

Nr. 14 Anne Frank Stichting/ Anne Frank-Fonds

Hof Amsterdam

6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:395

Tentoonstellen in Anne Frank Huis van drie brieven van Otto Frank is openbaarmaking. De tentoonstellingsexceptie van artikel 23 Aw is niet van toepassing op brieven die ter lezing worden aangeboden. Het belang bij uitoefening van vrijheid van informatie van de Anne Frank Stichting weegt niet zwaarder dan het belang van het Anne Frank Fonds bij handhaving van haar auteursrecht. De Stichting had vooraf om toestemming kunnen vragen. Verbod (zonder dwangsom) om de drie brieven opnieuw tentoon te stellen alsnog toegewezen.

Arrest

In de zaak van
de stichting naar Nederlands recht
ANNE FRANK STICHTING,
gevestigd te Amsterdam,
appellante in principaal appel,
geïntimeerde in incidenteel appel,
advocaat: mr. T. Cohen Jehoram te Amsterdam,

tegen

de stichting naar Zwitsers recht
ANNE FRANK-FONDS,
gevestigd te Bazel (Zwitserland),
geïntimeerde in principaal appel,
appellante in incidenteel appel,
advocaat: mr. K.J. Koelman te Amsterdam.

(...)

3 Beoordeling

3.1 Het gaat in deze zaak – voor zover in hoger beroep van belang – om het volgende.

3.1.1 Het Fonds is een stichting naar Zwitsers recht. Het Fonds is in 1963 opgericht door de vader van Anne Frank, Otto Heinrich Frank (hierna: Otto Frank). Het Fonds heeft tot doel om een sociale en culturele rol te spelen in de geest van Anne Frank. Bij testament van 15 december 1978 heeft Otto Frank het Fonds aangewezen als zijn enig erfgenaam. Otto Frank is in 1980 overleden. Door de aanwijzing tot enig erfgenaam is het Fonds rechthebbende geworden op alle aan Otto Frank toekomende auteursrechten op zijn werken.

3.1.2 De Stichting is opgericht in 1957. Blijkens het uittreksel uit het register van de Kamer van Koophandel is het doel van de Stichting:

“Het instand houden van het Perceel Prinsengracht 263 te Amsterdam – het Anne Frank Huis – en speciaal van het daartoe behorende Achterhuis, alsmede het uitdragen van de idealen, aan de wereld nagelaten in het dagboek van Anne Frank. De stichting beheert het Anne Frank Huis als een voor publiek toegankelijk museum, met het Achterhuis als belangrijkste onderdeel van de museale collectie”

3.1.3 Joseph Schildkraut (hierna: Schildkraut) was een Amerikaanse acteur, die in de Amerikaanse versie van de toneel- en filmbewerking van “Het dagboek van Anne Frank” de rol van Otto Frank heeft gespeeld. Schildkraut heeft onder meer over deze rol met Otto Frank gecorrespondeerd.

3.1.4 In 2012 verwierf de Stichting een collectie brieven en documenten uit de nalatenschap van Schildkraut (hierna: de Schildkraut-collectie). De Schildkraut-collectie bevat circa 50 brieven van Otto Frank aan Schildkraut.

3.1.5 Bij brief van 20 november 2012 heeft het bestuur van het Fonds zich tot de Stichting gewend. De brief houdt voor zover van belang in:

“Schildkraut Archive

Dear Mr Leopold [directeur van de Stichting, hof],

We have learned that you acquired the Schildkraut Archive. Parts of this Archive are letters and other documents created by Otto Frank and also photos made by him. As you know, Anne Frank Fonds is the owner of the copyright to all of Otto Frank's creations. This means that the AFF's permission is needed for any lawful publication, exhibition, copying, creation of the derivative works, quotation etc. of the works of Otto Frank that you recently acquired. To avoid any possible misunderstandings in the future, will you please acknowledge this to us.”

Deze brief is door de Stichting niet beantwoord.

3.1.6 De Stichting heeft een tijdelijke tentoonstelling georganiseerd in het Anne Frank Huis onder de titel “Dit toneelstuk is een deel van mijn leven”. De tentoonstelling is gehouden van 15 oktober 2013 tot en met 15 april 2014.

In de tentoonstelling waren drie geschriften in de Engelse taal opgenomen van de hand van Otto Frank (hierna: de drie brieven), afkomstig uit de Schildkraut-collectie:

- een brief van 4 februari 1955 van Otto Frank aan Schildkraut
- een brief van 3 april 1955 van Otto Frank aan Schildkraut
- een brief van oktober 1955 van Otto Frank met de aanhef: “TO ALL CONNECTED WITH THE PLAY:”.

De drie brieven hebben alle drie betrekking op de opvoering c.q. de première van het toneelstuk "The Diary of Anne Frank".

3.1.7 Bij brief van 27 december 2013 heeft het Fonds de Stichting als volgt geschreven:

"We have established that the Anne Frank House exhibits three letters by Otto Frank that were part of the so-called Schildkraut collection that you acquired last year.

As you know, the Anne Frank Fonds is the sole heir of Otto Frank, and in that capacity is the copyright holder to all of Otto Frank's works, including the three letters. As the Anne Frank Stichting should know, and was made aware of by our letter of November 2012 to the Anne Frank Stichting, our permission is needed to make Otto Frank's works, and in particular the mentioned letters, available to the public, for instance, by exhibiting them. To this aforementioned letter we received no reply.

The Anne Frank Stichting did not acquire our permission. The exhibition of the letters therefore is a straightforward infringement of the Anne Frank Fonds' copyrights. The making available to the public of the letters that were never made public before, additionally deprives the Anne Frank Fonds in its capacity of copyright holder, of its right to decide when and whether the letters are made public at all.

Will you therefore please confirm that you will remove the said letters from your exhibition by the 6th January, 2014.

We hope that on this occasion the Anne Frank Stichting will respect the rights of the Anne Frank Fonds.

(...)"

3.1.8 Op de sommatie om de drie brieven uit de tentoonstelling te verwijderen is door de Stichting bij brief van 6 januari 2014 als volgt geantwoord:

"(...)

First and foremost, we undertake all our projects with great care to ensure that rights of third parties are respected. (...)

We therefore do not believe that exhibiting these letters interferes with any rights of the Anne Frank Fonds.

Considering the above, we cannot provide you with the confirmation you have requested."

3.2 Het Fonds heeft gevorderd dat de rechtbank, bij vonnis zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. voor recht verklaart dat de Stichting inbreuk heeft gemaakt op de auteursrechten van het Fonds en aldus onrechtmatig heeft gehandeld jegens het Fonds, door de drie brieven ten toon te stellen zonder daarvoor toestemming te hebben van het Fonds;

2. de Stichting verbiedt inbreuk te maken op de auteursrechten van het Fonds;
3. meer in het bijzonder, de Stichting verbiedt om:
 - a. objecten waarin werken zijn belichaamd ten aanzien waarvan het Fonds auteursrechthebbende is en welke niet vallen onder de werktypen "teken-, schilder-, bouw- of beeldhouwwerk of werk van toegepaste kunst" als opgesomd in artikel 23 Auteurswet (Aw), zonder toestemming van het Fonds ten toon te stellen;
 - b. dergelijke werken ten aanzien waarvan de Stichting rechthebbende is, anderszins openbaar te maken en/of te verveelvoudigen voor openbare tentoonstelling;
4. de Stichting veroordeelt tot betaling van een direct opeisbare dwangsom van € 25.000,- per overtreding van een van de bovengenoemde verboden, en, ter keuze van het Fonds, per dag, een dagdeel daaronder begrepen, dat de overtreding voortduurt;
5. de Stichting, op de voet van artikel 1019h Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, veroordeelt in de kosten van het geding.

3.3 De rechtbank heeft de vordering van het Fonds onder 1 toegewezen, de vorderingen onder 2 tot en met 4 afgewezen en de Stichting veroordeeld in de kosten op de voet van art. 1019 h Rv, die zij heeft begroot op een bedrag van € 20.000,-.

3.4 Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt de Stichting in principaal appel op met zeven grieven en het Fonds in incidenteel appel met twee grieven.

3.5 Ook in hoger beroep gaat het om het antwoord op de vraag of het Fonds aan de Stichting het auteursrecht kon tegenwerpen om het tentoonstellen van de drie brieven door de Stichting tegen te gaan en of het Fonds de Stichting op straffe van een dwangsom kan (doen) verbieden inbreuk te maken op de aan het Fonds toekomende auteursrechten. Daarbij stelt het hof vast dat tussen partijen niet (meer) in geschil is dat de drie brieven werken zijn in de zin van artikel 1 Aw, Otto Frank de maker is van de drie brieven en het Fonds als erfgenaam van Otto Frank auteursrechthebbende is op de drie brieven.

Principaal appel

3.6 In rov 4.7 van het bestreden vonnis heeft de rechtbank overwogen dat de Nederlandse wetgever ervoor heeft gekozen tentoonstellen te bestempelen als een in beginsel aan de maker voorbehouden vorm van openbaar maken. Hiertegen is grief 1 gericht. Voorts heeft de rechtbank, naar aanleiding van het standpunt van de Stichting dat artikel 23 Aw een beperking van het auteursrecht bevat die erin voorziet dat eigenaren van werken deze kunnen tentoonstellen, zonder toestemming van de auteursrechthebbende, in rov 4.8 overwogen dat de beperking van artikel 23 Aw geen betrekking heeft op (de tentoonstelling van) andere dan artistieke werken. Hierop ziet grief 2. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.6.1 Ter toelichting voert de Stichting aan dat het tentoonstellen van geschriften niet een aan de maker voorbehouden vorm van openbaarmaking en dus geen auteursrechtelijk relevante handeling

is. De Auteursrechtlijn bevat geen tentoonstellingsrecht en laat geen ruimte voor nationaal tentoonstellingsrecht, terwijl een eventueel nationaal tentoonstellingsrecht alleen betrekking heeft op artistieke werken en niet op geschriften/brieven, waarvan het tentoonstellen gelijk staat aan raadpleging ter plaatse. Het noemen van “een werk van letterkunde” in artikel 12 lid 1 Aw vormt geen aanwijzing dat het tentoonstellen van brieven een openbaarmaking is, immers ten aanzien van ieder soort werk moet worden aangeknoopt bij de natuurlijke betekenis van het begrip openbaarmaking. Bij tentoonstellen gaat het om een neerzetten of ophangen om het voor het publiek mogelijk te maken een artistiek werk te bekijken en niet om het tentoonstellen van een werk van letterkunde. Indien het tentoonstellen van geschriften auteursrechtelijk relevant is, betekent dit dat de beperking van artikel 23 Aw ook op geschriften/brieven van toepassing is. Anders zou dit tot de merkwaardige consequentie leiden dat een museum wel schilderijen en tekeningen tentoon mag stellen maar geen brieven. De wetgever heeft in 2004 geen bewuste keuze gemaakt om geschriften niet onder de beperking van artikel 23 Aw te scharen, aldus de Stichting.

3.6.2 Zoals de rechtbank in rov 4.4 op goede gronden heeft overwogen, geeft de Aw in artikel 12 lid 1 geen uitputtende opsomming van wat onder openbaarmaking moet worden verstaan (“Onder de openbaarmaking van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt mede verstaan (...)” [cursivering hof])

Tentoonstellen is een openbaarmaking in de zin van de Aw, hetgeen bevestiging vindt in artikel 12 lid 4 waarin het begrip tentoonstellen expliciet wordt vermeld:

“Onder een voordracht, op- of uitvoering of voorstelling in het openbaar wordt mede begrepen die in besloten kring, tenzij deze zich beperkt tot de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring, en voor de toegang tot de voordracht, op- of uitvoering of voorstelling geen betaling, in welke vorm ook, geschiedt. Hetzelfde geldt voor een tentoonstelling.” [cursivering hof]

Hieruit volgt dat de tentoonstelling tegen betaling in niet-besloten kring, zoals die zich in dit geval, naar vast staat, voordeed, een openbaarmaking inhoudt. Het tentoonstellen van geschriften, in dit geval de drie brieven, kan niet, zoals de Stichting aanvoert, gelijk worden gesteld met het aan individuele bezoekers ter beschikking stellen van deze werken voor raadpleging ter plaatse. Openbaarmaking is een centraal begrip en de wetgever (zowel op nationaal als op Unieniveau) heeft gekozen voor een ruime omschrijving daarvan. Voor de vraag of het gaat om een openbaarmaking is van belang, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de verwijzing naar de besloten kring in art. 12 lid 4 Aw, dat het gaat om een onbepaalde, in beginsel onbeperkte, groep personen. Het gaat in dit geval om het aan een breed publiek tegelijkertijd tentoonstellen van de drie brieven en niet om het aan een individuele bezoeker ter beschikking stellen van een enkel exemplaar voor bestudering ter plaatse.

De tentoonstelling als in deze zaak aan de orde is derhalve een openbaarmaking in de zin van de Aw.

3.6.3 Ook deelt het hof het oordeel van de rechtbank in rov 4.5 dat tentoonstellen niet beperkt is tot teken-, schilder-, bouw- of beeldhouwwerken of werken van toegepaste kunst (hierna ook: artistieke werken). Tot de wijziging in 2004 van artikel 23 Aw (ingevolge de implementatie van de 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, hierna: de Auteursrechtlijn) was op grond van dit artikel de eigenaar van artistieke werken gerechtigd deze in het openbaar tentoon te stellen. De toestemming van de maker was daarvoor niet vereist. Een dergelijke beperking van het auteursrecht (ten gunste van de eigenaar/niet auteursrechthebbende) zou overbodig zijn geweest indien krachtens de Aw het tentoonstellen van werken, ook die niet als artistieke werken kwalificeren, niet als een in beginsel aan de maker voorbehouden wijze van openbaar maken zou worden aangemerkt. Het tentoonstellen van de drie brieven is dus (in beginsel) een aan de auteursrechthebbende voorbehouden wijze van openbaar maken.

3.6.4 De vraag of de tentoonstellingsexceptie van artikel 23 Aw zich mede uitstrekt tot de drie brieven moet ontkennend worden beantwoord. Het hof stelt voorop dat de Auteursrechtlijn, die in 2004 in Nederland is geïmplementeerd, een hoog niveau van bescherming beoogt te bieden aan auteursrechthebbers. Dit brengt met zich dat beperkingen van het auteursrecht, zoals artikel 23 Aw, eng moeten worden uitgelegd en niet ruim, zoals door de Stichting bepleit. In dat opzicht is de tekst van artikel 23 Aw:

“Tenzij anders overeengekomen, is de eigenaar, bezitter of houder van een teken-, schilder-, bouw- of beeldhouwwerk of een werk van toegepaste kunst bevoegd dat werk te veelvoudigen of openbaar te maken voor zover dat noodzakelijk is voor openbare tentoonstelling (...)” [cursivering hof]

duidelijk en niet voor meerderlei uitleg vatbaar en kan daarin niet worden gelezen dat geschriften zoals brieven daar ook onder vallen. Dat dit, zoals de Stichting aanvoert, tot de merkwaardige consequentie leidt dat een museum (zonder toestemming van de auteursrechthebbende) wel schilderijen en tekeningen tentoon mag stellen maar geen brieven, brengt het hof niet tot een ander oordeel. In dat verband verdient opmerking dat het kennisnemen van een ter lezing aangeboden tekst, wat de bij de openbaarmaking daarvan betrokken belangen betreft, te zeer verschilt van de aanschouwing van de in artikel 23 Aw genoemde vormen van kunst om daarmee op dit punt gelijkgesteld te worden. Daaraan doet niet af dat het hier, in de visie van de Stichting, vooral gaat om het tonen van de authentieke stukken.

3.6.5 De grieven 1 en 2 falen.

3.7 De rechtbank heeft het beroep van de Stichting op het citaatrecht als voorzien in artikel 15a Aw afgewezen. Hiertegen komt de Stichting op met grief 3.

Ter toelichting voert de Stichting aan dat de brieven aan het publiek werden getoond in het kader van een tentoonstelling over de

toneel- en filmbewerking van het dagboek van Anne Frank (de Wis-seltentoonstelling) met een duidelijk educatief doel. Voorts zijn de brieven rechtmatig openbaar gemaakt, is de omvang (twee brieven beslaan slechts een pagina, een brief nog geen anderhalve pagina) gerechtvaardigd door het educatieve doel van de tentoonstelling en zijn de morele rechten van de maker in acht genomen door vermelding van de naam van Otto Frank bij de tentoongestelde brieven.

3.7.1 Niet in geschil is dat de drie brieven geheel (en niet deels) openbaar zijn gemaakt. Dat betekent dat het aan de Stichting is om te stellen en te onderbouwen dat en waarom er desondanks sprake is van citaten in de zin van art. 15 a Aw. Zoals hiervoor onder 3.6.5 overwogen, moeten beperkingen van het auteursrecht, derhalve ook het citaatrecht van artikel 15a Aw, beperkt worden uitgelegd. Tevens dient aan alle (cumulatieve) voorwaarden van dit artikel te zijn voldaan. Evenmin als in eerste aanleg heeft de Stichting in hoger beroep toegelicht waarom, zoals de voorwaarde van artikel 15a Aw lid 1 aanhef sub 2 bepaalt:

“(...) aantal en omvang der geciteerde gedeelten door het te bereiken doel zijn gerechtvaardigd”.

De enkele stelling dat de omvang van de drie brieven beperkt is tot hooguit anderhalve pagina per brief is daartoe onvoldoende. Dit geldt temeer nu het Fonds gemotiveerd heeft betwist dat de drie brieven onder het citaatrecht vallen, onder meer door te wijzen op de tijdens de tentoonstelling bij de brieven geplaatste bordjes die slechts een of twee regels per brief en daarmee het “echte” citaat bevatten.

Nu de Stichting ook in hoger beroep niet aan haar stelplicht heeft voldaan, behoeft het hof niet na te gaan of de overige voorwaarden voor een beroep op het citaatrecht zijn vervuld. Ook het beroep van de Stichting op uitputting kan niet slagen. Het enkele feit dat de drie brieven bij verzending of bij de veiling in het verkeer zijn gebracht, betekent niet dat daarmee het auteursrecht is uitgeput. Het feit dat de ontvanger van een brief het stoffelijk exemplaar mag verkopen, impliceert niet dat hij bevoegd is deze brief openbaar te maken, in dit geval: tentoon te stellen op zodanige wijze dat het publiek van de inhoud daarvan kan kennisnemen. De grief heeft geen succes.

3.8 De rechtbank heeft het beroep van de Stichting op de afweging van grondrechten en de vrijheid van meningsuiting afgewezen en daartoe overwogen, samengevat, dat de Stichting zich slechts heeft beperkt tot vermelding van het algemene, (historische, culturele en educatieve) publieke belang bij het tentoonstellen van origineel historisch materiaal en niet heeft weersproken dat zij het Fonds vooraf om toestemming had kunnen vragen. Hiertegen is grief 4 van de Stichting gericht.

3.8.1 Met een beroep op het concrete belang van het algemene publiek bij de tentoonstelling van de drie brieven voert de Stichting aan dat, gelet op de verstrekkende gevolgen van de vorderingen van het Fonds, de aanastang van dit belang groot is, nu het door de Stichting geëxploiteerde museum veelvuldig in het kader van het onderwijs wordt bezocht en tentoonstelling van de daadwerkelijke,

authentieke brieven noodzakelijk is, onder meer in het kader van de beschikbaarheid van informatie over de holocaust en het bestaan van holocaust-ontkenners. Voor wat betreft de mogelijkheid van het vragen van toestemming geldt dat de vraag die voorligt is óf er toestemming nodig is. Daar komt bij dat gezien de consistente weigering van het Fonds in overleg te treden het van weinig realiteitszin getuigt van de Stichting te verlangen dat zij het Fonds vooraf om toestemming vraagt, aldus de Stichting.

3.8.2 Het hof onderschrijft het oordeel van de rechtbank. Ook in hoger beroep heeft de Stichting onvoldoende onderbouwd waarom haar belang bij de uitoefening van de vrijheid van informatie zwaarder dient te wegen dan het belang van het Fonds bij handhaving van zijn auteursrecht op de drie brieven. Daarbij acht het hof van belang dat het hier niet gaat om brieven die dateren uit de Tweede Wereldoorlog, maar slechts om brieven van Otto Frank uit 1955 aan een acteur respectievelijk het grote publiek. Uit hetgeen het hof in het voorgaande heeft overwogen, volgt dat voor het tentoonstellen van de drie brieven voorafgaande toestemming van het Fonds nodig was. Overigens is ook in beroep niet, althans onvoldoende komen vast te staan dat het Fonds niet bereid is/was met de Stichting in overleg te treden; dat het Fonds in het kader van dat overleg eigen wensen heeft geformuleerd volstaat daartoe niet. De grief faalt.

3.9 In rov 4.12 heeft de rechtbank overwogen dat het Fonds er een rechtmatig belang bij heeft dat wordt vastgesteld dat het zonder zijn toestemming tentoonstellen van de drie brieven een inbreuk op zijn auteursrecht is en dat de Stichting aldus onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld. Van misbruik van bevoegdheid of strijd met de redelijkheid is dan ook geen sprake. Daaraan doet niet af dat het Fonds in het verleden vaak toestemming heeft verleend in situaties waarin hem door de Stichting om toestemming werd gevraagd en dat aannemelijk is dat, zoals namens het Fonds ter comparitie is verklaard, hij zijn toestemming desgevraagd ook deze keer zou hebben verleend. Dat onderstreept in plaats daarvan dat de Stichting geen (voldoende) belang had om (voorafgaand) overleg met het Fonds over het gebruik van de drie brieven uit de weg te gaan, aldus de rechtbank.

Hiertegen is grief 5 gericht.

3.9.1 De Stichting voert aan dat het Fonds onvoldoende belang heeft bij zijn vordering en uitsluitend heeft gesteld dat er eerdere rechtszaken tussen partijen hebben gespeeld. Dit is een onvoldoende concreet belang in de zin van artikel 3:303 BW. De gevorderde verklaring voor recht is bovendien onvoldoende concreet omschreven en houdt geen rekening met de omstandigheden van het geval.

3.9.2 Dat het Fonds een processueel belang heeft (gelet op de proceskostenveroordeling) staat als zodanig niet ter discussie. Het gaat erom of het Fonds ook een materieel/inhoudelijk belang heeft bij de gevorderde verboden en/of verklaring voor recht. Als uitgangspunt heeft te gelden dat indien sprake is van auteursrechtinbreuk een partij in beginsel geacht wordt voldoende belang te hebben bij een gevorderd verbod en dat de rechter terughoudend dient te zijn met het afwijzen van een vordering tot een verklaring voor recht

op de grond dat er onvoldoende belang in de zin van art. 3:303 BW bestaat. Zoals de rechtbank in rov 4.12 op goede gronden heeft overwogen, heeft het Fonds er belang bij dat wordt vastgesteld dat het zonder zijn toestemming tentoonstellen van de drie brieven op de wijze zoals gedaan een inbreuk op zijn auteursrecht is en de Stichting aldus onrechtmatig heeft gehandeld jegens het Fonds. Daaraan wordt nog toegevoegd dat, zoals het Fonds bij pleidooi nader heeft uitgewerkt, door de handelwijze van de Stichting aan het Fonds ook de mogelijkheid is ontnomen om voorwaarden (bijvoorbeeld van financiële aard) te stellen, terwijl de Stichting de brieven tegen betaling aan een zeer grote groep belangstellenden heeft getoond. Ook daarin ligt een voldoende belang van het Fonds besloten. Dit geldt temeer nu de Stichting ook in beroep het standpunt huldigt dat zij niet om toestemming behoeft te vragen. De grief slaagt niet.

3.10 Met grief 6 betoogt de Stichting dat de rechtbank niet in haar overwegingen heeft betrokken dat de vorderingen van het Fonds in strijd zijn met het Notariële Testament van Otto Frank en de Stichting op grond van haar gebruiksrecht/duurovereenkomst het recht heeft de drie brieven tentoon te stellen. Ook is de Stichting op grond van haar eigendomsrecht op de drie brieven bevoegd deze tentoon te stellen.

3.10.1 Volgens de Stichting blijkt uit het Notariële Testament van Otto Frank de rolverdeling tussen de Stichting en het Fonds: de Stichting krijgt als taak een bijdrage te leveren aan het verspreiden van het gedachtengoed van Anne Frank, terwijl het Fonds een kapitaal-beherende, administratieve rol is toebedeeld. Door te trachten de tentoonstelling van stukken in verband met het toneelstuk in het Anne Frank Huis tegen te houden, handelt het Fonds in strijd met het Notariële Testament. Voorts bestaat tussen de Stichting, die als museum originele stukken beheert, en het Fonds een 50 jaar durende (stilzwijgende) duurovereenkomst, waarbij de Stichting een langdurig gebruiksrecht (waaronder tentoonstellingsrecht) heeft verworven ten aanzien van foto's en documenten waarvan het auteursrecht bij het Fonds ligt. Deze duurovereenkomst is niet, althans niet correct opgezegd vóór of tijdens de tentoonstelling van de drie brieven. Ten slotte is volgens de Stichting de tentoonstelling toegestaan op grond van haar eigendomsrechten; de redelijkheid en billijkheid brengen mee dat een museum de stukken waar zij het eigendomsrecht op heeft verkregen, tentoon moet kunnen stellen.

3.10.2 Het hof stelt voorop dat het Fonds in het Notariële Testament als enig erfgenaam van Otto Frank is aangewezen. Voorts heeft het Fonds gemotiveerd betwist dat uit een of meer van de door de Stichting overgelegde stukken zou blijken dat er een stilzwijgende doorlopende toestemming van het Fonds bestond om al het materiaal, waarop hij de auteursrechten bezit, in het Anne Frank Huis tentoon te stellen. De Stichting heeft in dat licht haar beroep op een (stilzwijgende) duurovereenkomst waarbij de Stichting een langdurig gebruiksrecht (waaronder tentoonstellingsrecht) heeft verworven, onvoldoende onderbouwd. Ook het beroep van de Stichting op haar eigendomsrecht faalt, nu de eigendom van de drie brieven nog niet impliceert dat de Stichting daarmee ook beschikt

over het recht deze brieven tentoon te mogen stellen op de wijze zoals gedaan. De grief heeft geen succes.

Incidenteel appel

3.11 De vorderingen van het Fonds, zoals hiervoor vermeld onder 3.2 sub 2 en 3, die ertoe strekken – samengevat – de Stichting te verbieden inbreuk te maken op zijn auteursrechten, op straffe van een dwangsom (sub 4), heeft de rechtbank afgewezen. Hiertegen is grief I gericht.

3.11.1 Volgens het Fonds is een algemeen verbod zoals gevorderd niet uitgesloten, mits gelet op het beginsel van proportionaliteit niet te zeer afbreuk wordt gedaan aan het door de Stichting ingeroepen belang bij de vrijheid van informatie en haar fysieke eigendomsrecht. In dit geval heeft de Stichting zich structureel schuldig gemaakt aan auteursrechtsschending en schending van andere eigendomsrechten van het Fonds, terwijl haar proceshouding in dit geschil illustreert dat de Stichting niet van zins is in de toekomst wel voorafgaande toestemming te vragen voor gebruik van het object van de rechten van het Fonds. Het gevorderde algemene verbod betekent niet dat de Stichting de betreffende werken nooit meer kan gebruiken of tentoonstellen, maar houdt slechts in dat zij dat niet meer kan zonder toestemming en daaraan te stellen voorwaarden van de zijde van het Fonds, aldus het Fonds.

3.11.2 De door het Fonds gevorderde verboden zijn te breed en te onbepaald geformuleerd en bieden geen ruimte voor de, bij verboden als hier gevorderd, noodzakelijke concrete belangenafweging, rekening houdend met de omstandigheden van het geval. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, zal bij iedere openbaarmaking – indien een daartoe strekkend verweer wordt gevoerd – een afweging dienen plaats te vinden tussen de belangen van het Fonds bij de handhaving van zijn (intellectuele) eigendomsrechten en de belangen van de Stichting zoals de vrijheid van informatie en het (fysieke) eigendomsrecht. Dat, in het algemeen, in zaken waarin sprake is van (dreigende) inbreuk op IE-rechten wel soortgelijke, ruim geformuleerde, verboden worden toegewezen doet daaraan niet af; hier doet zich immers de betrekkelijk uitzonderlijke figuur voor dat de auteursrechtshabende en de eigenaar van het fysieke stuk twee verschillende rechtspersonen zijn, terwijl voorts de aard en inhoud van de stukken en het daarvan te maken gebruik evenzeer uitzonderlijk zijn. Daarbij komt dat onvoldoende is komen vast te staan dat de Stichting zich schuldig heeft gemaakt aan eerdere inbreuken waarvan de ernst en omvang dergelijke verstrekkende verboden rechtvaardigen.

Voor zover het Fonds heeft verzocht om een minder verstrekkend verbod op te leggen, dat in het gevorderde besloten ligt, acht het hof de vordering toewijsbaar in de zin dat de Stichting zal worden verboden de onderhavige drie brieven opnieuw op soortgelijke wijze, dat wil zeggen: in leesbare vorm, tentoon te stellen. Dat de Stichting dat eenmaal, gedurende meerdere maanden, heeft gedaan staat vast, dat zij daarmee onrechtmatig handelde evenzeer en over de wederzijdse belangen is in deze procedure uitvoerig gedebatteerd, welke stellingen het hof in de voorgaande overwegingen heeft betrokken. Dit verbod doet er overigens niet aan af dat, in het

kader van een executiegeschil naar aanleiding van een overtreding, andere belangen kunnen worden aangevoerd. Het is vaste rechtspraak dat een dergelijke, thans niet voorzienbare, mogelijkheid aan een verbod niet in de weg hoeft te staan. De vorderingen komen slechts in zoverre voor toewijzing in aanmerking. Voor een dwangsom ziet het hof, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, geen aanleiding. De grief slaagt ten dele.

3.12 De conclusie is dat (daargelaten de hierna te behandelen grieven tegen de proceskostenveroordeling) het principaal appel faalt en grief 1 in incidenteel appel deels slaagt. Bij deze uitkomst heeft het Fonds geen belang meer bij een bespreking van zijn beroep op het droit de publication.

proceskosten

3.13.1 Aangezien de toegewezen vordering sub 1 van het Fonds als hoofdvordering is te beschouwen en ook de nevenvordering sub 2 (zij het in aangepaste vorm) in hoger beroep zal worden toegewezen, heeft de Stichting zowel in eerste aanleg als in principaal appel als overwegend in het ongelijk gestelde partij te gelden en dient zij de kosten daarvan te dragen. De rechtbank heeft deze kosten terecht en op goede gronden begroot op € 20.000,-. Daarmee zijn grief 7 in principaal appel en grief 2 in incidenteel appel behandeld en verworpen.

3.13.2 Het hof begroot op de voet van artikel 1019h Rv de advocaatkosten in hoger beroep aan de hand van het (thans geldende) indicatietarief op € 20.000,-. De indicatietarieven zijn bedoeld om een zeker houvast te bieden voor het oordeel of het gaat om redelijke en evenredige kosten en voor beide partijen voorspelbaarheid ten aanzien van de kostenveroordeling te bevorderen. In de United Video-beslissing heeft het HvJEU toepassing van dergelijke tarieven niet in strijd met de Handhavingsrichtlijn geacht. De onderhavige zaak, die in de kern ziet op een relatief beperkte inbreuk door het tentoonstellen van drie brieven, is niet te kenschetsen als eenvoudig, maar ook niet als bijzonder complex of uitgebreid. Hoewel de gemaakte kosten volgens het Fonds hoger zijn, acht het hof genoemd bedrag redelijk en evenredig.

3.13.3 Aangezien voor de toepassing van de tarieven (daaronder begrepen de categorie indeling) principaal en incidenteel beroep als één procedure gelden, acht het hof een kostenverdeling in de verhouding 80 (principaal appel) : 20 (incidenteel appel) redelijk, hetgeen betekent dat de Stichting in principaal appel wordt veroordeeld tot betaling van € 16.000,-.

Nu het incidenteel appel deels slaagt, ziet het hof aanleiding de kosten van het incidenteel appel te compenseren.

3.14 Het hof passeert de bewijsaanbiedingen omdat deze niet zijn gebaseerd op voldoende geconcretiseerde stellingen die, indien al bewezen, tot een ander oordeel kunnen leiden.

4 Beslissing

Het hof:

In het principaal en in het incidenteel appel

vernietigt het vonnis van 10 juni 2015, voor zover de rechtbank daarbij de vordering van het Fonds tot het aan de Stichting opleggen van een verbod als hiervoor onder 3.2 vermeld, heeft afgewezen;

en in zoverre opnieuw rechtdoende:

verbiedt de Stichting inbreuk te maken op de auteursrechten van het Fonds door de drie brieven opnieuw op soortgelijke wijze, dat wil zeggen: in leesbare vorm, tentoon te stellen.

bekrachtigt het bestreden vonnis voor het overige;

in het principaal appel

veroordeelt de Stichting in de kosten van het geding in principaal appel, tot op heden aan de zijde van het Fonds begroot op € 711,- aan verschotten en € 16.000,- voor salaris;

in het incidenteel appel

compenseert de kosten aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het in hoger beroep meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. E.M. Polak, E.E. van Tuyl van Serooskerken-Röell en P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 6 februari 2018.



Prof. mr. J.J.C. Kabel is redacteur van dit blad.

Tentoonstellen van ongepubliceerde brieven

Het gaat om de vraag of de houder van brieven deze mag tentoonstellen. Laten we om te beginnen even vaststellen dat de opstelling van de Stichting Anne Frank (hierna de Stichting), de houder van de brieven die zelf geen auteursrechthebbende is, verwondert. De wettekst is duidelijk: openbaar maken, inclusief tentoonstellen van niet eerder openbaar gemaakte brieven die als werk kunnen worden beschouwd mag niet zonder toestemming van de auteursrechthebbende, tenzij het gaat om een visuele reportage van een actuele gebeurtenis (art. 16a Aw). De Stichting reageert niet wanneer het auteursrechthebbende Anne Frank Fonds (hierna het Fonds) de Stichting hierop attendeert en stelt de brieven tentoon. De eerste vraag is dus: waarom doet de Stichting zo? De volgende vraag is: hoe zit het auteursrecht op brieven precies in elkaar? En de laatste vraag moet dan zijn: is er iets te zeggen voor het standpunt dat de eigenaar of beheerder van brieven deze mag tentoonstellen zonder medewerking van de auteursrechthebbende?

Waarom doet de Stichting zo? De Stichting gaat over het Achterhuis in Amsterdam en het in Zwitserland gevestigde Fonds over de rechten op het dagboek van Anne Frank. Vader Otto Frank heeft de rechten aan de een en het dagboek aan een ander gegeven. Het originele dagboek is door hem aan de Nederlandse Staat geschonken en wordt beheerd door het NIOD die het op haar beurt weer aan de Stichting in bruikleen heeft gegeven. De rechten op het dagboek zijn terechtgekomen bij het Zwitserse Fonds, eveneens door Otto Frank opgericht. De verhouding tussen beide is niet optimaal. Er is onenigheid geweest over het toneelstuk *Anne*, geschreven in opdracht van het Fonds. De Stichting had kritiek op de luxe presentatie van het stuk (ontvangst met amuse en champagne en een driegangendiner), zie Meindert van der Kaay, 'Vechten om Anne', *Trouw* 19 april 2014. Het Fonds en de Stichting hebben geproce-

deerd over een bruikleenovereenkomst met betrekking tot allerlei historische documenten, zie Rb Amsterdam 25 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY3928 en Bas Blokker & Fleur Launspach, 'Touwtrekken om Anne Frank', *NRC* 3 mei 2014. Het Fonds en de Stichting hebben geprocedeerd over de merkrechten op de naam Anne Frank, zie Hof van Beroep Brussel 3 oktober 2013, 2012/AR/2166 en 2012/AR/2167 (*Dagboek van Anne Frank en Het Achterhuis*) en Casper van Woensel die onder de treffende titel 'Anne Frank is van mij' in *Ars Aequi* van mei 2013 een overzicht van de troebele relatie op dit punt geeft. Het Fonds en de Stichting hebben geprocedeerd over een wetenschappelijke editie van de dagboeken, zie Rb Amsterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9312. De Stichting vindt dat alle documenten bij het huis horen en het Fonds vindt het vreemd dat Amsterdam alles wil hebben en is zelf bezig met een familieproject met een bijbehorend museum in Frankfurt, zie <https://www.familiefrankzentrum.de/home.html>. En tenslotte is er iets met de duur van het auteursrecht op de dagboeken.¹ Het Fonds claimt co-auteurschap van vader Frank op het dagboek van zijn dochter, zie o.a. van Woensel's opinie in *NJB* 2016/261 (afl. 6). De Stichting heeft zich in ieder geval uitgesproken tegen dat co-auteurschap van Otto Frank, maar heeft de toezegging gedaan geen integrale uitgaven van de dagboeken uit te geven zonder toestemming van het Fonds zolang alle auteursrechten nog niet zijn vervallen, zie Thomas Sijsma, 'Auteursrechten Anne Frank blijven juridisch twistpunt, zeker in 2016', *Het Parool* 1 januari 2016. De scheiding tussen het corpus mechanicum en het corpus mysticum heeft dus de laatste jaren bepaald niet tot een harmonieuze samenwerking geleid.

Dat gebrek aan harmonie heeft misschien tot dit conflict geleid. De Stichting vindt dat zij de drie tot dusver nog ongepubliceerde brieven van Otto Frank aan toneelspelers van het Amerikaanse stuk *The Diary of Anne Frank* die zij in bezit heeft ook moet kunnen tentoonstellen zonder overleg met het Fonds. Dat zegt ze ook met zoveel woorden, zie punt 3.1. uit het arrest: "In this particular matter, I note that the Anne Frank Stichting is the rightful owner of the three letters you refer to in your aforesaid letter. As such, (...) we are entitled to exhibit these three letters." Zoals iedere IE-student weet brengt het bezit van een werk niet het auteursrecht op dat werk met zich mee en dat adagium geldt des te sterker waar het nog ongepubliceerd werk betreft, omdat uit dat werk zelfs niet geciteerd mag worden, zolang het niet rechtmatig is openbaar

¹ Het dagboek is na het overlijden van Anne door Otto Frank in 1947 voor een groot deel gepubliceerd. Volgens de tekst van de wet zoals die gold voor 29 december 1995 (de implementatiedatum van de duurrichtlijn) bedroeg de beschermingstermijn voor postuum gepubliceerd werk (Anne is in februari 1945 gestorven) vijftig jaar na eerste publicatie. Ingevolge de wetwijziging als gevolg van de implementatie van de duurrichtlijn gold voor werk dat nog beschermd was op 1 juli 1995 dat de bescherming doorliep tot zeventig jaar na overlijden van de auteur, dus in dit geval tot 1 januari 2016. Otto Frank is enig erfgenaam van het auteursrecht van dochter Anne op haar dagboek. Na Otto Frank's overlijden in 1980 kwamen de auteursrechten van zijn dochter en zijn mogelijke eigen auteursrechten toe aan het Fonds. Otto Frank wordt door het Fonds als co-auteur aangemerkt omdat hij het oorspronkelijke dagboek voor de eerste uitgave in 1947 uit verschillende manuscripten heeft samengesteld en aldus gepubliceerd. Dat zou betekenen dat de rechten

op het dagboek in Nederland nog tot 70 jaar na het overlijden van Otto Frank aan het Fonds toekomen. Over dat co-auteurschap is mij geen rechterlijke uitspraak bekend. In 1986 zijn andere onderdelen van het dagboek voor het eerst gepubliceerd. Voor die onderdelen gold een beschermingsduur van vijftig jaar na eerste publicatie. Toepassing van het overgangsrecht na implementatie van de duurrichtlijn zou met zich meebrengen dat het auteursrecht op die onderdelen zou vervallen zeventig jaar na overlijden van Anne, dus eveneens in 2016. Ingevolge artikel 51 lid 2 Auteurswet wordt de eerdere beschermingsduur van vijftig jaar na eerste posthume publicatie echter niet verkort. De beschermingsduur van die onderdelen loopt dus vanaf 1986 door tot 1 januari 2037. Afhankelijk van latere ontdekkingen van dagboekbladen en de eerste publicatie daarvan kan die duur nog verlengd. Het Fonds houdt dus nog een greep op het dagboek en de bijbehorende inkomsten. Zo ook Rb Amsterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9312 (*Fonds tegen Stichting*).

gemaakt. Zie voor zo'n geval Hof Amsterdam 8 juli 1999, AMI 1999, p. 116, m.nt. Hugenholtz en *Mediaforum* 1999, p. 254, m.nt. Visser (Anne Frank Fonds/Het Parool). Twee voorvragen moeten natuurlijk eerst worden behandeld, namelijk gaat het om een beschermd werk en is het tentoonstellen een auteursrechtelijk relevante handeling?

Dat de brieven een auteursrechtelijk beschermd werk zijn, is in deze procedure niet in geschil, evenmin dat Otto Frank als de schrijver ervan kan worden aangemerkt als maker en dus als auteursrechthebbende. Maar het kan ook anders. De Beaufort's dissertatie behandelt het recht op brieven in hoofdstuk VI, getiteld: 'Eenige met het auteursrecht in verband staande rechten'. Voor brieven, aldus de Beaufort, zou een kortstondige beschermingsduur moeten worden verleend, die een einde zou moeten vinden wanneer de schrijver "geheel tot de geschiedenis behoort". Die opvatting steunt op de gedachte dat het recht van de briefschrijver meer als een persoonlijkheidsrecht dan als een auteursrechtelijk exploitatierecht moet worden gezien en de aard van een persoonlijkheidsrecht nu eenmaal met zich meebrengt dat het in beginsel eindigt met de dood van de maker.² Daar is veel voor te zeggen: "Shoot the widow" is immers "The first rule of biography".³ Andere rechthebbenden dan de briefschrijver zelf moeten de geschiedenis niet in de weg zitten. Nu het gaat om het niet expliciet gecodificeerde recht van eerste publicatie dat voor de schrijver vooral een hoogstpersoonlijke en niet een economische grondslag heeft, zou de bevoegdheid om op te treden ook beperkt moeten zijn tot een inbreuk op persoonlijke belangen en zou, zoals het Duitse BGH in de *Marlene Dietrich*-zaak (BGH I december 1999, I ZR 49/97) zegt, de economische bevoegdheid die voortvloeit uit een persoonlijkheidsrecht na overlijden alleen maar mogen worden gehandhaafd voorzover ze voortvloeit uit de "ausdrücklichen oder mutmaszlichen Willen des Verstorbenen". In die visie telt het door het Fonds gestelde en door het hof geaccepteerde financiële belang (o.a. het kunnen bedingen van een vergoeding, zie r.o. 3.9.2.) niet zo zwaar. Koumantos verdedigt een dergelijk standpunt: voor hem staat het persoonlijkheidsrecht op brieven hoger dan het exploitatierecht.⁴ Ik vind dat eveneens een sympathiek standpunt dat spoort met de aard van het recht.⁵ Ik ben me ervan bewust dat het persoonlijkheidsrecht heden ten dage ook zo persoonlijk niet meer is, maar men kan zich toch in gemoede afvragen wat nu precies het achterliggende belang is dat het Fonds in het geweer kan brengen anders dan de blote vaststelling van een absoluut recht en welk persoonlijk belang van de oorspronkelijke maker in dit geval gediend is met het tentoonstellingsverbod. Dat laatste belang is niet echt goed vast te stellen en daarmee behoort het belang van het Fonds m.i. ook aan een zijden draadje te hangen.

De Stichting voegt in het hiervoor genoemde citaat (r.o. 3.1.) nog een tweede grond voor het mogen tentoonstellen toe: "and also under the Dutch Copyright Act" zou tentoonstellen toelaatbaar zijn. Het gaat de Stichting dan om twee wegen. De eerste is dat tentoonstellen van brieven geen auteursrechtelijk relevante activiteit is, de tweede, dat als dat wel zo is, de beperking van artikel 23 Auteurswet van toepassing is.

Is tentoonstellen auteursrechtelijk relevant? Bij deze vraag volgt de Stichting een wonderbaarlijke weg. Zal zij straks verdedigen dat de beperking van artikel 23 ook van toepassing is op brieven, hier leidt zij uit hetzelfde artikel 23 af dat het artikel, dat het voor de eigenaar van een werk mogelijk maakt dat tentoon te stellen, niet van toepassing is op brieven en dat dus het tentoonstellen van brieven geen relevante auteursrechtelijke activiteit is omdat, en het kost enige intellectuele inspanning om dit te citeren (zie 6.3.1.), "indien het tentoonstellen van geschriften auteursrechtelijk relevant is, (dit) betekent (...) dat de beperking van artikel 23 Aw ook op geschriften/brieven van toepassing is." Quod non, zo begrijp ik de redenering, en dus is tentoonstellen van brieven auteursrechtelijk niet relevant. Omdat de uitzondering niet van toepassing is, is de regel dat ook niet. Een creatieve toepassing van het adagium: de uitzondering bevestigt de regel, zo mag men wel zeggen. Dat gaat niet werken, aldus het hof, omdat de wet nu eenmaal onder openbaar maken mede, maar ook uitdrukkelijk, tentoonstellen verstaat. Maar is daarmee gezegd dat ook het tentoonstellen van brieven onder tentoonstellen valt? Kan je alles maar tentoonstellen, of is er een terminologische grens aan dat begrip? Deze weg loopt dood op het ruime werkbegrip en het evenzo ruime begrip 'mededeling aan het publiek' dat wij heden ten dage hanteren. Een brief is een werk en tentoonstellen is een mededeling aan het publiek.

Dan de tweede weg: op het tentoonstellen van brieven is de uitzondering van artikel 23 Auteurswet van toepassing. Het artikel spreekt niet van brieven, maar alleen van "een teken-, schilder-, bouw- of beeldhouwwerk of een werk van toegepaste kunst" en, gevoegd bij de noodzaak beperkingen eng uit te leggen omdat de Richtlijn een hoog niveau van bescherming biedt aan de auteursrechthebbende, leidt dat het hof tot een ontkennende beantwoording. Brieven vallen niet onder de beperking. Het hof voegt daar ook een ratio aan toe: "het kennismaken van een ter lezing aangeboden tekst, (verschilt) wat de bij de openbaarmaking daarvan betrokken belangen betreft, te zeer (...) van de aanschouwing van de in artikel 23 Aw genoemde vormen van kunst om daarmee op dit punt gelijkgesteld te worden." Spoor, Verkade en Visser (p. 298) zien de ratio in het verwachtingspatroon van de eigenaar van een kunstwerk: die wil dat graag laten zien en aan te nemen valt dat datzelfde geldt voor de maker ervan. Deze kan trouwens tentoonstellen tegengaan, het artikel is van regelend recht. De laatste ratio wijst bepaald niet in de

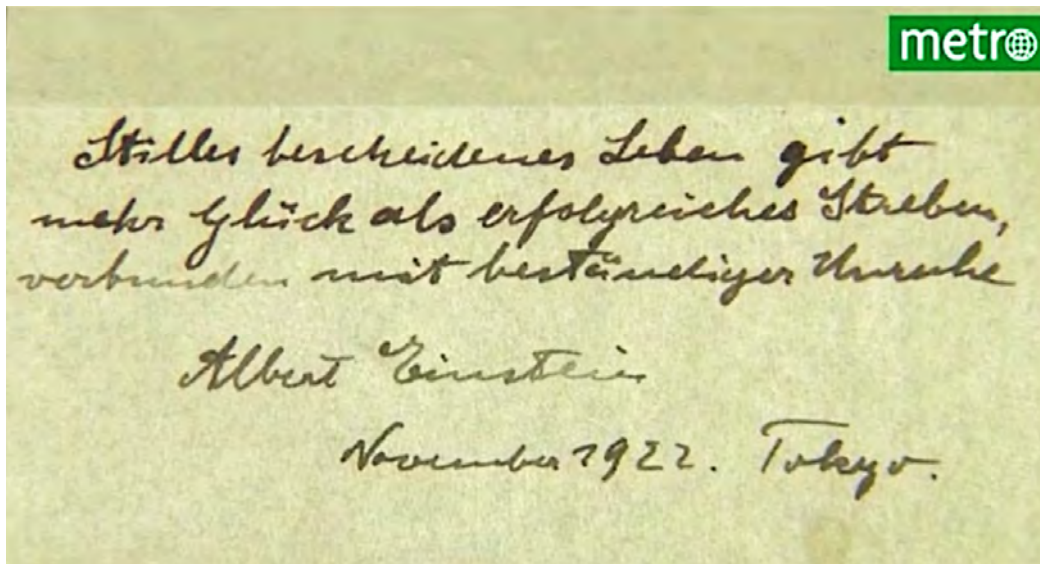
2 H.L. De Beaufort, *Het Auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht*, diss. Utrecht 1909, heruitgave 1993, p. 279.

3 Zie over die problemen Meryle Secret, *Shoot the Widow: Adventures of a Biographer in Search of her Subject*, Knopf 2011.

4 Georgios Koumantos, 'Rechte an Briefen. Ein rechtsvergleichende Skizze', in: Hans Forkel und Alfons Kraft (herausg.), *Beiträge zum Schutz*

der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen, Festschrift für Heinrich Hubmann, Frankfurt am Main 1985, p. 133-201.

5 Vgl. over die ontwikkeling mijn bijdrage aan de afscheidsbundel voor Grosheide: 'Privacy of Auteursrecht. Enkele ongekamde gedachten over grondslagen van het recht op eerste openbaarmaking', in: *Privaatrecht en Gros*, Intersentia Rechtswetenschappen, Antwerpen-Groningen: 1999, p. 237-251.



richting van een mogelijk analoge uitleg van het artikel op brieven. Bij de eerste ratio is m.i. echter nog wel wat op te merken. Brieven zijn, wat de waarde van het object betreft, al naargelang de reputatie van de schrijver na diens overlijden qua uniciteit te vergelijken met kunstwerken en brengen vaak bijna evenveel op. Veilinghuizen moeten de brieven voor verkoop kunnen laten zien en doen dat ook op hun websites, net zoals met andere voorwerpen het geval is. Ik laat hierboven een bericht uit *Metronieuws* van 25 oktober 2017 zien met de afbeelding van een briefje van Einstein (1979-1955) dat voor 1.3 miljoen dollar is geveild.

In het *Dior/Evora*-arrest van de Hoge Raad (HR 20 oktober 1995, NJ 1996/682 overweegt de Raad (3.6.2.): “Deze uitdrukkelijke beperkingen sluiten echter niet uit dat de grenzen van het auteursrecht ook in andere gevallen aan de hand van een vergelijkbare afweging nader moeten worden bepaald, in het bijzonder wanneer de behoefte aan de desbetreffende begrenzing door de wetgever niet is onderkend en zij past in het stelsel van de wet, zulks in het licht van de ontwikkeling van het auteursrecht als middel tot bescherming van commerciële belangen.” Dat arrest biedt de mogelijkheid van een interne ongeschreven beperking en afbeelding van een brief ten behoeve van de openbare verkoop ervan is daaronder, ook in de enge uitleg die het Hof voorstaat, m.i. wel te brengen. Bij een gewone tentoonstelling, zoals in onze zaak het geval is, ligt het wellicht anders. Ook al is de uitzondering van artikel 23 niet beperkt tot gepubliceerd werk, het stelsel van de wet wijst in ieder geval net de andere kant op: het openbaar maken van ongepubliceerd werk zonder toestemming van de maker is op één uitdrukkelijke uitzondering na onrechtmatig en onder openbaar maken valt ook tentoonstellen.

Uitleg van (het stelsel van) de wet biedt hier dus geen soulaas. Maar ingevolge HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:841 (*GS Media/Sanoma*) dient de rechter ook het bestaan van een externe beperking te onderzoeken, te weten of “in het concrete geval de handhaving van een intellectueel eigendomsrecht afstuit op een ander grondrecht.” Die lijn is uitgezet door EHRM 10 januari 2013, NJ 2015, 121 (*Ashby Donald e.a./Frankrijk*). In Rb Amsterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9312 (*Fonds/Stichting*) oordeelde de rechter

dat handhaving van het auteursrecht door het Fonds, afstuit op het grondrecht van de Stichting op haar vrijheid van wetenschap, nu de impact van de inbreuk zeer beperkt is. Het werk was alleen toegankelijk voor een klein groep wetenschappers die het met maar enkele verveelvoudigingen moesten doen. Gaat dat ook hier op? Het grondrecht zou dan de informatievrijheid zijn van artikel 10 EVRM en artikel 11 van het Europese Handvest alsmede het recht van fysieke eigendom uit artikel 17 van het Handvest tegenover het grondrecht van intellectuele eigendom uit datzelfde artikel 17.

Bij dat onderzoek moet de rechter rekening houden met de omstandigheden van het geval en letten op het beginsel van proportionaliteit. Daartoe behoren, zo blijkt uit de eerdergenoemde uitspraak van Rb Amsterdam van 23 december 2015, de impact van de auteursrechtinbreuk en de noodzaak van de inbreuk ten behoeve van de verwezenlijking van het grondrecht. In ons geval speelt het grondrecht van de informatievrijheid (drie niet nieuwswaardige brieven) maar een beperkte rol. De noodzaak van de inbreuk staat op losse schroeven, omdat wel vaststaat (zie r.o. 3.9.) dat het Fonds bereid zou zijn geweest tot overleg. Ook al is de impact van de inbreuk beperkt, de eerdere omstandigheden maken toch dat het auteursrecht hier voorgaat boven het grondrecht van de informatievrijheid.

Dat maakt deze uitspraak helaas niet tot een principiële uitspraak over het recht van de bezitter van een ongepubliceerde brief om deze tentoon te stellen aan een breed publiek. Maar uit het voorgaande zijn toch een aantal factoren te destilleren die zo'n recht zouden kunnen billijken. Dat is in de eerste plaats het karakter van het recht van de schrijver van een brief om zelf te beslissen of die in de openbaarheid terecht komt. Dat hoogstpersoonlijke recht wordt in artikel 2 lid 4 Auteurswet indirect door de wetgever ook aan de erfgenamen toegekend, maar die toekenning is juist gelet op dat hoogstpersoonlijke karakter m.i. dubieus. Visser in zijn noot bij Pres. Rb. Amsterdam 12 november 1998, AMI 1999/1, p. 7 (*Anne Frank Fonds/Het Parool*) betwijfelt dan ook of nabestaanden en erfgenamen onder alle omstandigheden een rechtens te honoreren belang hebben om het openbaar maken van ongepubliceerd materiaal tegen te gaan. Vervolgens, zo blijkt al uit de Nederlandse recht-

spraak van vóór het *Ashby*-arrest van het EHRM, kunnen grondrechten het recht van eerste publicatie in de weg staan. Hof Amsterdam 8 juli 1999, AMI 1999/7, p. 116-120 (*Anne Frank Fonds/Het Parool*), het hoger beroep van eerdergenoemde zaak, weegt het auteursrecht af tegen de informatievrijheid en oordeelt dat de nieuws waarde en de actualiteit van ongepubliceerd materiaal een rechtvaardiging kan zijn voor de auteursrechtinbreuk. In Rb Amsterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9312 (*Fonds/Stichting*) hebben we al gezien dat het ter beschikking stellen van enkele verveelvoudigingen van eerder gepubliceerd materiaal aan een beperkt aantal onderzoekers te weinig impact heeft op het auteursrecht van het Fonds om handhaving van het auteursrecht te rechtvaardigen. Die handhaving stuit af op het grondrecht van de vrijheid van wetenschap. Inzageverlening buiten de rechthebbende om (niet de schrijver zelf) van ongepubliceerde brieven ten behoeve van biografisch onderzoek is met die uitspraak zeer wel te rechtvaardigen, mocht men (*quod non*) van mening zijn dat inzage ook openbaarmaking is. Eblé gaat een stapje verder en vindt dat de eigenaar van een brief ook inzage aan anderen mag verlenen buiten de nog levende schrijver om.⁶ Ik denk dat dit nu juist in strijd is met het hoogstpersoonlijke karakter van het recht van eerste publicatie, hoezeer zijn mening ook auteursrechtelijk gezien te billijken valt, nu inzage niet snel als openbaarmaking kan worden beschouwd. Tentoonstellen en online of in een veilingcatalogus afbeelden van brieven van overleden schrijvers ten behoeve van de verkoop ervan zou met een beroep op Dior/Evora ook nog wel door de beugel kunnen. En zo zijn er misschien wel meer gevallen denkbaar. Visser in zijn noot bij Hof Amsterdam 8 juli 1999, AMI 1999/7, p. 116-120 (*Anne Frank Fonds/Het Parool*) verwijst naar een brief van het Ministerie van Justitie en de staatssecretaris van OC&W van 10 mei 1999, Kamerstukken II 1998/1999, 26 538, nr. 1. In punt 16 van die brief zegt het kabinet: “Er bestaat – naast de uitdrukkelijk geregelde beperkingen – behoefte aan een auteursrechtelijke hardheidsclausule waaraan de rechter kan toetsen of in een concreet geval voor een bepaalde vorm van gebruik inderdaad toestemming nodig is gelet op doel en aard van dat gebruik, de aard van het beschermd materiaal waarvan gebruik is gemaakt en de mate waarin dat gebruik de potentiële markt beïnvloedt. De wet zal hiertoe moeten worden aangepast (zie ook adviescommissie auteursrecht, pagina’s 45 e.v.)”. Dat is allemaal niet gebeurd, maar er wordt wel serieus over gedacht. Het zou misschien ook in ons geval de Stichting hebben kunnen helpen, als het Fonds na een verzoek van de Stichting daartoe toestemming om de brieven tentoon te stellen zonder nadere motivering uitdrukkelijk had geweigerd. En nu brieven helaas schaarser en schaarser worden, moeten we misschien opnieuw nadenken over het belang bij openbaarmaking ervan.

6 B.F. Eblé, ‘Brieven en auteursrecht’, *IER* 1989/5, p. 83.