale wettelijke regelingen op het punt van uitputting van het distributierecht de goede werking van de interne markt rechtstreeks kan aantasten (zie in die zin arrest *Laserdisken*, C-479/04, EU:C:2006:549, punten 24 en 56).

31 Het Hof heeft op basis van de bewoordingen van artikel 4, lid 2, geoordeeld dat de uitputting van het distributierecht is onderworpen aan een dubbele voorwaarde, namelijk, ten eerste, dat het origineel of de kopieën van een werk door de rechthebber of met zijn toestemming in de handel zijn gebracht en, ten tweede, dat deze verhandeling heeft plaatsgevonden binnen de Unie (zie arrest *Laserdisken*, EU:C:2006:549, punt 21).

32 In het hoofdgeding is niet in geschil dat de posters met reproducties van werken van beroemde schilders die vallen onder de auteursrechten van de door Pictoright vertegenwoordigde rechthebbers, in de EER in de handel zijn gebracht met toestemming van die rechthebbers.

33 Partijen in het hoofdgeding verschillen echter enerzijds van mening over de vraag of de uitputting van het distributierecht betrekking heeft op de tastbare zaak waarin het werk of een kopie daarvan is belichaamd dan wel op de intellectuele schepping van de auteur, en anderzijds over de vraag of een wijziging van de drager zoals die door Allposters is bewerkstelligd, van betekenis is voor de uitputting van het uitsluitend distributierecht.

34 Wat in de eerste plaats het voorwerp van het distributierecht betreft, verwijst artikel 4, lid 2, van richtlijn 2001/29 naar de eerste verkoop of andere eigendomsovergang van “dat materiaal”.

35 Voorts luidt het in overweging 28 van die richtlijn dat de “bescherming van het auteursrecht uit hoofde van deze richtlijn [...] het uitsluitend recht [omvat] zeggenschap over de distributie van het werk uit te oefenen, wanneer dit in een tastbare zaak is belichaamd”. Daarnaast leidt volgens die overweging de “eerste verkoop in de [Unie] van het origineel van een werk of van kopieën daarvan door de rechthebber of met diens toestemming [...] tot uitputting van het recht zeggenschap over de wederverkoop van die zaak binnen de [Unie] uit te oefenen”.

36 Evenzo kunnen volgens vaste rechtspraak van het Hof werken van letterkunde en kunst commercieel worden geëxploiteerd bij wege van publieke vertoning of bij wege van veelevoudiging en het in omloop brengen van de materiële dragers van de kopieën (arrest *FDV*, C-61/97, EU:C:1998:422, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

37 Uit voorgaande overwegingen volgt dat de wetgever van de Unie met het gebruik van de woorden “tastbare zaak” en “dat materiaal” auteurs zeggenschap heeft willen geven over de eerste verhandeling in de Unie van elke tastbare zaak waarin hun intellectuele schepping is belichaamd.

38 Zoals de Europese Commissie terecht opmerkt, vindt deze conclusie steun in het internationaal recht, met name in het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht, tegen de achtergrond waarvan richtlijn 2001/29 zo veel mogelijk moet worden uitgelegd (zie in die zin arresten *Laserdisken*, EU:C:2006:549, punten 39 en 40; *Peek & Cloppenburg*, C-456/06, EU:C:2008:232, punten 30 en 31; *Football Association Premier League e.a.*, C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 189, en *Donner*, C-5/11, EU:C:2012:370, punt 23).

39 Volgens artikel 6, lid 1, van dit verdrag hebben auteurs van werken van letterkunde en kunst immers het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor het door verkoop of andere overgang van eigendom voor het publiek beschikbaar stellen van het origineel en de exemplaren van hun werken. De betekenis van het begrip “exemplaren” is in dit verband verduidelijkt door de verdragsluitende partijen in een gemeenschappelijke verklaring betreffende de artikelen 6 en 7 van dat verdrag, die is vastgesteld door de diplomatieke conferentie op 20 december 1996, waar ook het verdrag is vastgesteld. Luidens die verklaring wordt “[o]nder ‘het origineel en kopieën’ en ‘exemplaren’, [...] die overeenkomstig deze artikelen het voorwerp van het verspreidingsrecht en het

verhuurrecht vormen, [...] uitsluitend verstaan vastgelegde exemplaren die als tastbare voorwerpen in het verkeer kunnen worden gebracht”.

40 De uitputting van het distributierecht is dus van toepassing op de tastbare zaak waarin een beschermd werk of een kopie daarvan is belichaamd indien deze zaak met toestemming van de auteursrechthebbende in de handel is gebracht.

41 In de tweede plaats moet worden nagegaan of latere wijzigingen van de materiële drager van de met toestemming van de auteursrechthebbende in de handel gebrachte zaak van betekenis zijn voor de uitputting van het distributierecht in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2001/29.

42 In het hoofdgeding bestaat de wijziging erin de op een papieren poster aangebrachte afbeelding van een kunstwerk over te brengen op een canvasdoek door middel van het in punt 15 van het onderhavige arrest beschreven procedé, wat leidt tot vervanging van de papieren drager door een doek. Blijkens de opmerkingen van partijen in het hoofdgeding leidt die techniek tot een duurzamere reproductie, een afbeelding van hogere kwaliteit in vergelijking met de poster en een resultaat dat dichterbij het origineel van het werk ligt.

43 Dienaangaande zij met de Franse regering vastgesteld dat een vervanging van de drager op de wijze zoals in het hoofdgeding leidt tot de schepping van een nieuwe zaak waarin de afbeelding van het beschermde werk wordt belichaamd, terwijl de poster als zodanig ophoudt te bestaan. Een dergelijke wijziging van de kopie van het beschermde werk, waardoor het resultaat dichterbij het origineel komt te liggen, kan in feite een nieuwe reproductie van dat werk in de zin van artikel 2, onder a), van richtlijn 2001/29 vormen, die onder het uitsluitend recht van de auteur valt en waarvoor zijn toestemming is vereist.

44 Allposters betoogt echter dat de canvas transfer niet kan worden gekwalificeerd als een reproductie omdat het aantal kopieën van het beschermde werk niet toeneemt, aangezien de afbeelding wordt overgebracht en van de papieren poster verdwijnt. Volgens haar is er geen wijziging in de inkt waarmee het werk wordt gereproduceerd en ondergaat het werk zelf geen enkele wijziging.

45 Dit betoog kan niet worden aanvaard. De omstandigheid dat de inkt bewaard blijft tijdens de overbrenging doet immers niet af aan de vaststelling dat de drager van de afbeelding is gewijzigd. Van belang is of de gewijzigde zaak op zich, in zijn geheel beschouwd, materiële de zaak is die in de handel is gebracht met toestemming van de rechthebbende. Dat lijkt niet het geval te zijn in het hoofdgeding.

46 De toestemming van de auteursrechthebbende heeft dus geen betrekking op de distributie van een zaak waarin zijn werk is belichaamd indien die zaak na de eerste verhandeling ervan dusdanig is gewijzigd dat zij een nieuwe reproductie van dat werk vormt. In die hypothese is het distributierecht betreffende een dergelijke zaak slechts uitgeput na de eerste verkoop of andere eigendomsomvang van die nieuwe zaak met toestemming van de rechthebbende.

47 Deze uitlegging vindt steun in de belangrijkste doelstelling van richtlijn 2001/29, die, zoals uit de overwegingen 9 en 10 ervan blijkt, erin bestaat een hoog beschermingsniveau voor onder meer de auteurs te verwezenlijken, zodat dezen een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen (zie arresten SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, punt 36; Peek & Cloppenburg, EU:C:2008:232, punt 37, en Football Association Premier League e.a., EU:C:2011:631, punt 186).

48 Blijkens de argumenten die partijen in het hoofdgeding voor het Hof hebben aangevoerd, hebben de auteursrechthebbenden geen toestemming gegeven voor de distributie van de canvas transfers, althans niet uitdrukkelijk. Toepassing van de regel van uitputting van het distributierecht zou die rechthebbenden dus de mogelijkheid ontnemen om de distributie van die zaken te verbieden of, in geval van distributie, een passende beloning voor de commerciële exploitatie van hun werken te eisen. In dat verband heeft het Hof reeds geoordeeld dat, om passend te zijn, een dergelijke beloning in een redelijke verhouding tot de economische waarde van de exploitatie van het beschermde voorwerp moet staan (zie naar analogie arrest Football Association Premier League e.a., EU:C:2011:631, punten 107-109). Partijen in het hoofdgeding erkennen dat de economische waarde van canvas transfers aanzienlijk hoger is dan die van posters.

49 Gelet op een en ander moet op de prejudiciële vragen worden geantwoord dat artikel 4, lid 2, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat de regel van uitputting van het distributierecht niet van toepassing is wanneer een reproductie van een beschermd werk die met toestemming van de auteursrechthebbende in de Unie in de handel is gebracht, nadien een vervanging van de drager ervan heeft ondergaan zoals de overbrenging van die op een papieren poster aangebrachte reproductie op een canvasdoek, en in die nieuwe vorm opnieuw in het verkeer wordt gebracht.

#### Kosten [...]

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

**Artikel 4, lid 2, van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij moet aldus worden uitgelegd dat de regel van uitputting van het distributierecht niet van toepassing is wanneer een reproductie van een beschermd werk die met toestemming van de auteursrechthebbende in de Europese Unie in de handel is gebracht, nadien een vervanging van de drager ervan heeft ondergaan zoals de overbrenging van die op een papieren poster aangebrachte reproductie op een canvasdoek, en in die nieuwe vorm opnieuw in het verkeer wordt gebracht.**

#### Noot

M.M.M. van Eechoud

Prof. mr. M.M.M. van Eechoud is hoogleraar Informatierecht bij het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit blad.

Het Europese equivalent van het *Poortvliet* arrest van onze Hoge Raad, zo is de Nederlandse jurist geneigd deze uitspraak te beschouwen. Want de vraag waarover het HvJEU zich moest buigen gaat over de reikwijdte van uitputting in gevallen waarin stoffelijke exemplaren worden "bewerkt". In *Poortvliet* oordeelde de HR dat het uitsnijden van prenten van een kalender, om die vervolgens ieder op spaanplaat bevestigd te koop aan te bieden, een vorm van materiële openbaarmaking is die niet onder de uitputtingsuitsondering valt. In Europees-auteursrechtelijke terminologie gaat het om het distributierecht.

Allposters verkoopt posters en biedt diverse afwerking- en inlijstmogelijkheden. Een bijzondere variant is de canvas transfer: de afbeelding wordt middels een chemisch procedé van het papier overgezet op een canvasdoek. Het papier blijft leeg achter. Het doek wordt op een houten frame gespannen. Is dit een vorm van distributie waarvoor uitputting geldt (art. 4 lid 2 Auteursrecht-richtlijn; art. 12b Aw)? Dat is in de kern de vraag die het Hof

gesteld kreeg van de Hoge Raad, op aangeven van A-G in buitengewone dienst Verkade.

Wat weten we na deze uitspraak? Het geharmoniseerde distributierecht (art. 4 Auteursrechtlijn) geldt inderdaad ook voor verspreiding van fysieke exemplaren waarvan de vorm is gewijzigd. Daarentegen geldt uitputting *niet* voor distributie van fysieke exemplaren waarvan zonder toestemming de vorm is gewijzigd. Uitputting bestaat ook niet voor alle digitale kopieën van werken die op grond van de Auteursrechtlijn beschermd zijn (r.o. 37, 40). Het Hof benadrukt dat het distributierecht betrekking heeft op tastbare zaken; voor werken die niet op een materiële drager zijn vastgelegd (die tegelijk met het werk wordt verspreid) geldt het distributierecht dus niet. Voor software kwam het Hof eerder tot een andere conclusie in het *UsedSoft* arrest; de revolutionaire potentie van die uitspraak, namelijk de mogelijk analoge toepassing voor alle soorten werken, lijkt mij nu duidelijk 'kaltgestelt'. Zie uitgebreid over *UsedSoft* en de mogelijke gevolgen ervan: M. Senftleben, 'Het eerste schaap over de dam', *AMI* 2013/2, p. 56-60; F.W. Grosheide, 'Een revolutie in het EU-auteursrecht?', *AMI* 2013/2, p. 61-72; H. Struik, 'Past de *UsedSoft*-constructie ook in de Auteursrechtlijn?', *AMI* 2014/2, p. 47-52; W.G.L. Duing, 'Rekken en strekken met de *UsedSoft*-formule', *AMI* 2014/1, p. 1-10. Tot slot weten we ook: Of de Poortvliet-doctrine spoort met uitputtingsleer zoals neergelegd in artikel 4 lid 2 Auteursrechtlijn mogen we zelf bedenken.

Wat weten we nog steeds niet helemaal zeker? Dat er inderdaad geen geharmoniseerd bewerkingsrecht is. Het Hof constateert dat de Auteursrechtlijn geen met artikel 12 Berner Conventie vergelijkbare bepaling kent. Verder laat het zich niet uit de tent lokken. In de literatuur wordt wel aangenomen dat het bewerkingsrecht voor werken onder de Auteursrechtlijn niet geharmoniseerd is (de *Software*richtlijn voorziet wel in een bewerkingsrecht), zie bijv. de literatuur genoemd in Mireille van Eechoud, 'Adaptations', in Van Eechoud (ed.), *The Work of Authorship*, Amsterdam University Press 2014 (<http://www.oapen.org/search?identificer=503030>). J. Cabay & M. Lambrecht, 'Remix prohibited: how rigid EU copyright laws inhibit creativity', *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2015, p. 359-377 belichten beide kanten: bij een ruime omvatting van wat 'expression' is kan bewerken ook onder het reproductiebegrip gebracht worden. Kritisch over het uitblijven van duidelijkheid is E. Rosati, 'Online copyright exhaustion in a post-Allposters world', *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2015, p. 673-681.

Het Hof concludeert dat de canvastransfer een kopie van het werk is waarop het distributierecht van toepassing is. Moeten we daaruit afleiden dat elke vastlegging – ongeacht of het werk gewijzigd is – een kopie is die onder het distributierecht valt? Nee, want het Hof baseert zijn oordeel juist op het feit dat de canvastransfer kwalitatief 'dichterbij' het originele kunstwerk staat dan de poster. De Nederlandse rechter vond overigens van niet, omdat de kleur op de transfer anders is.

Voor een antwoord op de vraag waar een kopie (reproductie in de zin van art. 2 Richtlijn) ophoudt en een bewerking begint geeft het arrest geen wenken. Ook eerdere uitspraken van het Hof helpen niet. In *Deckmeyn* (*AMI* 2014/6, Nr. 16, HvJEU zaak C-201/1 m.nt. Koelman) maakte het Hof duidelijk dat de parodie (art. 5 lid 3 sub k Auteursrechtlijn) een autonoom uit te leggen begrip is. Volgens het dictum is niet vereist dat de parodie "een ander eigen oorspronkelijk karakter vertoont dan louter duidelijke verschillen met het geparodieerde de oorspronkelijke werk". Het kan een bewerking zijn dus, maar ook is denkbaar dat naast de 'louter duidelijke verschillen' van het geheel letterlijk (beschermd) elementen zijn overgenomen.

In *Painer* (HvJEU 1 december 2011, zaak C-145/10, *AMI* 2012/2 Nr. 6 m.nt. M. van Eechoud) speelde onder andere de vraag of indien een portretfoto van beperkte creatieve keuzes blijkt geeft, dit betekent

dat een 'fotofit' sneller als niet-inbreukmakend heeft te gelden. De fotofit bewerking bestond er uit dat met behulp van software het uiterlijk van de geportretteerde op oudere leeftijd werd 'voorspeld'. In feite ging het dus ook om de vraag waar de grenzen liggen in het continuüm werk-kopie-bewerking-nieuw werk. Maar daar zei het Hof niets over. En zoals bekend ging het in de allereerste zaak waarin het Hof bepaalde dat het werkbegrip een autonoom geharmoniseerd begrip is niet over bewerkingen: in *Infopaq* ging het enkel om gedeeltelijke maar wel letterlijke overname van tekstfragmenten (HvJEU 16 juli 2009, C-5/08, *AMI* 2009/5, Nr. 20 m.nt. K.J. Koelman). Toch kan het niet anders dan dat het Hof op enig moment de vraag niet langer kan ontwijken waar het 'bewerkingsgat' in het acquis zit en wat daarvan de consequenties zijn. Dat die dag gaat komen was na *Infopaq* al duidelijk. Het ligt het meest voor de hand dat een prejudiciële vraag over de reikwijdte van het reproductierecht van art. 2 Auteursrechtlijn de eerste echte uitspraak over bewerkingen zal uitlokken.