

deze verboden overtreedt, hij ten behoeve van de desbetreffende eiseres zal verbeuren een boete van f 1.000,—.

Verwijzen gedaagde in de kosten van dit geding, aan de zijde van eiseressen tot op heden begroot op f 650,— voor salaris en f 125,80 voor verschotten.

Verklaren dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad, behalve voor wat betreft de kosten. Enz.

Nr 23. Hoge Raad der Nederlanden, 19 januari 1979.

(‘t Schaep met de vijf Pooten)

President: Mevr. Mr A. A. L. Minkenhof;
Raden: Mrs H. Drion, W. Snijders, W. L. Haardt
en G. de Groot.

Art. 21 Auteurswet van 1912.

Op een onjuiste rechtsopvatting berust de klacht, dat, in gevallen waarin de geportretteerden uitsluitend een financieel belang aan hun vordering ten grondslag leggen en/of waarin zij bescherming eisen, niet van een belang bij niet-publikatie, maar van een belang bij publikatie tegen beloning, de openbaarmaking van hun portretten zonder hun toestemming — wegens het ontbreken van een redelijk belang aan hun kant dat zich tegen openbaarmaking zou verzetten — jegens hen niet onrechtmatig is.

Weliswaar moet de wetgever bij de totstandkoming van de Auteurswet bij het gebruik van de woorden ‘een redelijk belang’ van artikel 21 hoofdzakelijk gedacht hebben aan belangen van niet-financiële aard. Toch kan, mede gezien de ontwikkeling in de maatschappelijke opvattingen dienaangaande, van een redelijk belang ook sprake zijn, wanneer de populariteit van geportretteerden, verworven in de uitoefening van hun beroep, van dien aard is, dat een commerciële exploitatie van die populariteit door enigerlei wijze van openbaarmaking van hun portretten mogelijk wordt.

Het belang van de geportretteerden om dan in de voordelen van zulke exploitatie te kunnen meedelen door de openbaarmaking van hun portretten voor commerciële doeleinden niet te hoeven toelaten zonder daarvoor vergoeding te ontvangen, is een redelijk belang in de zin van artikel 21.

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VNU Business Press Group B.V., te Amsterdam, eiseres tot cassatie van het arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 7 juli 1977, tevens incidenteel verweerster in cassatie, advocaat Mr A. G. Maris,

tegen

- 1) Adèle Hameetman,
- 2) Piet Römer,
- 3) Leendert Jongewaard,
- 4) Cornelis Witschge,
- 5) Edda Barends,
- 6) Bernard Hulsman, allen te Amsterdam, verweerders

in cassatie, tevens incidenteel eisers tot cassatie, advocaat Jhr Mr J. L. R. A. Huydecoper.

a) Conclusie van de Advocaat-Generaal
Mr J. K. Franx.

In het bestreden arrest is het Hof, blijkens de rechts-overwegingen 1 (onder 1), 4, 15, 17, 18 en 24, van de navolgende feiten uitgegaan.

Verweerders in cassatie (verder aan te duiden als: de acteurs) hebben een meer of minder vooraanstaande rol vertolkt in de televisieserie ‘t Schaep met de vijf Pooten’. Een der rechtsvoorgangers van de eiseres tot cassatie (gezamenlijk aan te duiden als: de uitgever) heeft in 1970 een ‘album’ getiteld: ‘t Schaep met de

vijf Pooten’ uitgegeven, waarin zijn opgenomen kleurenfoto’s van een aantal scènes uit die televisieserie waarop de acteurs voorkomen, nu in deze dan in die combinatie, en soms afzonderlijk. Die foto’s zijn gemaakt door de fotograaf Nico van der Stam en zijn assistenten; Nico van der Stam heeft de auteursrechten van die foto’s. De acteurs hebben niet uitdrukkelijk toestemming gegeven voor publicatie van die foto’s in genoemd ‘album’ en zij hebben van de uitgever — of van derden — hiervoor geen vergoeding ontvangen. Zij waren op de hoogte van het maken van foto’s tijdens de opnamen door Nico van der Stam c.s. De acteurs hadden en hebben geen bezwaar tegen publicatie — zonder financiële vergoeding voor henzelf — van bedoelde foto’s in kranten en tijdschriften ter informatie van het lezende en kijkende publiek.

De vordering der acteurs tot betaling door de uitgever van een schadevergoeding van f 10.000,— is door de Amsterdamse Rechtbank bij vonnis van 21 mei 1975 toegewezen tot een bedrag van f 6.000,—, welk vonnis in hoger beroep (ingesteld door de uitgever) door het Gerechtshof te Amsterdam is bekrachtigd bij het thans bestreden arrest van 7 juli 1977.

De uitgever bestrijdt ‘s Hof’s arrest met een uit zeven onderdelen samengesteld cassatiemiddel. Voorwaardelijk, nl. uitsluitend voor het geval het principale cassatieberoep in een of meer onderdelen gegrond mocht worden bevonden, hebben de acteurs, in incidenteel beroep, een middel aangevoerd dat uit drie onderdelen bestaat.

Onderdeel 1 van het principale middel en het incidentele middel stellen de vraag aan de orde naar de toepasselijkheid van art. 21 Auteurswet 1912 (verder aan te duiden als: A.W.) op de onderhavige zaak. Dat voorschrift luidt: ‘Is een portret vervaardigd zonder daartoe strekkende opdracht, den maker door of vanwege den geportretteerde, of te diens behoeve, gegeven, dan is openbaarmaking daarvan door dengene, wien het auteursrecht daarop toekomt, niet geoorloofd, voor zoover een redelijk belang van den geportretteerde of, na zijn overlijden, van een zijner nabestaanden zich tegen de openbaarmaking verzet.’ Het voorschrift is in de A.W. gekomen door een amendement-Drucker, voorgesteld als een nieuwe vierde lid van art. 19 van het regeringsontwerp, en toegevoegd als volgt: ‘Ook bij portretten, die niet in opdracht van den geportretteerde zijn vervaardigd, kan openbaarmaking, ook door den maker, in hooge mate onbehoorlijk zijn. Een algemeene regel is in dezen niet te stellen; alles hangt af van de bijzondere omstandigheden van elk geval.’ (Bijl. Hand. II 1911-1912, nr. 227.8, onder VI). Het amendement werd door de regering overgenomen in een enigszins gewijzigde redactie, als afzonderlijk art. 19 A (Nota van wijzigingen, nr. 227.11-12), welke bepaling door de Tweede Kamer zonder debat en zonder hoofdelijke stemming werd aangenomen (Hand. II d.d. 4 juli 1912, p. 3070, en 5 juli 1912, p. 3126) en als artikel 21 in de wet kwam. Als uitgangspunt in cassatie dient, dat het ten deze gaat om ‘portretten vervaardigd zonder daartoe strekkende opdracht’ enz., en dat de uitgever die ‘portretten’ (foto’s) heeft ‘openbaar gemaakt’, een en ander in de zin van het geciteerde art. 21 A.W., alsmede dat aan de uitgever geen auteursrecht op bedoelde foto’s toekomt.

Bevat art. 21 A.W. uitsluitend een norm voor auteursrechtigden of ook voor derden zoals, in casu, de uitgever? Onderdeel 1 van het principale middel en het incidentele middel beantwoorden deze vraag in laatstbedoelde zin.

Het Hof overweegt, dat art. 21 A.W. zich niet richt tot de uitgever, die geen auteursrecht pretendeert (r.o. 11 en 12), zodat de vraag of niet-auteursrecht-hebbenden een onrechtmatige daad hebben verricht, moet worden beantwoord aan de hand van art. 1401 B.W. met inachtneming van alle omstandigheden van het geval (r.o. 12). Het Hof acht art. 21 A.W. voor dit geding niet beslissend en hoogstens zijdelings van belang (r.o. 27). De acteurs hadden een redelijk, nl. financieel, belang

dat zich verzette tegen de openbaarmaking door de uitgever zonder financiële tegemoetkoming (r.o. 30-32, 49-51); de uitgever heeft onrechtmatig gehandeld tegenover de acteurs en de strafbepaling van art. 35 A.W. overtreden (r.o. 52). Ik leid uit een en ander af dat, naar het oordeel van het Hof, de uitgever een onrechtmatige daad jegens de acteurs heeft gepleegd door te handelen in strijd met zijn rechtsplicht, nl. door de foto's te publiceren zonder daartoe gerechtigd te zijn (art. 35 A.W.). Hij was daartoe niet gerechtigd omdat de acteurs geen toestemming hadden verleend en een redelijk belang hadden dat zich verzette tegen 'gratis' publicatie (vgl. art. 21 A.W.). De rechtsplicht, in strijd waarmee de uitgever volgens het Hof heeft gehandeld, is die van art. 35 A.W.; zij wordt nader bepaald door art. 21 A.W.

Is deze analyse van 's Hofs gedachtengang juist, dan kan de onderhavige klacht wegens gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Het Hof zou immers tot dezelfde beslissing zijn gekomen indien art. 21 A.W. rechtstreeks (analogisch) op niet-auteursrechthebbenden gelijk de uitgever toepasselijk was verklaard, zoals de uitgever in onderdeel 1 van het principale middel en de acteurs in het voorwaardelijk ingestelde incidentele middel willen. Zie ik het goed, dan heeft het Hof de onrechtmatigheid van de publicatie der foto's niet herleid tot handelen in strijd met de in het maatschappelijk verkeer jegens de gefotografeerde personen betamende zorgvuldigheid, maar — gelijk gezegd — tot strijd met des daders rechtsplicht, die in casu is geformuleerd in art. 35 A.W. jo de uit art. 21 A.W. voor 'derden' te distilleren regel (r.o. 12 en 50 sub d). Volgens S. Boekman, *B.I.E.* 1966, p. 29, is dat de constructie die in de rechtspraak wordt gevolgd om de geportretteerde bescherming te verlenen. Voor zover de klacht uitgaat van een andere lezing van 's Hofs arrest, ontbeert zij feitelijke grondslag.

Ik vraag mij af of men art. 35 A.W. niet uit deze constructie kan weglaten. Ook art. 21 A.W.-sec behelst een 'rechtsplicht'. Het enkele feit dat de rechtspraak met name in enige strafzaken (overtreding van art. 35 A.W.) nadere omlijning heeft gegeven aan art. 21 A.W., betekent niet dat het handelen in strijd met des daders rechtsplicht (art. 1401 B.W.) niet rechtstreeks kan worden herleid tot handelen in strijd met art. 21 A.W. — zoals deze bepaling door de strafrechter in cassatie is uitgelegd. Het is zelfs niet boven iedere twijfel verheven of het Hof de omweg van art. 35 A.W. wel heeft verkozen boven de directe constructie van art. 1401 B.W. in verband met de uit art. 21 A.W. voor derden af te leiden regel. Waarin ligt, in de gedachtengang van het Hof, het 'hoogstens zijdelingse' (r.o. 27) van het belang van art. 21 A.W. voor dit geding? Alleen hierin, dat dit voorschrift 'slechts' analogisch op niet-auteursrecht-hebbenden van toepassing is, of tevens, dat art. 21 A.W. uitsluitend via art. 35 A.W. de onrechtmatigheidstoets van art. 1401 B.W. constitueert? Hoe dit alles ook zij, van belang voor de beslissing in deze zaak is het m.i. allemaal niet, weshalve *onderdeel 1* van het *principale* beroep en het *incidentele* middel vruchteloos zijn voorgesteld.

Volledigheidshalve merk ik op dat, naar mijn mening, art. 21 A.W. ook een norm bevat voor degene die geen auteursrecht heeft, gelijk de uitgever in de onderhavige zaak. Zoals het Hof overweegt komen aan zulke derden niet meer publicatierechten toe dan aan auteursrecht-hebbenden. De strafbepaling van art. 35 A.W. is ook op bedoelde derden van toepassing. Zie H.R. 22 mei 1916, *N.J.* 1916, p. 808, *W.* 9975 (met wetshistorische argumentatie); H.R. 24 juni 1952, *N.J.* 1955, 742; H.R. 22 november 1966, *N.J.* 1967, 101 (en de noot van Van Eck); H. L. de Beaufort, 'Auteursrecht' — 1932 — p. 164-165; C. P. Aubel, 'Persoon en pers' — diss. 1968 — p. 25; H. Pfeffer, 'Kort commentaar op de Auteurswet 1912' — 2e druk, 1973, bew. en herzien door S. Gerbrandy — p. 194; W. H. Drucker en G. H. C.

Bodenhausen, 'Kort begrip van het recht betreffende de industriële eigendom' — 5e druk, 1976, bew. door L. Wichers Hoeth — p. 240.

De motiveringsklacht van *onderdeel 2* van het principale middel lijkt mij niet gegrond. De in r.o. 17 door het Hof aan de in r.o. 16 weergegeven brief van Nico van der Stam voornoemd gegeven uitleg is, als feitelijk van aard, aan toetsing in cassatie onttrokken, tenzij die uitleg, gelijk het onderdeel aanvoert, onbegrijpelijk zou zijn. En dat is, dunkt me, niet het geval. Volgens de uitgever is de enige redelijke uitleg, aan de in r.o. 17 geciteerde passage te geven, deze, dat Van der Stam heeft bedoeld: '..... gebruikt voor van die foto's losstaande doeleinden' en niet: '..... gebruikt voor van eerder gemelde illustratie van kranten- en tijdschriften-artikelen losstaande doeleinden'. Aan de uitgever kan worden toegegeven dat de door hem voorgestane uitlegging — mede gelet op hetgeen in die brief op de onderhavige passage volgt — geenszins gezocht is, maar uitgesloten als onbegrijpelijk lijkt mij de interpretatie van het Hof niet. Overigens vraag ik mij af of r.o. 17 's Hofs beslissing dat, voor de vraag betreffende de omvang van de toestemming, publicatie in een 'album' als het onderhavige niet gelijk gesteld mag worden met publicatie in kranten en tijdschriften, wel draagt. Het komt mij voor dat de enige conclusie, die het Hof uit r.o. 17 trekt, deze is dat de toestemming tot publicatie beperkt is, nl. niet geldt voor 'daarvan' — wat dat ook moge betekenen — 'losstaande doeleinden'. Deze conclusie is in haar algemeenheid niet opzienbarend en wordt door de uitgever blijken zijn ten pleidooie gemaakte onderscheiding in vier categorieën doeleinden, onderschreven; de toestemming geldt bijv. niet zonder meer voor alle reclame-doeleinden (zoals een bieradvertentie). Waar het in dit geding om gaat is of het 'album' gelijk gesteld mag worden met 'kranten en tijdschriften'. Deze vraagstelling formuleert het Hof in r.o. 18; de beantwoording volgt in de r.o. 19 tot en met 24, waarbij niet meer wordt teruggegrepen op r.o. 17. Hetgeen het Hof in r.o. 17 'van belang acht' is m.i. dan ook slechts het *beginsel* dat de toestemming, zowel blijkens de eigen stellingen van de uitgever als blijkens de brief van Nico van der Stam, beperkt van reikwijdte is.

Onderdeel 3 van het principale middel bestrijdt de opvatting van het Hof, dat onder 'redelijk belang' in de zin van art. 21 A.W. niet slechts vallen zedelijke of persoonlijke belangen, maar ook financiële belangen (r.o. 30 *jis* 27-29). Het onderdeel berust op de stelling, dat art. 21 A.W. uitsluitend de persoonlijke intimiteit, de 'privacy', de eer en goede naam van de geportretteerde beschermt, derhalve diens belang bij niet-publicatie van het portret en niet slechts het belang bij publicatie uitsluitend onder bepaalde (financiële) voorwaarden.

Voor die stelling is steun te vinden in de wetsgeschiedenis van de A.W. De geciteerde toelichting op het amendement-Drucker stelt, dat openbaarmaking in hoge mate onbehoorlijk kan zijn. Volgens Cohen Jehoram, *A.A.* XIX (sept. 1970) p. 383, heeft de wetgever van 1912 vermoedelijk alleen de beperkte betekenis voor ogen gehad van 'het persoonlijkheidsrecht, dat ieder toekomt om maar niet in iedere context geportretteerd te worden'. In dezelfde zin, doch stelliger geformuleerd: S. Boekman, *B.I.E.* 1966 p. 30 (met verwijzing naar o.m. De Beaufort; zie diens aangehaalde werk, p. 163). Wat de wetsgeschiedenis betreft, een aanwijzing is te putten uit het Voorlopig Verslag en de Memorie van Antwoord (Bijl. Hand. II 1911-1912, nr. 227.4-5) op de artt. 18 en 19 van het oorspronkelijke wetsontwerp. Gevraagd werd of een fotograaf tien jaren na het overlijden van de geportretteerde wel het recht mocht hebben diens afbeelding te verveelvoudigen, terwijl deze misschien was gemaakt '... in eene kleding of onder omstandigheden, die verbreiding van het portret ook jaren later niet gewenscht of voor de familieleden onaangenaam maken' (p. 22). De regeling antwoordde: 'Verveelvou-

digen alleen mag de maker van een portret te allen tijde krachtens zijn auteursrecht, doch hij is beperkt in zijne bevoegdheid het portret en de reproducties daarvan *openbaar te maken*. Voor die beperking is de gansche duur van het leven des geportretteerden en tien jaren daarna inderdaad niet een te korte tijd' (p. 27). Ook voor de regering was blijkbaar sous-entendu dat het bij de wettelijke regels inzake het openbaar maken van foto's ging om de bescherming van de gefotografeerde tegen publicatie in verband met de *persoonlijke* belangen van hemzelf en zijn familieleden en nabestaanden. In deze zin ook de oudere rechtspraak in Nederland, zie Cohen Jehoram en Boekman t.a.p.

Na de Tweede Wereldoorlog zijn, gelijk Boekman opmerkt, de commerciële belangen van de gefotografeerde personen meer en meer een rol gaan spelen, zulks mede onder invloed van de ontwikkeling der massamedia zoals de televisie. Vergelijke Drion c.s., 'Onrechtmatige daad' VI nr. 23. Personen die in de publiciteit staan, d.w.z. een zekere algemene bekendheid genieten, blijken dikwijls een 'verzilverbare populariteit' — gelijk het in dit geding is genoemd — te bezitten. Dat betekent o.m. dat een foto van zo'n persoon meer dan die van een ander geld waard is als blikvanger of attractie. Duidelijk komt dat tot uiting in het reclamewezen. Een advertentie voor een bepaald produkt, voorzien van een foto van een bekende filmster, acteur, sportsman, politicus, enz., blijkt effectiever te zijn dan dezelfde advertentie zonder zo'n foto. Er is, in economische zin, 'vraag' naar dergelijke foto's, er is een 'markt' voor. Daarom zal, zolang die foto's 'schaars' zijn, daarvoor door de aanbods-partij een prijs bedongen kunnen worden. Wat de onderhavige zaak betreft, een uitgever had voor de foto's geld over, gelijk het Hof in de r.o. 38-40, naar mijn inzicht, tot uitdrukking heeft willen brengen. De gefotografeerde heeft er, als staande aan de kant van het aanbod, belang bij dat de foto slechts wordt gepubliceerd tegen betaling aan hem van een prijs; hij heeft derhalve belang bij exploitatie van de foto op basis van exclusiviteit: alleen een 'schaars' produkt is geld waard. Zowel in de lagere rechtspraak als in de litteratuur heeft dit belang erkenning gevonden als 'redelijk belang' in de zin van art. 21 A.W.; zie Cohen Jehoram, t.a.p. p. 384-385; Hirsch Ballin, *N.J.B.* 1970 p. 746; A. Komen en D. W. F. Verkade, 'Compendium van het auteursrecht' — 1970 — p. 74; Pfeffer — Gerbrandy, a.w. p. 192-193; Drucker-Bodenhuisen-Wichers Hoeth, a.w., p. 240. In andere zin Boekman, *B.I.E.* 1966, p. 30-31, die de A.W. ter zijde wil laten wanneer het gaat om andere dan zedelijke belangen, en voor die gevallen art. 1401 B.W. en wel de daarin besloten zorgvuldigheidsnorm wil inschakelen. Gelijk reeds aangegeven heeft het Hof in de onderhavige zaak niet geopereerd met die zorgvuldigheidsnorm, doch art. 21 A.W. 'zijdelings' van betekenis geacht en daarbij geoordeeld dat de acteurs een redelijk belang, in de zin van art. 21 A.W., hebben dat zich verzet tegen publicatie van hun foto's in het 'album' zonder beloning. Het Hof heeft zich aldus aangesloten bij de moderne trend en onder het 'redelijk belang' van art. 21 A.W. mede gebracht een financieel belang. Daarbij overweegt het Hof (r.o. 29 aanhef) dat de acteurs aan hun vordering uitsluitend een financieel belang, Daarbij overweegt het Hof (r.o. zg. aanhef) dat de acteurs aan hun vordering uitsluitend een financieel belang ten grondslag hebben gelegd. Gegeven deze uitlegging van de stellingen van de acteurs door het Hof, welke uitlegging in cassatie niet is bestreden, kunnen de beschouwingen van de geëerde pleiter voor de acteurs over het in elkanders verlengde liggen — en het aldus elkaar niet uitsluiten — van zedelijk-persoonlijke belangen enerzijds en financiële belangen anderzijds, m.i. onbesproken blijven.

Naar mijn mening ware de hier geschetste ontwikkeling door Uw Raad te sanctioneren en onder 'redelijk belang', in de zin van art. 21 A.W., mede te verstaan een louter

financieel belang als in deze procedure aangenomen. Door de geëerde pleiter voor de uitgever is betoogd dat in H.R. 16 januari 1970, *N.J.* 1970, 220 (G.J.S.), het 'ja zuster, nee zuster'-arrest, art. 21 A.W. eng is uitgelegd ter zake van het begrip 'portret' en dat daarom ter zake van de notie 'redelijk belang' dezelfde, op de wetsgeschiedenis georiënteerde interpretatie-methode dient te worden gehanteerd. Dit argument vind ik reeds daarom niet sterk, omdat in het arrest van 1970 kennelijk gewicht gehecht werd aan de omstandigheid dat de wetshistorische interpretatie van het woord 'portret' samenviel met de grammaticale betekenis van dat woord en dat bovendien uit de wetsgeschiedenis, in het arrest expliciet weergegeven, blijkt dat de wetgever zich op die grammaticale betekenis heeft *wilten* baseren. Deze connectie tussen bedoeling van de wetgever en letterlijke betekenis van de desbetreffende wettelijke notie ontbreekt in het onderhavige geval; de letterlijke betekenis van 'redelijk belang' is juist ruimer dan 'persoonlijk of zedelijk belang'. Dat Uw Raad in 1970 niet bereid was, een wettelijk begrip buiten de grenzen van deszelfs letterlijke (spraakgebruikelijke) betekenis te *verruimen*, is dan ook geen valide argument voor een interpretatie van een ander wettelijk begrip, die zou neerkomen op een *verenging* van de letterlijke betekenis. Afgezien hiervan lijkt mij het vasthouden aan de voorstellingswereld anno 1912, die thans door de maatschappelijke ontwikkelingen achterhaald is, neer te komen op een overschatting van de betekenis van de wetshistorie, zulks temeer nu daaruit niet blijkt van een *uitgesproken* bedoeling van de wetgever, financiële belangen als de onderhavige buiten de werking van art. 21 A.W. te houden. De wetsgeschiedenis rechtvaardigt m.i. niet een verder gaande uitspraak dan deze, dat de wetgever van 1912 aan financiële belangen van de geportretteerde niet heeft gedacht. Ik moge, met betrekking tot de gebondenheid aan de opvattingen van de wetgever, verwijzen naar de beschouwingen over het arrest van 1970 van de hand van C. H. Beekhuis in *R. M. Themis* 1972, p. 7 e.v., met name p. 12-15.

Indien het er echter voor moet worden gehouden dat onder 'redelijk belang', als bedoeld in art. 21 A.W., een louter financieel belang niet kan worden verstaan, kan de vraag rijzen of zulke louter financiële belangen door de zorgvuldigheidsnorm van art. 1401 B.W. worden beschermd. Het Hof kwam in het bestreden arrest aan deze vraag niet toe. De problematiek van de 'samenloop', nl. de verhouding tussen de algemene (zorgvuldigheids-) norm van art. 1401 B.W. en de bijzondere normen van de A.W., is besproken in Drion c.s., a.w., VI, nrs. 8, 9 en 14 en de aldaar genoemde litteratuur. Ik moge volstaan met te vermelden, dat ik het eens ben met de t.a.p. (nr. 14.2) vermelde schrijvers Van Wageningen, Drucker-Bodenhuisen-Wichers Hoeth en Pfeffer-Gerbrandy, dat de A.W. ten opzichte van art. 1401 B.W. niet exclusief werkt in die zin, dat publicatie door een derde van een zonder opdracht vervaardigde foto, voor zover niet getroffen door het verbod van art. 21 A.W., in strijd *kan* zijn met de zorgvuldigheidsnorm van art. 1401 B.W. Naar ik meen is Uw Raad in het arrest van 1970 van hetzelfde uitgangspunt uitgegaan in de beslissing op onderdeel 1 van het tweede middel.

In onderdeel 3 wordt het ontbreken van een 'redelijk belang' mede daarop gebaseerd, dat de uitgever de foto's 'functioneel' heeft gebruikt, d.w.z. niet buiten het kader waarbinnen zij een rol spelen, nl. ter illustratie van een weergave van het TV-verhaal in een 'album'. Het Hof zou zulks hebben miskend. Deze klacht, die een herhaling is van de zesde appèlgrief, vormt de materiële keerzijde van de motiveringsklacht van onderdeel 2. Ik meen dat ook deze materiële klacht faalt. Het onderscheid tussen het onderhavige 'album' enerzijds en dag- en weekbladen, nieuwsbladen en tijdschriften anderzijds, is door het Hof in r.o. 24 jo 21 uitvoerig omschreven. Met die omschrijving ben ik het geheel eens; ik heb er niets aan toe te voegen. Het aldus omschreven onderscheid maakt m.i. duidelijk,

dat met het ten processe bedoelde 'album' uitsluitend het eenmalige dienen van een commercieel belang is beoogd, waarbij motieven van periodieke berichtgeving, voorlichting, opiniëring, geen enkele noemenswaardige rol hebben gespeeld. Men zou misschien kunnen zeggen dat het beslissende onderscheid daarin is gelegen, dat de uitgever zich met het 'album' heeft gemanifesteerd als concurrent van degenen die, zoals de auteurs, bij publicatie van de foto's een door de wet erkend belang hebben.

Ter ondersteuning van *onderdeel 3* van het principale middel is voorts aangevoerd, dat (door de uitgever is gesteld dat) de uitgave met de gewraakte foto's de populariteit van de auteurs, die zij beogen, heeft vergroot. Deze omstandigheid zou meebrengen, dat een redelijk belang dat zich tegen de uitgave verzet, in casu ontbreekt, immers het door het Hof als zodanig erkende financiële belang verzet zich niet tegen de uitgave op zichzelf, doch tegen een daarbuiten gelegen omstandigheid, t.w. het niet-verkrijgen van een beloning ter zake van de uitgave. M.i. miskent het beroep van de uitgever op de populariteitsvergroting, dat populariteit voor beroepsacteurs bij de beoordeling van hun eventueel 'redelijk belang', als ten deze bedoeld, slechts relevant is als bron van inkomsten. In het onderhavige geval hebben de acteurs in het geheel geen inkomsten ontvangen ter zake van de publicatie van de foto's. De vergroting van hun populariteit, die de uitgever inroept, kan wellicht leiden tot een vergroting van hun 'earning capacity' in de zin van de mogelijkheid bij een volgende gelegenheid een hogere beloning te bedingen voor het doen publiceren van foto's, of voor hun optreden als acteurs in het algemeen. Daarentrent is echter, dunkt me, in het onderhavige geding verder niets gesteld of gebleken. Met name is niet aangevoerd of aannemelijk geworden, dat bedoelde populariteitsvergroting kan worden begroot op een zodanig, aan de acteurs toevallend geldsbedrag dat reeds daardoor hun redelijk belang bij een beloning voor de onderhavige publicatie is komen te ontbreken, of dat zij ten gevolge van die publicatie geen schade, althans minder schade dan het door het Hof toegewezen geoordeelde bedrag, hebben geleden.

De in *onderdeel 3* vervatte stelling dat de acteurs zonder de uitgave hun foto's niet geëxploiteerd of te gelde gemaakt zouden hebben voor een vergelijkbare uitgave, verliest m.i. uit het oog, dat het Hof in de r.o. 34-40 mede tot uiting heeft willen brengen, dat bedoelde foto's voor iedereen die een publicatie als het ten processe bedoelde 'album' wilde realiseren, een zekere geldswaarde vertegenwoordigen. Er was m.a.w. — als reeds gezegd — voor deze foto's een 'markt', ook al staat niet vast dat zich op die markt meer dan één gegadigde als koper zou aandienen.

Onderdeel 3 bevat verder de grief, dat het enkele feit van financieel nadeel voor de acteurs als gevolg van de omstreden publicatie niet tot gevolg heeft en kan hebben, dat het recht bescherming aan de voorkoming van het financieel nadeel en/of bescherming aan het financieel belang van de acteurs verleent. Deze grief moet, naar mijn mening, falen. Zoals reeds gezegd heeft het Hof geoordeeld dat de uitgever door het publiceren van de foto's in strijd met art. 21 A.W. heeft gehandeld. Dat oordeel was, voor zover ten deze van belang, gebaseerd op de opvatting dat een redelijk belang van de acteurs zich tegen openbaarmaking verzette. Aanvaardt men eenmaal, met het Hof, dat in het onderhavige geval een dergelijk redelijk belang aanwezig was, en dat dat belang zich tegen 'gratis' publicatie verzette, dan is de redenering m.i. rond. Het is mede op de door mij hier geïllustreerde grondslag dat het Hof zijn bestreden beslissing heeft gefundeerd. Voor zover de grief van een andere lezing van 's Hofs arrest uitgaat, ontbeert zij feitelijke grondslag.

Een en ander zou zijnde is *onderdeel 3* van het principale middel, naar ik meen, ongegrond.

In *onderdeel 4* klaagt het middel over r.o. 35, waar het Hof 'betekenis heeft toegekend' aan hetgeen in de kringen van uitgevers, enz., aanvaard wordt, enz. Anders dan deze klacht onderstelt heeft het Hof aldus niet de eventueel

bestaande opvattingen in bedoelde kringen, enz., beslissend geacht voor hetgeen rechtens ter zake geldt. In zoverre berust deze klacht dan ook op een verkeerde lezing van 's Hofs arrest. De zgn. handelsmoraal is, voor de toepassing van de zorgvuldigheidsnorm van art. 1401 B.W., niet zonder meer beslissend; vgl. H.R. 8 januari 1960, *N.J.* 1960, 415 (met de noot van H.B., onder 8), *B.I.E.* 1960, p. 60, *A.A.* X (1960-1961) p. 20 (met de noot van Van der Grinten); Cohen Jehoram, *A.A.* XIX (1969-1970) p. 385-186; Verkade, 'Ongeoorloofde mededinging' — 1978 — p. 41-42; C.A. Boukema, 'Handelsmoraal en mededinging' (oratie 1968); C. H. Beekhuis, *R. M. Themis* 1972 p. 45; Drion c.s., a.w., VI. nrs. 33 e.v. (36a). Het Hof heeft zich over de zorgvuldigheidsnorm niet uitgelaten en aan de handelsmoraal niet een normatieve betekenis toegekend. R.o. 35 is naar mijn mening te verstaan als een beschrijving van de feitelijke verhoudingen in de aldaar bedoelde kringen van personen, welke beschrijving in de motivering van het arrest slechts fungeert als een der grondslagen voor 's Hofs feitelijke en in cassatie onaantastbare beslissing, dat de acteurs in de onderhavige zaak 'verzilverbare populariteit' hebben, d.w.z. in staat zijn hun populariteit te exploiteren door het bedingen van een prijs voor het publiceren van hun foto's. Het Hof heeft die beschrijving blijkbaar ontleend aan mondelinge, ten processe gedane mededelingen van de raadsman van de uitgever. Voor zover *onderdeel 4* beoogt op te komen tegen de weergave door het Hof van bedoelde mededelingen, kan het m.i. niet slagen nu die weergave het karakter heeft van een feitelijke vaststelling die niet onverenigbaar is met de verdere inhoud van het bestreden arrest.

Voorts keert *onderdeel 4* zich tegen de betekenis die het Hof heeft toegekend aan de toestemming van de acteurs tot het publiceren van de foto's. Het gaat hier met name om de r.o. 49-52. In r.o. 50 formuleert het Hof enige 'richtlijnen' die in het geldende recht te vinden zijn. Aldaar wordt onder (b) vermeld een 'richtlijn' ontleend aan art. 21 A.W., waarin de norm van die wetsbepaling is weergegeven met toevoeging van de door mij geïllustreerde woorden '(..... openbaar te maken) zonder toestemming van de geportretteerde (voor zover diens redelijk belang)''. De geïllustreerde woorden maken, zo voert *onderdeel 4* aan, geen deel uit van de norm van art. 21 A.W. Deze klacht is in zoverre gegrond, dat art. 21 A.W. bedoelde woorden niet bevat. Dat neemt echter niet weg dat de toestemming van de gefotografeerde persoon ook bij de toepassing van die wetsbepaling een rol kan spelen. Men kan hierbij verschillende mogelijkheden onderscheiden. De toestemming kan worden gezien als een *afstand* (door de geportretteerde) van het *recht* zich op art. 21 A.W. te beroepen. Een andere constructie is de toestemming te laten fungeren als een *rechtvaardigingsgrond* voor het overtreden van het voorschrift. Een derde mogelijkheid is, de toestemming te zien als een omstandigheid die ten gevolge heeft, dat *geen redelijk belang* van de gefotografeerde zich tegen publicatie verzet. In het laatstbedoelde geval is art. 21 A.W. niet overtreden. De woorden '(zonder) toestemming van' impliceren aldus (het ontbreken van) hetzij afstand van recht, hetzij een bepaalde rechtvaardigingsgrond, hetzij een bepaalde omstandigheid die een element van de norm elimineert. Het doet er m.i. voor de beslissing van de onderhavige zaak niet toe of het Hof een van deze drie constructies voor ogen heeft gehad, of een vierde, nl. die waarin de woorden 'zonder toestemming van de geportretteerde' een zelfstandig element vormen van de vorm van art. 21 A.W. In al deze gevallen immers moet, in 's Hofs gedachtengang als geheel, de beslissing dezelfde zijn en wel deze, dat de uitgever onrechtmatig heeft gehandeld (art. 1401 B.W.) door in strijd met zijn rechtsplicht de foto's te publiceren zonder daarvoor een passende financiële vergoeding aan de acteurs — die geen toestemming voor gratis publicatie hadden gegeven — toe te kennen of aan te bieden. De uitgever had zich ten verwerpe op toestemming van de acteurs beroepen en het is daarom,

dat het Hof op dit punt moest ingaan. Daarbij heeft het Hof m.i. echter, anders dan in onderdeel 4 wordt beoogd, niet beslist, ook niet in r.o. 51, dat er een (afzonderlijke) rechtsregel bestaat krachtens welke de uitgever in bepaalde gevallen, alvorens tot publicatie van een foto over te gaan, verplicht is toestemming aan de gefotografeerde te vragen. Die verplichting bestaat m.i., zoals het onderdeel aanvoert, rechtens niet; de uitgever behoeft voor publicatie geen toestemming te vragen nu geen redelijk belang van de gefotografeerde zich tegen publicatie verzet (Komen-Verkade p. 72; Pfeffer-Gerbrandy p. 190). De uitgever zal zich, volgens het Hof, in verbinding hebben te stellen met de geportretteerde indien hij (de uitgever) ten aanzien van de vraag of de geportretteerde een redelijk belang heeft (in de zin van art. 21 A.W.), in onzekerheid verkeert. Naar ik meen beoogt het Hof aldus slechts een regel te formuleren voor het zich ten deze niet voordoende geval van een uitgever, die zich voor een dilemma geplaatst ziet, voortspruitende uit zijn voormelde onzekerheid. Die regel houdt, volgens het Hof, voor dat geval in dat de uitgever 'zich in verbinding zal hebben te stellen met de geportretteerde'. Met welk doel? kan men vragen. Een voor de hand liggend antwoord is: om te onderzoeken of de geportretteerde een redelijk belang enz., heeft. Dat behoeft niet, gelijk de onderhavige klacht onderstelt, het vragen van toestemming te impliceren. Maar het valt niet te ontkennen dat er aanwijzingen zijn — met name in de vraagstelling aan het slot van r.o. 49 en in het samenvattende antwoord in r.o. 52 — dat het Hof dat laatste: het in verbinding stellen ten einde toestemming te vragen, wél heeft bedoeld. Wat daar ook van zij, de uitgever in deze zaak had geen toestemming van de acteurs en koes-terde de stellige — zij het m.i. onjuiste — opvatting dat de acteurs geen redelijk belang in de zin van art. 21 A.W. hadden; hij verkeerde dienaangaande in 'dwaling' maar niet in de onzekerheid, bedoeld in r.o. 51. Dat houdt in, dat 's Hofs overwegingen daaromtrent de beslissing in deze zaak, dat de uitgever een onrechtmatige daad jegens de acteurs heeft gepleegd, niet dragen, weshalve de uitgever geen belang bij zijn hier besproken grief heeft. Dit geldt eveneens voor het — naar mijn mening op zichzelf plausibele — betoog van de uitgever, dat het aanbieden van een redelijke vergoeding aan de acteurs hetzelfde effect heeft als het betalen daarvan, nl. het wegvallen van hun redelijk belang, enz. Het is te begrijpen dat beide partijen in de onderhavige zaak een uitspraak door Uw Raad over deze voor de praktijk niet onbelangrijke vragen begeren, maar in dit kader kunnen die vragen in beginsel blijven rusten.

Onderdeel 4 is, dunkt me, op grond van het door mij betoogde vruchteloos voorgesteld.

Onderdeel 5 bestrijdt de voorlaatste zin van r.o. 56 als onbegrijpelijk. Terecht wordt aangevoerd dat niet de 'uitgave' tegenover alle acteurs onrechtmatig is, maar slechts de openbaarmaking van de daarin voorkomende foto's voor zover een of meer van de acteurs daarop voorkomen. De bestreden zin: 'Niet is in te zien, waarom zij ter zake van één uitgave, onrechtmatig tegenover hen allen, niet gezamenlijk vergoeding van schade zouden kunnen vorderen', is echter, naar ik meen, in samenhang met de daaraan voorafgaande zin aldus te verstaan, dat de acteurs allen — zij het nu in deze, dan in die combinatie, en soms afzonderlijk — op de foto's zijn afgebeeld zodat de openbaarmaking van die foto's (in één uitgave) jegens hen allen onrechtmatig is, alsmede dat zij derhalve ter zake van die (ene) uitgave gezamenlijk vergoeding van schade in één bedrag kunnen vorderen. Deze gedachtengang is, dunkt me, alleszins begrijpelijk. De blijkbaar van een andere lezing van 's Hofs arrest uitgaande klacht ontbeert dan ook feitelijke grondslag.

Ten pleidooie is door de geëerde pleiter voor de uitgever bovendien betoogd dat, nu de acteurs niet allen op alle foto's voorkomen, de schadevergoeding niet aan de gezamenlijke eisers in één bedrag mocht worden toegekend. Dit is een materiële klacht, die een herhaling vormt

van het eerste deel van de 12e en het tweede deel van de 15e appèlgrief (r.o. 55). Ik meen dat deze klacht buiten beschouwing behoort te blijven, omdat die niet in het (vijfde onderdeel van) het middel, zoals het in de cassatiedagvaarding is geformuleerd, kan worden gelezen. Daarin wordt immers de omstandigheid, dat niet alle acteurs tegelijk op alle foto's voorkomen, uitsluitend gebezigd als grondslag voor een motiveringsklacht — nl. het verwijt van onbegrijpelijkheid, gericht tegen de voren geciteerde passage van r.o. 56 — en niet ingeroepen ten betoge dat toewijzing van één 'lump sum' als schadevergoeding voor alle acteurs gezamenlijk rechtens niet mogelijk is. Afgezien hiervan komt het mij voor dat ook deze materiële klacht niet kan slagen. Het Hof is van oordeel geweest dat ieder van de acteurs schade heeft geleden als gevolg van de door de uitgever gepleegde onrechtmatige daad. De totale schade is door de rechtbank begroot op f 6.000,— (r.o. 8 van haar vonnis, weergegeven in r.o. 1 van 's Hofs arrest), met welke begroting het Hof zich heeft verenigd (r.o. 59). M.i. heeft het Hof in de r.o. 56 en 59 geen rechtsregel geschonden. De eerste, in *onderdeel 6* vervatte grief beticht r.o. 57 van het aangevochten arrest van onbegrijpelijkheid, nu het in dit geding niet gaat om een publicatieverbod maar om een schadevergoedingsactie. Deze grief verliest uit het oog dat in dit geding wel ter dege een verbod van publicatie 'aan de orde is', nl. in die zin dat het er om gaat of de uitgever schadeplichtig is wegens niet-naleving van het publicatieverbod van art. 21 A.W. Een verbodsactie hebben de acteurs niet ingesteld, maar dat heeft het Hof niet miskend, ook niet in de door de grief aangevallen overweging, weshalve deze in zoverre feitelijke grondslag mist.

Voorts bevat onderdeel 6 de klacht dat het Hof niet een afdoende en begrijpelijke weerlegging heeft gegeven van de 12e appèlgrief, voor zover inhoudende dat de beslissing van de Rechtbank neerkomt op bescherming van de vertolking van de acteurs, welke bescherming de A.W. niet verleent. Het Hof overweegt daaromtrent (in r.o. 57), dat 'onder bescherming van de vertolking ten behoeve van uitvoerende kunstenaars iets gans anders is te verstaan dan verbod van publicatie van de portretten van deze laatsten, gelijk in dit geding aan de orde'. Deze klacht gaat er terecht van uit dat de A.W. de vertolking als zodanig niet beschermt. Vergelijk de wetsgeschiedenis van art. 10, lid 1 onder 3, zijnde art. 9 lid 1 onder 3 van het oorspronkelijke wetsontwerp: Bijl. Hand. II 1911-1912, nr. 227.3., p. 9 (de M.v.T.): 'Ten overvloede moge er op worden gewezen, dathet hier geldt oorspronkelijke onuitgegeven monologen, niet declamatiën van eens anders werk Het voordragen als zelfstandige handeling kan niet voorwerp van auteursrecht zijn, evenmin als het opvoeren van een toneelstuk', en nr. 227.5 (de M.v.A.): 'Met 'mondelijke voordrachten' worden bedoeld de oorspronkelijke redevoeringen, preeken, enz., (met een noot: 'N.l. wanneer zij niet op schrift gebracht zijn, daar zij anders reeds onder 1° vallen'; F.) niet de handeling van het voordragen. Handelingen zelve komen als zodanig niet voor auteursrecht in aanmerking; op het acteren, het voordragen, het zingen, het bespelen van muziekinstrumenten, kan geen auteursrecht bestaan.' (zie C.H. Beekhuis, *R.M. Themis* 1972, p. 30 en 38-39). Niettemin kan de onderhavige klacht naar mijn mening niet slagen, omdat een foto van een vertolking niet hetzelfde is als de vertolking zelf. Zoals de op schrift gestelde vertolking in beginsel onder de bescherming van de A.W. (nl. art. 10, lid 1 onder 1; vgl. bovengenoemde noot op p. 24 van de M.v.A.), zo valt een foto van de vertolking onder de werking van art. 21 A.W. Een foto is inderdaad iets 'gans anders' dan het gefotografeerde object. Daarbij komt dat een vertolking actie, een handelen, impliceert, terwijl een foto — anders dan een film — een statisch karakter heeft, een momentopname van de handeling geeft. Volgens mij is 's Hofs weerlegging van de hier bedoelde appèlklacht zowel afdoende als begrijpelijk.

Een derde klacht van *onderdeel 6* houdt in, dat het Hof niet heeft beslist op de twaalfde appèlgrief voor zover daarin wordt aangevoerd, dat de — in die grief aangegeven — beslissing onjuist is omdat de populariteit van de televisieserie geen rol mag spelen, nu het ten deze slechts gaat om de populariteit van de acteurs en niet om die van de serie. Ik meen dat deze klacht te hoge eisen stelt aan 's Hofs wettelijke motiveringsplicht. De rechter is niet gehouden ieder argument van de procespartij, die in het ongelijk wordt gesteld, afzonderlijk te behandelen en te weerleggen; zie Veegens, 'Cassatie' — 1971 — nr. 119, p. 201, noot 4. Afgezien hiervan komt het mij voor dat de klacht geen feitelijke grondslag heeft in het aangevallen arrest. Het Hof heeft in r.o. 56 overwogen: 'Het zijn de eisers gezamenlijk geweest die in onderling verband en samenspel het gebracht hebben tot een zekere populariteit; zij zijn die — nu in deze, dan in die combinatie en soms afzonderlijk — op de gepubliceerde portretten zijn afgebeeld'. Aldus heeft het Hof, naar mijn opvatting, tot uiting gebracht, dat de acteurs het gezamenlijk hebben gebracht tot een zekere populariteit zowel van de televisieserie als van henzelf, als daaraan deelnemende acteurs. De populariteit van de serie is, in 's Hofs ook in zoverre met die van de Rechtbank overeenstemmende visie, kennelijk niet zinvol te scheiden van die van de gezamenlijke acteurs: zij steunen over en weer op elkaar. Zodoende heeft het Hof op de twaalfde appèlgrief ten aanzien van het onderhavige punt, anders dan de cassatieklacht meent, een m.i. begrijpelijke beslissing gegeven die overigens, als feitelijk van aard, in cassatie niet ten toets kan komen.

Dat, gelijk de slotklacht van *onderdeel 6* aanvoert, ter zake van de onderhavige uitgave reeds een bedrag aan de drie hoofdrolspelers van de acteurs is betaald, doet volgens 's Hofs — m.i. ook op dit punt juiste en begrijpelijke — beslissing in het slot van r.o. 56 niet ter zake. De omstandigheid dat ter zake van het tekstgedeelte reeds een vergoeding is verleend die mede is bepaald door de populariteit van de televisieserie, sluit immers geenszins uit dat die populariteit ook is verdisconteerd bij de vaststelling van het bedrag dat aan de acteurs toekomt ter zake van het publiceren van hun foto's. Tot nadere specificatie te dien aanzien was Rechtbank noch Hof gehouden.

Onderdeel 7 mist m.i. zelfstandige betekenis en vindt zijn weerlegging in het naar aanleiding van de onderdelen 3 en 4 betoogde.

Ongegrondbevinding van het principale middel in al zijn onderdelen heeft ten gevolge, dat het voorwaardelijk ingestelde incidentele middel buiten behandeling blijft.

Ik concludeer tot verwerping van het principale beroep, met verwijzing van eiseres in de op de voorziening gevallen kosten.

b) De Hoge Raad, enz.

Gehoord partijen;

Gehoord de Advocaat-Generaal Franx in zijn conclusie strekkende tot verwerping van het beroep met veroordeling van eiseres in de op de voorziening gevallen kosten;

Gezien het bestreden arrest en de stukken van het geding, waaruit het volgende blijkt:

Bij exploit van 30 november 1971 hebben verweerders in cassatie, tevens incidenteel eisers tot cassatie — verder te noemen de eisers of Hameetman c.s. — eiseres tot cassatie, tevens incidenteel verweerster in cassatie — toen nog genaamd Nederlandse Rotogravure Maatschappij N.V. en gevestigd te Leiden, verder te noemen gedaagde of VNU —, gedaagd voor de Arrondissementsrechtbank te Amsterdam en haar veroordeling gevorderd tot betaling van f 10.000,— met rente en kosten, daartoe stellende:

1. dat eisers zijn acteurs en actrices van beroep;

2. dat eisers allen een meer of minder vooraanstaande rol hebben vertolkt in de televisieserie 't Schaep met de vijf Pooten';

3. dat gedaagde in 1970 heeft uitgegeven een album getiteld 't Schaep met de vijf Pooten';

4. dat in dit album mede zijn opgenomen kleurenfoto's, waarop eisers voorkomen, van een aantal scènes uit genoemde televisieserie;

5. dat eisers nooit enige toestemming hebben verleend aan gedaagde tot publicatie van genoemde foto's;

6. dat gedaagde hierdoor, zonder het verkrijgen van toestemming en het verrichten van enige contra-prestatie, profiteert van de populariteit van de eisers, in het bijzonder van hun populariteit als acteurs en actrices in de genoemde televisieserie;

7. dat deze populariteit eisers juist in staat stelt om daarmee financieel voordeel te behalen, door het afstaan van hun afbeeldingen aan bijvoorbeeld uitgeverijen tegen een geldelijke vergoeding;

8. dat gedaagde dan ook in strijd met een redelijk belang als bedoeld in artikel 21 der Auteurswet heeft gehandeld en ook overigens met de jegens eisers betaamende zorgvuldigheid, tengevolge waarvan zij schade hebben geleden en nog lijden;

9. dat eisers op grond van het bovenstaande gerechtigd zijn een schadevergoeding te vorderen groot f 10.000,—;

Na verweer van gedaagde heeft de Rechtbank bij vonnis van 21 mei 1975 de vordering toegewezen tot een bedrag van f 6.000,—, daartoe overwegende:

'1. Op grond van de erkende en niet betwiste stellingen staat tussen partijen vast:

dat eisers als acteurs en actrices een meer of minder vooraanstaande rol hebben vertolkt in de televisieserie 't Schaep met de vijf Pooten';

dat gedaagde in 1970 heeft uitgegeven een album getiteld 't Schaep met de vijf Pooten', waarin zijn opgenomen kleurenfoto's van een aantal scènes uit die televisieserie waarop eisers voorkomen;

dat die foto's zijn gemaakt door Nico van der Stam en zijn assistenten en dat Nico van der Stam de auteursrechten van die foto's heeft;

dat eisers geen toestemming hebben gegeven voor publicatie van die foto's in genoemd album en zij van gedaagde hiervoor geen vergoeding hebben ontvangen.

2. Gedaagde heeft bij dupliek aangevoerd, dat krachtens een overeenkomst tussen de schrijver van de serie, Eli Asser en de N.V. Tirion de laatste het recht kreeg de serie in drukpers te exploiteren in het bijzonder in de vorm van een album met foto's van de serie en eisers sub 1-3 daarvoor van Eli Asser te zamen een bedrag van f 3.000,— hebben ontvangen, dat voorts de N.V. Tirion volgens overeenkomst met gedaagde, de uitgever, de verzorging van het album heeft uitgevoerd.

3. Eisers hebben bij akte na pleidooi gesteld, dat de beweerde overeenkomst uit de lucht is gegrepen en dat zij nimmer van Eli Asser ter zake van die overeenkomst enig bedrag hebben ontvangen.

Gedaagde heeft hierop bij de later genomen akte in het geheel niet gereageerd. Nu zulks niet is gebeurd en gedaagde evenmin de desbetreffende overeenkomst heeft overgelegd, moet zij, nu het nemen van een akte na pleidooi juist bedoeld was voor het overleggen van bewijsstukken, geacht worden dit verweer te hebben laten varen.

4. Eisers beroepen zich voor hun vordering enerzijds op artikel 21 van de Auteurswet, anderzijds op artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek. Een recht uit artikel 21 van de Auteurswet komt aan eisers als de geportretteerden alleen toe tegenover degene, die het auteursrecht op het portret heeft.

5. Vast staat, dat de maker van de foto's, Nico van der Stam, het auteursrecht heeft, zodat eisers hun vordering ten onrechte baseren op dat artikel. Artikel 21 van de Auteurswet impliceert niettemin, dat hetgeen geldt voor de maker van het portret zeker geldt voor derden, zodat derden, zoals in het onderhavige geval gedaagde, die een portret, dat zonder opdracht van de geportretteerde is vervaardigd, openbaar maken, onrechtmatig

handelen, als een redelijk belang van de geportretteerde zich daartegen verzet.

6. De vraag is of een redelijk belang van eisers zich tegen de publicatie verzet. Dat belang kan zijn een financieel belang. Eisers zeggen zelf geacht te willen worden stilzwijgend toestemming te hebben verleend voor het ter beschikking stellen van de foto's voor publicaties in kranten en tijdschriften, maar niet voor een publicatie in een album als het onderhavige. Afgezien van deze houding van eisers zou voor publicatie in kranten en tijdschriften geen toestemming van eisers nodig zijn, laat staan dat zij daarvoor een financiële tegemoetkoming zouden kunnen claimen, aangezien het belangrijkste doel van kranten en tijdschriften bestaat in voorlichting aan het publiek. Die voorlichting houdt gewoonlijk in een bespreking van het onderwerp zoals in casu de televisieserie, waarbij hooguit fragmenten uit die serie worden gebruikt ter illustratie zulks in het kader van een gevarieerd aanbod van informatie over een verscheidenheid van onderwerpen in een oplage waarvan de prijs per exemplaar voor het publiek betrekkelijk laag is. Het algemeen belang van een goede voorlichting van het publiek speelt daarbij een belangrijke rol. Daarentegen houdt een album als het onderhavige in een weergave van de tekst van de televisieserie, bewerkt voor de drukpers, waarbij de foto's als illustratie van de tekst wordt gebezigd, zoals gedaagde zelf verklaart.

7. In deze vorm van openbaarmaking staat het particuliere commerciële belang van de uitgever zo zeer op de voorgrond, dat het als een redelijk belang van de geportretteerden moet worden beschouwd, dat de publicatie van het album niet zonder hun toestemming geschiedt en dat zij aan een eventuele toestemming een financiële tegemoetkoming kunnen verbinden.

Van de zijde van gedaagde bestaat dan ook de onzorgvuldigheid, die in het maatschappelijk verkeer tegenover eisers betaamd hierin, dat zij zonder de toestemming van eisers tot publicatie zijn overgegaan, omdat zij konden beseffen, dat eisers aan die toestemming een financiële tegemoetkoming zouden verbinden. Immers tussen partijen staat vast, dat eisers — en zeker eisers 1 t/m 3 — een zodanige populariteit bezitten, dat zij voor het geven van toestemming tot publicatie van hun foto's geld kunnen ontvangen. Dat eisers sub 1 t/m 3 meer bekend en populair zijn dan de overige eisers doet er echter in het onderhavige geval niet zoveel toe, aangezien het hier in belangrijke mate gaat niet alleen om de populariteit van de diverse acteurs afzonderlijk, maar om die van de televisieserie als zodanig, waarin alle eisers hun aandeel hebben gehad. Het is daarom terecht, dat eisers gezamenlijk hun vordering hebben ingesteld.

8. Gedaagde ontkent ten slotte, dat eisers schade hebben geleden en zij stelt voorts, dat eisers dienen aan te geven uit welke factoren de schade is samengesteld, hoe het bedrag van f 10.000,— daaraan dient te worden toegerekend en aan wie dit bedrag toekomt en in welke verhouding. De Rechtbank is met eisers van mening, dat die schade bestaat in een redelijke vergoeding, die zij gevraagd zouden hebben voor toestemming van de publicatie. Voorts komt, gelijk boven overwogen, het bedrag toe aan de gezamenlijke eisers als deelnemers aan de televisieserie, zodat het toe te kennen bedrag aan hen allen gezamenlijk dient te worden toegerekend. De Rechtbank acht een bedrag van f 6.000,— mede gelet op de vergoeding, die eisers hebben ontvangen voor het acteren, een redelijke vergoeding, zodat de vordering van eisers tot een bedrag van f 6.000,— toewijsbaar is.

Van deze uitspraak is VNU in hoger beroep gekomen bij het Gerechtshof te Amsterdam onder aanvoering van vijftien grieven, welk Hof bij zijn thans bestreden arrest het vonnis van de Rechtbank heeft bekrachtigd, na daartoe onder meer het volgende te hebben overwogen:

'2. Tussen de vijftien grieven of verweren is het onderling verband en de samenhang niet aanstonds

duidelijk. In ieder geval onderwerpen zij niet per grief of verweer telkens een afzonderlijke rechtsvraag aan het oordeel van het Hof die zonder acht te slaan op andere grieven of verweren kan worden afgedaan. Derhalve acht het Hof het dienstig, na te melden vraagpunten te bespreken, waarbij dan telkens de betrokken grieven of verweren aan de orde zullen komen.

1. Is de Rechtbank bij haar beslissing van de juiste feiten uitgegaan?

3. In de eerste grief en/of verweer wordt aangevoerd:

Ten onrechte heeft de Rechtbank overwogen, dat tussen partijen vaststaat, dat de eisers geen toestemming hebben gegeven voor publicatie van de betreffende foto's in het bedoelde album.

4. Tussen partijen staat vast, dat eisers niet uitdrukkelijk toestemming hebben gegeven voor de in de grief bedoelde publicatie. VNU heeft dat ook nimmer gesteld. In zoverre is de grief dus ongegrond.

5. Voor het overige is de stelling van VNU deze, dat de eisers 'geacht moeten worden' toestemming te hebben verleend, althans dat VNU de toestemming als gegeven mocht aannemen, welk betoog zij funderen op de bij antwoord gegeven uiteenzetting van de gang van zaken, in de volgende bewoordingen:

'De gang van zaken is als volgt geweest. De foto's zijn gemaakt door de fotograaf Nico van der Stam en zijn assistenten. Zij hebben, evenals enkele andere fotografen, een doorlopende toestemming van de Nederlandse Omroep Stichting in haar studio's foto's van opnamen te maken. Deze toestemming heeft Nico van der Stam gebruikt en aldus de bedoelde foto's gemaakt. Nico van der Stam, gelijk de andere beroepsfotografen die eenzelfde toestemming hebben, plegen de aldus door hen gemaakte foto's tegen betaling aan uitgevers ter beschikking te stellen voor publicatie in hun uitgaven. De N.O.S. en de artiesten, die in de studio's van de N.O.S. optreden, zijn daarvan op de hoogte. Dit was destijds in het bijzonder het geval met eisers. Vóór, tijdens noch na het maken van de foto's, waarbij eisers uiteraard tegenwoordig waren, hebben eisers enig voorbehoud gemaakt ten aanzien van de publicatie van de foto's. Aldus moeten eisers geacht worden hun toestemming gegeven te hebben tot publicatie van de foto's door uitgevers, aan wie Nico van der Stam deze foto's tegen betaling ter beschikking zou stellen. Op grond van het bovenstaande mocht Nico van der Stam en mocht gedaagde, die van een en ander op de hoogte was en die tegen betaling van Nico van der Stam toestemming ontving tot publicatie van de betreffende foto's in de onderhavige uitgave, aannemen, dat eisers toestemming gaven tot of geen bezwaar hadden tegen publicatie van de foto's door uitgevers, in het bijzonder ook door gedaagde in de onderhavige uitgave'.

6. Dit verweer is geen feitelijke stelling doch berust op de redenering dat eisers, eenmaal gegeven dat zij zich niet verzet hebben tegen het maken en openbaar maken van foto's op zichzelf, rechtens geacht moeten worden, ook de publicatie van het omstreden album met de daarin opgenomen foto's te hebben goedgevonden.

7. De Rechtbank heeft dit verweer dan ook — terecht — niet opgevat als de betwisting van een feit doch daaromtrent beslist in haar rechtsoverwegingen 6 en 7 welke hierna bij punt III aan de orde komen.

8. De elfde grief of verweer luidt als volgt:

Ten onrechte heeft de Rechtbank overwogen, dat tussen partijen vaststaat, dat de eisers — en zeker de eisers 1 t/m 3 — een zodanige populariteit bezitten, dat zij voor het geven van hun toestemming tot publicatie van de foto's geld kunnen ontvangen.

9. Deze grief moge in zoverre gegrond zijn dat de woorden van de Rechtbank: 'tussen partijen staat vast' in de 7e overweging van de Rechtbank doen denken aan een uitdrukkelijke erkenning van de zijde van VNU — welke ontbreekt; immers die populariteit was ontkend — niettemin hangt deze grief zo nauw samen met

de heden ten dage bestaande verhouding tussen televisie-acteurs en uitgevers, dat een afdoende beslissing op dit punt is te geven zonder te beslissen op vraagpunt V.

II. Naar welke maatstaf dient te worden beoordeeld of de omstreden uitgave met foto's onrechtmatig was tegenover eisers?

10. De derde grief luidt:

Ten onrechte heeft de Rechtbank niet duidelijk gemaakt of zij de feiten toetst aan artikel 21 van de Auteurswet 1912 of aan artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek met name aan de zorgvuldigheid die VNU in het maatschappelijk verkeer jegens de persoon of goederen van de eisers betaamt, hebben de Rechtbank voorts ten onrechte de feiten niet uitsluitend aan artikel 21 van de Auteurswet 1912 getoetst.

11. Artikel 21 van de Auteurswet 1912 komt voor in Hoofdstuk I, paragraaf 6 van die wet, dragende het opschrift:

'De beperkingen van het auteursrecht'. Het richt zich, ten aanzien van niet in opdracht vervaardigde portretten, met een verbod tot 'dengene, wien het auteursrecht daarop toekomt' en Mitsdien niet tot VNU die geen auteursrecht pretendeert.

12. Nu kan men uit het artikel wel de gevolgtrekking maken dat aan de niet-auteursrechthebbende te dien aanzien zeker niet meer rechten toekomen dan aan hem die het auteursrecht wél heeft, maar het artikel spreekt zich niet uit over willekeurige derden niet-auteursrecht-hebbers zodat de vraag of deze laatsten een onrechtmatige daad hebben verricht door publicatie van portretten moet worden beantwoord aan de hand van artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek met inachtneming van alle omstandigheden van het geval.

13. De overwegingen 4 en 5 van de Rechtbank gaan er eveneens van uit dat artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek moet worden toegepast zodat de grief faalt.

III. Moeten de eisers geacht worden hun toestemming tot de publicatie van de foto's in het omstreden album te hebben gegeven?

14. De feitelijke grondslag voor een bevestigende beantwoording van deze vraag zoekt VNU in haar sub 5 geciteerde betoog en in de navolgende grieven of verweren: de tweede:

Ten onrechte heeft de Rechtbank nagelaten omtrent het door VNU bij conclusie van antwoord 6) ad 5 en conclusie van dupliek 3) ad 3 aangevoerde te beslissen en ten onrechte heeft de Rechtbank nagelaten op grond daarvan de vordering van de eisers te ontzeggen.

de zevende:

Ten onrechte maakt de Rechtbank te dezen een verschil tussen enerzijds kranten en tijdschriften en anderzijds een album. Ook in kranten en tijdschriften komen weergaven van televisie en radioseries voor, namelijk als feuilleton. Ook daar dienen de foto's als illustratie van de tekst. Bij beide vormen van openbaarmaking staat 'het particuliere commerciële belang van de uitgever' — wat dat ook precies moge betekenen — op gelijke wijze op de voorgrond.

de achtste:

Ten onrechte overweegt de Rechtbank: 'Afgezien van deze houding van eisers zou voor publicatie in kranten en tijdschriften geen toestemming van eisers nodig zijn, laat staan dat zij daarvoor een financiële tegemoetkoming zouden kunnen claimen, aangezien het belangrijkste doel van kranten en tijdschriften bestaat in voorlichting aan het publiek', omdat dit doel niet tot gevolg heeft, dat de eisers een redelijk belang, dat zich tegen openbaarmaking verzet, zouden missen, terwijl mocht dat anders zijn, hetzelfde moet gelden voor publicatie in een album als het onderhavige, omdat het doel van een dergelijk album evenzeer is voorlichting van het publiek omtrent de inhoud van de televisieserie.

de negende:

Ten onrechte heeft de Rechtbank de vordering van

de eisers toegewezen, omdat de door de eisers, naar zij erkennen, stilzwijgend gegeven toestemming voor publicaties van de foto's in kranten en tijdschriften geacht moet worden mede te gelden voor het onderhavige album, althans omdat, gelet op de bedoelde stilzwijgende toestemming, 'een redelijk belang' van de eisers ter zake van de publicatie van de foto's in het album ontbreekt.

de tiende:

Ten onrechte heeft de Rechtbank de vordering van de eisers toegewezen, omdat, nu zij erkennen dat zij stilzwijgend toestemming gegeven hebben tot publicatie van de foto's het op hun weg lag en ligt te stellen en te bewijzen, dat deze toestemming — voor VNU kenbaar — niet zou gelden voor de onderhavige uitgave, hetgeen althans het geval is, waar de eisers stelden dat zij een contract met de N.O.S. getekend hadden, waaruit zou blijken dat zij zich verbonden hadden akkoord te gaan met het laten maken van foto's en het publiceren van deze foto's uitsluitend in dag- en nieuwsbladen, welk contract, door VNU betwist, de eisers, ondanks aanhouding van de zaak door de Rechtbank tot dat doel, niet hebben kunnen overleggen.

15. Eisers van hun kant hebben de feitelijke grondslag van hun vordering gezocht in de volgende stellingen:

Eisers waren op de hoogte van het maken van foto's tijdens de opnamen door Nico van der Stam en zijn assistenten. Echter normaliter worden deze foto's uitsluitend ter beschikking gesteld aan uitgevers voor publicatie in kranten en tijdschriften, met andere woorden ter informatie van het lezende en kijkende publiek. Daartegen verzetten eisers zich ook niet en zij mogen zelfs geacht worden daartoe toestemming te hebben verleend.

Is deze toestemming (al dan niet stilzwijgend) verleend, dan is verzet tegen publicatie wegens een redelijk belang niet meer mogelijk. De auteursrecht-hebbende mag echter niet verder gaan dan waarvoor toestemming is verleend. Dat heeft de auteursrecht-hebbende (in casu, Nico van der Stam) wél gedaan door de foto's te laten publiceren — 'als illustratie van de tekst' zoals gedaagde zelf opmerkt — in een album dat geen enkele 'voorlichtende' functie heeft ten aanzien van het publiek.

16. In het geding is voorts een brief van Nico van der Stam, luidende:

Betreft: 't Schaep met de 5 Pooten'.

De foto's (diapositieven), die werden gebruikt ter illustratie van het boekje 't Schaep met de 5 Pooten naar de televisieserie van Eli Asser, zijn gedeeltelijk gemaakt door mij persoonlijk en voor een ander [deel door? Red.] als fotograaf bij mij in dienst zijnde assistenten.

Het auteursrecht van alle bovenbedoelde foto's berust derhalve bij mij. Zij werden met toestemming van de N.O.S. en met instemming van alle betrokkenen met name de spelers, gemaakt tijdens de repetities voor de gelijknamige televisie-producties. Aan toestemming was — behoudens de na te noemen stilzwijgende restrictie t.a.v. losstaand gebruik — geen enkele voorwaarde verbonden met betrekking tot de wijze waarop de foto's gebruikt zouden mogen worden.

In dit verband zij opgemerkt dat ik, evenals een beperkt aantal andere fotografen een doorlopende toestemming van de N.O.S. heb om in haar studio's te fotograferen. Van deze toestemming pleeg ik, alleen na incidentele afspraak met de N.O.S. omtrent tijd en plaats, herhaaldelijk gebruik te maken. Zowel de N.O.S. als andere betrokkenen weten zeer wel, dat ik aldus gemaakte foto's beroepsmatig pleeg te exploiteren door tegen betaling toestemming tot publicatie ervan aan derden, o.a. uitgevers, weekbladen, kranten e.d. te verlenen. Ook met de onderhavige foto's is dit gebeurd, onder meer met het oog op de illustratie van tijdschrift-artikelen over de betrokken televisie-producties.

(Slechts in uitzonderingsgevallen komt het voor dat de N.O.S. en/of de betrokken omroep tegenover de door haar toegelaten fotografen stipuleert, dat een bepaalde scène niet zal worden gefotografeerd, althans dat foto's daarvan niet (voor een bepaalde datum) zullen worden gepubliceerd. Namelijk wanneer door publicatie een clou van de betrokken televisie-productie vóór de uitzending zou worden geopenbaard. In het onderhavige geval deed deze omstandigheid zich niet voor.)

Het is naar mijn mening in onze kring van fotografen algemeen bekend, dat foto's als de onderhavige niet zonder meer mogen worden gebruikt voor daarvan losstaande commerciële doeleinden, zoals b.v. wanneer een caféscène voorstellende foto van de onderhavige televisie-productie zou worden gebruikt voor een bieradvertentie.

Naar mijn mening kan echter in het geval van het onderhavige boekje beslist niet van een dergelijk losstaand gebruik worden gesproken, zodat ik niet kan inzien, dat door de foto's ter illustratie van het boekje te gebruiken, onrechtmatig gehandeld zou zijn tegenover de op die foto's voorkomende personen.

17. Voor wat de vaststaande feiten betreft is van belang dat VNU in het onder 5 gegeven citaat wél stelt dat Nico van der Stam en zijn collega's de door hen gemaakte foto's 'aan uitgevers' ter beschikking plegen te stellen, doch niet dat zij die beschikbaar stellen aan alle willekeurige uitgevers voor alle willekeurige publicaties; en voorts dat Van der Stam als feit vermeldt dat het in de kring van 'fotografen algemeen bekend (is) dat foto's als de onderhavige niet zonder meer mogen worden gebruikt voor daarvan' (te weten de illustratie van krante- en tijdschriftartikelen) 'losstaande doeleinden'.

18. Vast staat dus de beperkte, in het onder 16 gegeven citaat vermelde, toestemming; voorts dat die toestemming niet iedere willekeurige openbaarmaking van foto's door iedere willekeurige uitgever (of derde) dekt en het is nu de vraag of een voor dit geding ter zake dienend onderscheid kan worden aangegeven tussen wat eisers noemen publicatie 'in kranten en tijdschriften' en wel 'ter informatie van het lezende en kijkende publiek' aan de ene kant en publicatie in een album als het onderhavige aan de andere kant.

19. Te dezer zake is het van belang, vast te stellen dat de maatschappelijke ontwikkeling in de hedendaagse samenleving er toe geleid heeft dat er bij een breed publiek belangstelling bestaat voor actuele gebeurtenissen op onder meer economisch, politiek en cultureel gebied.

20. Deze belangstelling pleegt – uitzonderingen daargelaten – niet te worden aangemerkt als opdringerige nieuwsgierigheid maar als een gerechtvaardigd verlangen naar voorlichting.

21. Ter voldoening aan dit verlangen zijn een aantal drukpersmedia ontstaan als dagnieuws- en weekbladen en tijdschriften die gekenmerkt worden door:

berichtgeving over zaken die actueel zijn;

in de inhoud een zekere verscheidenheid van onderwerpen (nieuwstijdingen, gemengde berichten, actuele opinie vormende artikelen), eventueel binnen het gebied van de specialiteit van het blad (damesblad, gezinsblad, omroepgids);

periodieke verschijning;

meestal mogelijkheid van abonnement.

22. De gemelde maatschappelijke ontwikkeling en de opkomst van nieuwsbladen en tijdschriften als voorlichtende media over actuele gebeurtenissen brengen mede, dat personen die zich bewegen op een terrein waarvoor bij het publiek (of een deel daarvan) een gerechtvaardigd verlangen naar voorlichting bestaat, zich er niet tegen plegen te verzetten dat die media aan hun persoon en werk – voor zover dat geacht kan worden tot de actualiteit te behoren – aandacht besteden.

23. In het midden kan blijven of personen als vorenbedoeld een maatschappelijke verplichting hebben om zodanige publiciteit te gedogen, nu de eisers zelf stellen dat zij deze, wat henzelf en hun optreden als acteurs betreft, hebben goedgevonden en dat zij nadien in ieder geval zich tegen publicatie in media als de voormelde niet meer vermochten te verzetten.

24. Terecht echter betogen eisers – en ook de Rechtbank – dat de toestemming van eisers tot het nemen en publiceren van foto's voor media als voormeld geenszins mede inhoudt de toestemming tot publicatie van die foto's in het omstreden album hetwelk niet anders is dan een éénmaal verschijnende uitgave (behoudens, bij gebleken behoefte, een tweede druk)

die niet anders bevat dan een verzonnen verhaal, te weten hetzelfde dat ten grondslag heeft gelegen aan televisie-uitzendingen, met illustraties (te weten: de omstreden foto's)

en als zodanig gelijk te stellen is met een geïllustreerde roman;

die voorts blijkens de inhoud niet anders beoogt dan het via de televisie geboden (voor wat het verhaal betreft: geheel en voor wat de eisers betreft: door een aantal foto's van hen in hun rol) vast te leggen, zodat de lezer-kijker bij wijze van amusement het nog eens rustig kan nalezen en het geziene in zijn herinnering terugroepen dan wel de serie die hij (geheel of gedeeltelijk) gemist heeft voor het eerst kijkende en lezend in zich kan opnemen;

bij al hetwelk is aan te nemen – gezien het geschrevene door Nico van der Stam als vermeld onder 16 en gezien het algemeen bekende en algemeen aanvaarde gebruik dat niet het slot van een in televisieserie voor het eerst gebracht verhaal langs andere weg gepubliceerd wordt vóór de afloop van die serie, – dat het dusgenaamde album is verschenen na afloop van de gelijknamige serie zodat iedere voorlichtende (berichtgevende) en iedere opinievormende waarde of pretentie daaraan ontbrak.

25. Uit het vorenstaande volgt dat de grieven of verweren 2, 7, 8, 9 en 10 ongegrond zijn, waarbij voor wat betreft grief 10, die mede de bewijslast betreft, nog is op te merken dat hier uitsluitend sprake kan zijn van een stilzwijgende toestemming van eisers (meer heeft VNU niet gesteld) welke zou zijn af te leiden uit de door eisers erkende toestemming als vermeld onder 16;

dat echter die laatste toestemming blijkens het vorenstaande op zo geheel andersoortige publicatie betrekking had dat niet de bewijslast dat deze geclausuleerd was op eisers, doch de bewijslast dat zij meer omvatte dan erkend, op VNU zou rusten, indien, anders dan onder 24 beslist, op dit punt bewijslevering noodzakelijk ware.

26. Tevens volgt uit het vorenstaande dat grief 1 in zijn geheel ongegrond is.

IV. Was het belang dat eisers bij niet-publicatie stellen te hebben 'redelijk'?

27. Partijen hebben over die vraag gedebatteerd naar aanleiding van artikel 21 van de auteurswet 1912. Blijkens het overwogene onder 11-13 is dit artikel voor dit geding niet beslissend en hoogstens zijdelings van belang. Aangezien echter VNU in geen geval onrechtmatig heeft gehandeld jegens eisers indien aan hun zijde ieder redelijk belang ontbreekt en aangezien voorts in de verweren zekere argumenten vervat zijn welke beogen de rechtmatigheid van de publicatie door VNU te staven, zal het Hof aan de hand van de grieven 4 en 6 op dit vraagpunt ingaan.

28. De vierde grief luidt:

Ten onrechte heeft de Rechtbank in deze 'een redelijk belang' van de eisers in de zin van artikel 21 van de Auteurswet 1912 aangenomen en de vordering toegewezen, omdat daaronder slechts een zedelijk of persoonlijk belang doch niet een financieel belang kan

vallen, zijnde in deze van een zedelijk of persoonlijk belang van de eisers geen sprake.

De zesde grief luidt:

Ten onrechte heeft de Rechtbank in deze 'een redelijk belang' van de eisers in de zin van artikel 21 van de Auteurswet 1912 aangenomen, omdat de foto's in deze niet gebezigd zijn als reclamemiddel, althans omdat het hier betreft foto's, die met medeweten en instemming en zonder bezwaar van de eisers van hen gemaakt zijn, en/of foto's, die gemaakt werden van de televisieserie waarin de eisers optraden, en/of foto's, die gebezigd zijn als illustratie van een weergave via de drukpers van deze televisieserie, en/of foto's, die opgenomen zijn in een album dat wil zeggen een product van de drukpers, dat in zijn verschijningstijdstip gebonden was aan de uitzending van de televisieserie en evenals dagbladen, nieuwsbladen en tijdschriften het publiek voorlicht.

29. Eisers leggen aan hun vordering uitsluitend een financieel belang ten grondslag, waartegenover VNU als meest vèrstrekkende verweer stelt dat publicatie van zonder opdracht vervaardigde portretten slechts dan onrechtmatig is, wanneer een zedelijk of persoonlijk belang zou zijn geschonden, waaronder, blijkens de toelichting, alsmede bij pleidooi gegeven, wordt verstaan: het belang om foto's die de privé-sfeer raken dan wel foto's die de geportretteerde krenkend acht, buiten de publiciteit, althans buiten de publiciteit in een bepaald blad of een bepaalde rubriek te houden; en dergelijke, het zedelijk of persoonlijk belang rakende gevallen.

30. Gesteld echter dat eisers door de omstreden publicatie financieel nadeel hebben ondervonden, dan is niet in te zien waarom voorkoming van dat nadeel niet een volkomen redelijk belang zou kunnen zijn. De vierde grief faalt.

31. De zesde grief acht het redelijk belang van eisers afwezig (a) omdat de foto's met medeweten en instemming en zonder bezwaar van eisers gemaakt zijn en (b) opgenomen in een album dat, voor zover in dit geding van belang, met dagbladen, nieuwsbladen en tijdschriften vergelijkbaar is.

32. Beide verweren zijn behandeld en ongegrond bevonden onder III, zodat deze grief faalt. Voor zover de grief mede beoogt onderscheid te maken tussen portretten gepubliceerd voor reclamedoeleinden en in diverse andere verbanden, wordt daarop teruggekomen onder 35 en volgende.

V. Hadden de eisers werkelijk zulk een financieel belang?

33. Dit is betwist in het elfde verweer van VNU, luidende:

Ten onrechte heeft de Rechtbank overwogen, dat tussen partijen vaststaat, dat de eisers — en zeker eisers 1 tot en met 3 — een zodanige populariteit bezitten, dat zij voor het geven van hun toestemming tot publicatie van de foto's geld kunnen ontvangen.

34. Voor de beoordeling van dit verweer — door VNU ook wel aangeduid als de ontkenning van de 'verzilverbare populariteit' van eisers — is niet alleen die populariteit zelve van belang doch ook de feitelijke situatie in de commerciële en inzonderheid in de uitgeverwereld.

35. Wat die situatie betreft heeft de raadsman van VNU — onbestreden — het volgende gesteld, deels in aansluiting aan de onderscheidingen gemaakt in de zesde grief (welke voor het overige hier mede behandeld vindt):

A. Door uitgevers en andere openbaarmakers van portretten wordt thans in Nederland algemeen aanvaard, dat gebruik van een ander portret voor zuivere reclamedoeleinden niet dient te geschieden zonder toestemming van de geportretteerde en betaling van een geldsbedrag aan deze zo hij dat verlangt;

B. Omgekeerd wordt door personen die zich in de actualiteit begeven of daarin geraken, algemeen

aanvaard dat nieuwsbladen en tijdschriften zonder voorafgaande toestemming en zonder betaling hun portretten publiceren in het kader van nieuwsvoorziening of voorlichting over actuele zaken;

C. Voor gevallen, niet behorende tot de groepen A en B bestaat, althans in uitgeverskring, onzekerheid en deze leidt er toe dat zich in de praktijk verschillende gevallen voordoen, te weten:

òfwel de uitgever waagt het er op en publiceert zonder toestemming; dan zal soms de geportretteerde het er bij laten; soms zal hij alsnog een geldsbedrag vorderen en veelal zal dat geldsbedrag (mede afhankelijk van de beslistheid waarmede de geportretteerde bij zijn eis persisteert) door de uitgever worden voldaan;

òfwel de uitgever vraagt vooraf toestemming voor de publicatie van het portret en dan bedingt de geportretteerde een geldsbedrag waarvan de hoogte bij onderhandeling wordt vastgesteld.

Van deze feitelijke situatie gaat het Hof, als althans tussen partijen vaststaande, uit.

36. Voor de populariteit van eisers is van belang dat de televisie — in tegenstelling tot de film of het toneel — de zogenaamde 'serie' kent: een verhaal dat op het scherm gebracht wordt in afleveringen, veelal op vaste dagen en uren van de week.

37. Dit brengt mede dat — onder meer afhankelijk van de kwaliteit van de geschreven tekst van het stuk en van die van de spelers — het publiek met belangstelling gaat uitzien naar de volgende aflevering en de spelers in belangrijke mate gaat identificeren met hun rol, al hetgeen de verhoging van de populariteit van die spelers bevordert.

38. Wat nu het onderhavige geval betreft moet worden aangenomen, dat de populariteit van de gezamenlijke spelers van dien aard geweest is dat het voor VNU lonend was, zich de moeite en kosten van een uitgave te getroosten welke niet slechts het verhaal en de daarin voorkomende liedjes bevatte, doch ook foto's van telkens één of meer der eisers.

39. Daarbij is aan te nemen dat mede-publicatie van die foto's van wezenlijk belang voor de uitgave was, omdat dit zogenaamde album, gemaakt, naar achterop is vermeld, 'naar de gelijknamige televisieserie' kennelijk bepaaldelijk erop gericht was, de herinnering aan het geziene wakker te roepen.

40. Uit het onder 35-39 overwogene moet worden afgeleid dat eisers, ware vóór de uitgave hun toestemming gevraagd, in staat zouden zijn geweest financiële condities te stellen, waarbij nog van belang is dat VNU niet heeft gesteld dat betaling van een geldsbedrag aan eisers door haarzelve of een andere uitgever onredelijk kostenverzwarend zou hebben gewerkt, zodat tevens moet worden aangenomen dat eisers een bij onderhandeling vast te stellen redelijk geldsbedrag ook daadwerkelijk zouden hebben ontvangen.

41. Het door eisers aangeboden bewijs is te dezer zake niet van node en de elfde grief faalt, evenals de zesde grief voor zover nog niet behandeld.

VI. Heeft VNU onrechtmatig gehandeld jegens eisers?

42. Dit wordt vooreerst betwist in de vijfde grief of verweer van VNU, luidende:

Ten onrechte heeft de Rechtbank in deze 'een redelijk belang' van de eisers in de zin van artikel 21 van de Auteurswet 1912 aangenomen, omdat bedoeld artikel 21 slechts het belang bij niet-publicatie beschermt, althans niet het belang bij publicatie tegen een al dan niet redelijke beloning, hebbende de eisers geen enkel ander bezwaar, dan het ontbreken van een beloning of geldelijk voordeel voor hen ter zake van de publicatie van de foto's, tegen deze publicatie ingebracht.

43. Het Hof vat dit verweer aldus op dat VNU beoogt: de publicatie op zich zelve wordt door eisers niet onrechtmatig geacht, integendeel zij 'maken de indruk' deze 'positief te waarderen'; de onrechtmatigheid

kan dus slechts liggen in het publiceren zonder betaling; dat missen van betaling merken de eisers aan als schade, maar de onrechtmatigheid moet onafhankelijk van de schade vaststaan.

44. Voor zover in deze grief het ontbreken van redelijk belang bij eisers wordt tegengeworpen, moet deze vijfde grief geacht worden, bij de behandeling van de vierde en de zesde grief reeds te zijn weerlegd.

45. Voor het overige berust de grief op een onjuiste lezing van de dagvaarding. Eisers leggen aan de stelling dat VNU onrechtmatig heeft gehandeld ten grondslag het ontbreken van hun toestemming (welke, gelijk overwogen sub III, inderdaad ontbreekt); daaraan voegen eisers toe dat het uitgeven van het album door VNU zonder het vragen van die toestemming onrechtmatig is omdat, ware die wèl gevraagd, eisers financiële condities zouden hebben gesteld en ingewilligd gekregen (hetgeen, blijkens het sub V overwogene, op zichzelf eveneens juist is).

46. Voor de bepaling van de onrechtmatigheid is dus — met verwerping van de vijfde grief — bepalend, of VNU geacht kan worden gehouden te zijn tot het vragen van toestemming van de eisers.

47. Deze vraag komt aan de orde bij de dertiende grief of verweer, ...

49. Al de daarin ter sprake gebrachte punten zijn zakelijk te herleiden tot één vraagpunt, te weten: gegeven dat eisers 'verzilverbare populariteit' bezaten, dat zij dus financiële condities vermochten te verbinden aan toestemming tot publicaties van hun portretten, doch dat anderzijds VNU er belang bij had een uitgave van 't Schaep met de 5 Pooten' het licht te doen zien, verlucht met foto's van eisers in hun rol bij die televisieserie, en zulks tegen zo gering mogelijke kosten, is er enige regel van recht die VNU gebiedt, niet tot de uitgave over te gaan zonder voorafgaande toestemming van eisers?

50. Voor beantwoording van deze vraag zijn de volgende richtlijnen in het geldende recht te vinden:

(a) aan degene wien het auteursrecht toekomt op een portret, in opdracht van de geportretteerde gemaakt, komt niet de bevoegdheid toe, dit openbaar te maken zonder toestemming van laatstgenoemde (artikel 20 van de Auteurswet 1912);

(b) aan degene wien het auteursrecht toekomt op een portret, vervaardigd zonder daartoe strekkende opdracht, komt niet de bevoegdheid toe, dit openbaar te maken zonder toestemming van de geportretteerde voor zover diens redelijk belang zich tegen openbaarmaking verzet (artikel 21 zelfde wet);

(c) uit de onder (b) vermelde regel valt af te leiden dat aan de niet-auteursrechthebbende zeker niet meer bevoegdheden toekomen;

(d) het zonder daartoe gerechtigd te zijn openbaar maken van een portret is strafbaar als overtreding (artikel 35 zelfde wet);

(e) het openbaar maken van een afbeelding als bedoeld in artikel 139 f van het Wetboek van Strafrecht is strafbaar als misdrijf (artikel 139 g van dat Wetboek).

51. De wetgever heeft dus de openbaarmaking van portretten gezien als een zaak welke, ten behoeve van de geportretteerde, met bijzondere waarborgen dient te worden omringd; dit brengt mede dat, indien zowel deze laatste als een derde een redelijk (in dit geval: financieel) belang hebben bij de al-of-niet openbaarmaking van een portret dan wel bij de openbaarmaking (slechts) op bepaalde voorwaarden, de derde het belang van de ander zal hebben te ontzien en, alvorens tot publicatie over te gaan, diens toestemming zal hebben te vragen; en dat, verkeert de derde ten aanzien van de vraag of de geportretteerde een redelijk belang heeft in onzekerheid, hij, alvorens tot publicatie over te gaan, zich in verbinding zal hebben te stellen met de geportretteerde.

52. De onder 49 gestelde vraag is dus bevestigend te beantwoorden en geconcludeerd moet worden — met

verwerping in zoverre van de dertiende grief — dat VNU onrechtmatig heeft gehandeld tegenover eisers en de strafbepaling van artikel 35 van de Auteurswet 1912 heeft overtreden.

53. Het verder in deze grief aangevoerde kan geacht worden, reeds weerlegging te hebben gevonden in hetgeen overwogen is naar aanleiding van de andere grieven dan wel na het bovenstaande geen behandeling meer te behoeven zodat de grief niet kan leiden tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep.

VII. De schadevergoeding en het bedrag daarvan.

54. De twaalfde grief luidt:

Ten onrechte heeft de Rechtbank 'een redelijk belang' aangenomen en een schadevergoeding van f 6.000,— toegewezen, in het bijzonder ook nu zij overweegt, dat 'het hier in belangrijke mate gaat niet alleen om de populariteit van de diverse acteurs afzonderlijk maar om die van de televisieserie als zodanig, waarin alle eisers hun aandeel hebben gehad', en voorts nu zij overweegt omtrent 'de gezamenlijke eisers als deelnemers aan de televisieserie' aan wie de schadevergoeding zou toekomen; en ten slotte nu zij ter bepaling van een 'redelijke vergoeding' voor de publicaties van de foto's van belang acht de vergoeding, die de eisers voor het acteren hebben ontvangen, een en ander ten onrechte omdat de beslissing van de Rechtbank neerkomt op bescherming van de vertolking van de eisers als acteurs en de Auteurswet 1912 deze bescherming niet verleent, en voorts omdat de populariteit van de televisieserie van deze evenmin een rol mag spelen en ten slotte omdat ter zake van de onderhavige uitgave daarvoor reeds naar behoren betaald is.

De veertiende:

Ten onrechte heeft de Rechtbank niet van belang geacht en/of niet beslist over het verweer van VNU, dat de eisers zonder de uitgave van gedaagde hun foto's niet geexploiteerd of te gelde gemaakt zouden hebben voor een vergelijkbare uitgave.

De vijftiende:

Ten onrechte heeft de Rechtbank aan de eisers een schadevergoeding van f 6.000,— toegewezen, omdat door de eisers niet is gemotiveerd, gespecificeerd en bewezen of aannemelijk gemaakt, dat en waarom f 6.000,— een 'redelijke vergoeding' voor de publicatie van hun foto's zou zijn — zijnde de vergoeding, die de eisers voor het acteren hebben ontvangen ter zake bepalend noch van belang en voorts omdat ten hoogste aan ieder van de eisers een vergoeding toekomt voor door hem of haar geleden of te lijden schade, welke niet gevorderd is, en niet aan de eisers gezamenlijk 'als deelnemers aan de televisieserie'.

55. In het eerste deel van de 12e en het tweede deel van de 15e grief is bezwaar gemaakt tegen de beslissing dat de schadevergoeding is toegewezen aan eisers gezamenlijk.

56. Dit bezwaar is niet gegrond.

Het zijn de eisers gezamenlijk geweest die in onderling verband en samenspel het gebracht hebben tot een zekere populariteit; zij zijn het die — nu in deze, dan in die combinatie en soms afzonderlijk — op de gepubliceerde portretten zijn afgebeeld. Niet is in te zien waarom zij ter zake van één uitgave, onrechtmatig tegenover hen allen, niet gezamenlijk vergoeding van schade zouden kunnen vorderen. Wat in de toelichting op de twaalfde grief gesteld wordt omtrent reeds ontvangen vergoeding is niet ter zake, nu uit de door VNU zelf overgelegde bescheiden blijkt dat deze betaling het tekstgedeelte betrof en niet de foto's.

57. In het tweede deel van de twaalfde grief wordt nog opgeworpen dat 'de beslissing van de Rechtbank neerkomt op bescherming van de vertolking', doch ten onrechte, omdat onder bescherming van de vertolking ten behoeve van uitvoerende kunstenaars iets gans anders is te verstaan dan verbod van publicatie van de portretten van deze laatsten, gelijk in dit geding aan de orde.

58. Het in de veertiende grief opgeworpen bezwaar is niet ter zake. Beslissend is (a) dat VNU heeft gepubliceerd zonder toestemming, (b) dat, ware die toestemming gevraagd, door de eisers een geldsbedrag zou zijn bedongen en verkregen. VNU behoort tot de in overweging 35 onder C bedoelde uitgevers die 'het er op wagen', te publiceren zonder voorafgaande toestemming, zodoende eisers voor het voldongen feit stellende dat hun portretten zijn gepubliceerd zonder dat zij — wat in hun geval normaal was — aan het bedingen van vergoeding waren toegekomen.

59. De klacht van de vijftiende grief is evenzeer ongegrond, nu de rechter bevoegd is geleden schade te begroten, de Rechtbank dat gedaan heeft en het Hof zich met die begroting verenigt.;

Overwegende dat VNU deze uitspraak bestrijdt met het volgende middel van cassatie:

'Schending van het recht en/of verzuim van vormen, waarvan niet inachtneming nietigheid meebrengt, in het bijzonder van de artikelen 1401, 1402, 1403, 1902 en 1903 van het Burgerlijk Wetboek, 139 f, 139 g en 441 b van het Wetboek van Strafrecht, 48, 59, 134, 323, 337, 343, 347, 348 en 353 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, 1, 12, 13, 15, 19, 20, 21 en 35 van de Auteurswet 1912, 20 en 69 van de Wet op de rechterlijke organisatie, 175 van de Grondwet, door te overwegen en op grond daarvan recht te doen, gelijk in voormeld arrest is omschreven, ten onrechte,

1. omdat het Hof overwegende als vermeld in de rechtsoverwegingen 10-13 heeft miskend, dat artikel 21 van de Auteurswet 1912 weliswaar slechts openbaarmaking door degene, aan wie het auteursrecht toekomt, ongeoorloofd verklaart, doch hetgeen de auteursgerechtigde niet vrijstaat à fortiori aan de niet-auteursgerechtigde niet geoorloofd is, zijnde derhalve aan te nemen, dat genoemd artikel 21 mede betrekking heeft op openbaarmaking door willekeurige derden niet-auteursrechthebbenden, hetgeen meebrengt, dat de vraag of deze laatsten een onrechtmatige daad hebben verricht door publicatie van portretten, aan de hand van artikel 21 moet worden beantwoord, althans niet uitsluitend aan de hand van artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek, terwijl althans rechtens onjuist is, dat artikel 21 voor dit geding niet beslissend is en hoogstens zijdelings van belang, gelijk het Hof in rechtsoverweging 27 overweegt,

2. omdat het Hof overwegende in rechtsoverweging 17, dat van belang is, dat Van der Stam als feit vermeldt dat het in de kring van 'fotografen algemeen bekend (is) dat foto's als de onderhavige niet zonder meer mogen worden gebruikt voor daarvan' (te weten de illustratie van krante- en tijdschriftartikelen) 'losstaande doeleinden', een onbegrijpelijke beslissing heeft gegeven, nu de brief van Van der Stam, blijkens rechtsoverweging 16 inhoudt: 'Het is naar mijn mening in onze kring van fotografen algemeen bekend, dat foto's als de onderhavige niet zonder meer mogen worden gebruikt voor daarvan losstaande commerciële doeleinden, zoals bijvoorbeeld wanneer een een caféscène voorstellende foto van de onderhavige televisie-productie zou worden gebruikt voor een bieradvertentie. Naar mijn mening kan echter in het geval van het onderhavige boekje beslist niet van een dergelijk losstaand gebruik worden gesproken ...', en aangezien 'daarvan' kennelijk betekent 'van de op de foto voorkomende voorstelling' en niet 'van de illustratie van krante- en tijdschriftartikelen', zodat 's Hof's arrest niet naar de eis der wet met redenen is omkleed,

3. omdat ten aanzien van de publicatie van zonder opdracht vervaardigde portretten in het algemeen, behoudens bijzondere zich hier niet voordoende omstandigheden, slechts sprake is van een onrechtmatige daad en/of van een redelijk belang in de zin van artikel 21 in verband met artikel 35 van de Auteurswet 1912, in — het zedelijk of persoonlijk belang rakende — gevallen

waarin de geportretteerde in redelijkheid aanspraak heeft op niet-publicatie, dus in het bijzonder — althans mede — de gevallen, waarin de foto in strijd is met het recht op privacy van de geportretteerde dan wel beledigend of onbehoorlijk is jegens de geportretteerde, althans niet in gevallen, als het onderhavige, waarin verweerders uitsluitend een financieel belang aan hun vordering ten grondslag leggen, en/of waarin zij bescherming eisen niet van een belang bij niet-publicatie, maar van een belang bij publicatie tegen een al dan niet redelijke beloning, hebbende Hameetman c.s. geen enkel ander bezwaar dan het ontbreken van een beloning of geldelijk voordeel voor hen ter zake van de publicatie van de foto's, tegen deze publicatie ingebracht, hetgeen althans het geval is, waar gelijk tussen partijen vaststaat althans door VNU aangevoerd is, VNU de foto's 'functioneel' gebruikt heeft dat wil zeggen niet buiten het kader, waarbinnen zij een rol spelen, zijnde immers de foto's, uit de televisieserie, gemaakt voor de drukpers, gebruikt in een weergave van de serie via de drukpers (en niet als reclame voor bijvoorbeeld bier, sigaretten of kauwgum), hetgeen voorts althans het geval is, waar, gelijk tussen partijen vaststaat althans door VNU aangevoerd is, de uitgave van VNU met de gewraakte foto's de populariteit van Hameetman c.s., die zij beogen, heeft vergroot, hetgeen bovendien althans het geval is, waar, naar in cassatie als uitgangspunt mag dienen, Hameetman c.s. zonder de uitgave van VNU hun foto's niet geëxploiteerd of te gelde gemaakt zouden hebben voor een vergelijkbare uitgave, hebbende het Hof in strijd met het recht in rechtsoverweging 30 overwogen, dat gesteld dat Hameetman c.s. door de omstreden publicatie financieel nadeel hebben ondervonden, niet is in te zien waarom voorkoming van dat nadeel niet een volkomen redelijk belang zou kunnen zijn, terwijl het Hof althans in strijd met het recht of onbegrijpelijkerwijs en niet naar de eis der wet met redenen omkleed deze redengeving voldoende geacht althans mede heeft gebezigd om, in verband met rechtsoverwegingen 27, 29, 31 en 32, de vierde en de zesde grief, alsmede, blijkens rechtsoverweging 44, de vijfde grief te doen falen, aangezien het enkele feit van financieel nadeel voor Hameetman c.s. als gevolg van de omstreden publicatie niet tot gevolg heeft en kan hebben, dat het recht in het bijzonder de genoemde artikelen 1401 en/of 21 bescherming aan de voorkoming van het financieel nadeel en/of bescherming aan het financieel belang van Hameetman c.s. verlenen, welk een en ander evenzeer geldt voor rechtsoverweging 51, waarin alweer tot uitgangspunt wordt genomen dat het financieel belang van Hameetman c.s. een redelijk belang is en/of door het recht beschermd wordt, hebbende het Hof althans miskend, dat de door het Hof in rechtsoverweging 50 opgesomde 'richtlijnen', in het bijzonder op de hiervoor vermelde gronden, er niet toe leiden en kunnen leiden, dat de derde, zoals VNU, het belang van de ander, zoals van Hameetman c.s., zal hebben te ontzien en, alvorens tot publicatie over te gaan, diens toestemming zal hebben te vragen, hebbende het Hof althans miskend, dat het profiteren door VNU van de populariteit van Hameetman c.s. in de door het Hof vastgestelde omstandigheden niet een aan schuld te wijten tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad van VNU jegens Hameetman c.s. is,

4. omdat het Hof in strijd met het recht althans onbegrijpelijkerwijs, zodat zijn arrest niet naar de eis der wet met redenen is omkleed, in rechtsoverweging 35 betekenis heeft toegekend aan hetgeen in de kringen van uitgevers en andere openbaarmakers van portretten en door personen die zich in de actualiteit begeven of daarin geraken aanvaard wordt en aan in uitgeverskring bestaande onzekerheid en zich in de praktijk voordoende gevallen, aangezien de door het Hof bedoelde feitelijke situatie niet bepalend is en mag zijn voor hetgeen rechtens ter zake geldt, zijnde de

eventueel bestaande opvattingen, in de door het Hof bedoelde kringen niet beslissend noch bepalend voor de in deze geldende rechtsregels, hebbende bovendien de raadsman van VNU niet gesteld — blijkende zulks ook niet uit de gedingstukken noch uit zijn pleitnota — hetgeen het Hof vermeldt in rechtsoverweging 35, wordende uit 's Hofs arrest ook niet duidelijk waar zulks gesteld zou zijn, hebbende genoemde raadsman ter gelegenheid van de pleidooien in antwoord op vragen van het Hof ten aanzien van het onder A bedoelde slechts geantwoord, dat, voor zover hem bekend, in de praktijk gebruik van eens anders portret voor zuivere reclamedoelinden in het algemeen niet geschiedt zonder toestemming van de geportretteerde en betaling van een geldsbedrag aan deze zo hij dat verlangt en de uitgever dit bereid is te betalen, terwijl ten aanzien van het onder C bedoelde door bedoelde raadsman op de vragen van het Hof is geantwoord, dat, voor zover hem bekend, soms gepubliceerd wordt zonder dat toestemming gevraagd wordt, in welke gevallen soms achteraf een vergoeding wordt voldaan, terwijl soms vóór de publicatie overleg met de geportretteerde wordt gepleegd, in welke gevallen partijen elkaar soms op een zekere vergoeding vinden, zodat ook 's Hofs beslissingen in rechtsoverwegingen 40, 45, 46, 49, 51 en 58, welke — mede — op rechtsoverweging 35 berusten, rechtens onjuist of onbegrijpelijk zijn, hebbende het Hof in het bijzonder miskend, dat voor de bepaling van de onrechtmatigheid van de gedragingen van VNU niet bepalend is of VNU geacht kan worden gehouden te zijn tot het vragen van toestemming van Hameetman c.s., aangezien het ontbreken van deze toestemming niet een element is van de rechtsregel, welke VNU geschonden zou hebben, daargelaten dat althans of deze toestemming de onrechtmatigheid of schadeplechtigheid zou hebben weggenomen, zijnde de aan het slot van rechtsoverweging 49 gestelde vraag dan ook, anders dan het Hof in rechtsoverweging 52 oordeelt, ontkenkend te beantwoorden, hebbende het Hof voorts miskend, zie rechtsoverweging 50 onder (b), dat artikel 21, anders dan artikel 20, van de Auteurswet 1912 geenszins de eis van 'zonder toestemming van laatstgenoemde' (sc. degene wien het auteursrecht op een portret toekomt) stelt, zijnde in deze artikel 21, en niet artikel 20, direct althans naar analogie of à fortiori, van toepassing, gelijk blijkbaar ook het Hof volgens rechtsoverweging 50 onder (c) aanvaardt, hebbende het Hof derhalve in strijd met het recht geoordeeld, als omschreven in rechtsoverweging 51, en in het bijzonder dat de derde, in het door het Hof bedoelde geval, het belang van de ander zal hebben te ontzien en, alvorens tot publicatie over te gaan diens toestemming zal hebben te vragen, alsmede dat, verkeert de derde ten aanzien van de vraag of de geportretteerde een redelijk belang heeft in onzekerheid, hij, alvorens tot publicatie over te gaan, zich in verbinding zal hebben te stellen met de geportretteerde, hebbende het Hof ook in het bijzonder miskend, dat, indien de openbaarmaking van een portret in de gegeven omstandigheden onrechtmatig is of indien in de gegeven omstandigheden een redelijk belang aanwezig is, dat de openbaarmaking ongeoorloofd doet zijn, daarnaast niet nog een rechtsregel bestaat, die de derde, indien hij in onzekerheid verkeert ten aanzien van de vraag of de geportretteerde een redelijk belang heeft, zou verplichten, alvorens tot publicatie over te gaan, zich in verbinding te stellen met de geportretteerde, zijnde de derde gerechtigd in deze op eigen risico te handelen, hetgeen evenzeer geldt ten aanzien van de vraag of een eventueel aangeboden vergoeding naar zijn omvang van dien aard is, dat de publicatie, die zonder dien onrechtmatig zou zijn, dientengevolge niet onrechtmatig is,

5. omdat 's Hofs beslissing in rechtsoverweging 56 is in strijd met het recht en/of niet of niet begrijpelijk en derhalve niet naar de eis der wet met redenen

omkleed, voor zover daarin voorkomt: 'Niet is in te zien waarom zij ter zake van één uitgave, onrechtmatig tegenover hen allen, niet gezamenlijk vergoeding van schade zouden kunnen vorderen', aangezien niet de 'uitgave' tegenover Hameetman c.s. onrechtmatig is, doch slechts de openbaarmaking van de daarin voorkomende foto's voor zover een of meer van hen daarop voorkomen, terwijl bovendien van hen niet allen tegelijk op alle foto's voorkomen, doch nu in deze, dan in die combinatie en soms afzonderlijk,

6. a. omdat 's Hofs beslissing in rechtsoverweging 57 is in strijd met het recht althans onbegrijpelijk en niet naar de eis der wet met redenen omkleed, aangezien in dit geding niet een verbod van publicatie van de portretten van uitvoerende kunstenaars aan de orde is, doch een vordering tot schadevergoeding ter zake van een gedraging in strijd met artikel 21 in verband met artikel 35 van de Auteurswet 1912 en/of artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek,

b. en voorts aangezien, al moge onder bescherming van de vertolking (ten behoeve?) van uitvoerende kunstenaars iets gans anders te verstaan zijn dan verbod van publicatie van portretten van deze laatste, zulks niet een rechtens afdoende en begrijpelijke weerlegging inhoudt van de twaalfde grief, voor zover daarin wordt aangevoerd, dat de beslissing van de Rechtbank — als in de grief aangegeven — neerkomt op bescherming van de vertolking van Hameetman c.s. als acteurs en de Auteurswet 1912, in de te dezen toepasselijke versie, deze bescherming niet verleent,

c. hebbende het Hof voorts in strijd met het recht althans zijn motiveringsplicht niet beslist op de twaalfde grief voor zover daarin wordt aangevoerd, dat de — in de grief aangegeven — beslissing onjuist is omdat de populariteit van de televisieserie in deze geen rol mag spelen, hebbende het Hof althans zich verenigd met de beslissing van de Rechtbank en de twaalfde grief, als zojuist bedoeld verworpen, zulks in strijd met het recht althans onbegrijpelijkerwijs, aangezien het in deze, gelijk ook het Hof blijkbaar aanvaardt, gaat om de 'verzilverbare populariteit' van Hameetman c.s., en niet om de populariteit van de televisieserie, terwijl indien de populariteit van de televisieserie in deze van belang zou zijn, niet valt in te zien waarom de reeds ontvangen vergoeding, waarop het Hof in rechtsoverweging 56 doelt, niet ter zake zou zijn, nu deze betaling het tekstgedeelte (van de weergave van de televisieserie) betrof en niet de foto's,

7. omdat 's Hofs beslissing in rechtsoverweging 58 is in strijd met het recht althans onbegrijpelijk en niet naar de eis der wet met redenen omkleed, aangezien, indien VNU onrechtmatig gehandeld mocht hebben door openbaarmaking van de foto's van Hameetman c.s., de schade die dientengevolge door Hameetman c.s. geleden mocht worden zou bestaan of zou kunnen bestaan in door hen gederfde inkomsten of door hen gederfd financieel voordeel, zodat, indien Hameetman c.s. zonder de uitgave van VNU hun foto's niet geëxploiteerd of te gelde gemaakt zouden hebben voor een vergelijkbare uitgave, door hen, althans in zoverre, geen rechtens voor vergoeding in aanmerking komende schade als gevolg van de onrechtmatige daad van VNU geleden zou zijn, hebbende het Hof voorts ook hier miskend, dat het ontbreken van toestemming niet is een element van de rechtsregel, welke VNU jegens Hameetman c.s. zou hebben geschonden, daargelaten dat, althans of, de aanwezigheid van toestemming tot gevolg heeft, dat de openbaarmaking niet onrechtmatig is;

O. dat Hameetman c.s. de uitspraak met een incidenteel cassatieberoep bestrijden voor het geval het principaal cassatieberoep in een of meer onderdelen gegrond mocht worden bevonden;

O. omtrent het principaal beroep:

Wat betreft onderdeel 1 van het middel:

Blijkens de rechtsoverwegingen 27 en volgende

van het bestreden arrest heeft het Hof de vraag of VNU jegens Hameetman c.s. onrechtmatig heeft gehandeld door gebruik te maken van hun portretten in het door haar uitgegeven 'televisie-album', getoetst aan het criterium of een redelijk belang — in de zin van artikel 21 van de Auteurswet van 1912 — van Hameetman c.s. zich tegen de betreffende openbaarmaking verzette. Dit brengt mee dat VNU geen belang heeft bij haar in dit onderdeel vervatte klacht, die zich richt tegen de rechtsoverwegingen 10-13 en 27, voor zover in die overwegingen een rechtstreekse toepasselijkheid van artikel 21 op de onderhavige vordering wordt ontkend.

Wat betreft onderdeel 2:

Dit richt zich tegen 's Hof's uitleg van een in het geding overgelegde brief. Hoewel een andere uitleg, zoals voorgesteld in dit onderdeel, zeker te verdedigen is, is de uitleg die het Hof aan de betreffende passage heeft gegeven, niet onbegrijpelijk, zodat de daartegen gerichte motiveringsklacht faalt.

Wat betreft onderdeel 3:

Dit onderdeel voert in de eerste plaats en hoofdzakelijk tegen 's Hof's arrest aan, dat — anders dan het Hof heeft overwogen — in gevallen waarin geportretteerden uitsluitend een financieel belang aan hun vordering ten grondslag leggen en/of waarin zij bescherming eisen niet van een belang bij niet-publicatie maar van een belang bij publicatie tegen beloning, de openbaarmaking van hun portretten zonder hun toestemming wegens het ontbreken van een redelijk belang aan hun kant dat zich tegen openbaarmaking zou verzetten, jegens hen niet onrechtmatig is.

Deze klacht berust op een onjuiste rechtsopvatting. Hoewel de wetgever bij de totstandkoming van de Auteurswet bij het gebruik van de woorden 'een redelijk belang' in artikel 21 hoofdzakelijk gedacht moet hebben aan belangen van niet-financiële aard, kan, mede gezien de ontwikkeling in de maatschappelijke opvattingen dienaangaande, van een redelijk belang ook sprake zijn, wanneer de populariteit van geportretteerden, verworven in de uitoefening van hun beroep, van dien aard is, dat een commerciële exploitatie van die populariteit door enigerlei wijze van openbaarmaking van hun portretten mogelijk wordt. Het belang van de geportretteerden om dan in de voordelen van zulke exploitatie mee te kunnen delen door de openbaarmaking van hun portretten voor commerciële doeleinden niet te hoeven toelaten zonder daarvoor vergoeding te ontvangen, is een redelijk belang in de zin van artikel 21.

Hieruit volgt dat ook de in onderdeel 3 subsidiair aangevoerde stellingen falen, aangezien de daarbij ingeroepen bijzondere omstandigheden niet kunnen afdoen aan het hiervóór aangeduide redelijke belang van Hameetman c.s. om het betreffende gebruik van hun portretten te kunnen verbieden.

Wat betreft onderdeel 4:

Dit onderdeel richt zich tegen rechtsoverweging 35 en tegen daarop voortbouwende andere rechtsoverwegingen. Voor zover het onderdeel erover klaagt, dat het Hof de in de kringen van uitgevers en andere openbaarmakers van portretten ter zake bestaande praktijken bepalend zou hebben geacht voor de in deze geldende rechtsregels, mist het feitelijke grondslag. Het Hof heeft de vaststellingen in rechtsoverweging 35 alleen gebruikt ter staving van zijn oordeel in rechtsoverweging 40, dat Hameetman c.s., ware vóór de uitgave hun toestemming gevraagd, in staat zouden zijn geweest financiële condities te stellen.

Het Hof heeft de vaststellingen in rechtsoverweging 35 kennelijk mede gebaseerd op mondelinge mededelingen van de raadsman van Hameetman c.s., zoals het Hof deze mededelingen heeft begrepen. Tegen dit feitelijke oordeel kan in cassatie niet met succes worden opgekomen, nog daargelaten dat de weergave van die mededelingen, zoals zij volgens dit onderdeel zouden zijn gedaan, voor de conclusies die het Hof aan de

betreffende feiten verbindt, niet op relevante wijze verschilt van de bestreden vaststellingen in rechtsoverweging 35.

De stelling dat voor de onrechtmatigheid van de gedragingen van VNU niet bepalend is of zij gehouden was toestemming van Hameetman c.s. voor de betreffende publicatie te vragen, miskent dat een gedraging die men mag verrichten zonder daartoe de toestemming van een ander te verkrijgen, jegens die ander niet onrechtmatig kan zijn. Daarmee is niet gezegd dat het ontbreken van de toestemming een element zou zijn van de rechtsregel, waarvan de schending een onrechtmatige daad oplevert.

Waar het Hof in rechtsoverweging 51 opmerkt, dat degene die een portret van een ander wil openbaar maken, in de door het Hof aangegeven situatie het belang van de ander zal hebben te ontzien en, alvorens tot publicatie over te gaan, diens toestemming zal hebben te vragen, wil het daarmee niet zeggen dat in dat geval een rechtsplicht zou bestaan om toestemming te vragen, maar alleen dat zonder die toestemming de openbaarmaking onrechtmatig is. Verkeert degene die het portret van een ander wil openbaar maken in onzekerheid over het belang dat de geportretteerde bij niet-publicatie zou kunnen hebben, en daarmee over de rechtmatigheid van de publicatie, dan zal hij zich te zijner disculpatie niet kunnen beroepen op zijn onbekendheid met dit belang, als hij zich dienaangaande niet tevoren met de geportretteerde in verbinding heeft gesteld. Dat is wat het Hof kennelijk heeft bedoeld met de slotoverweging van rechtsoverweging 51, welke slotoverweging, voor wat de onrechtmatigheidsvraag betreft, ten overvloede is toegevoegd.

Wat onderdeel 5 betreft:

In dit onderdeel wordt miskend dat het feit, dat niet de uitgave tegenover alle verweerders onrechtmatig is, doch slechts de openbaarmaking van de daarin voorkomende foto's, voor zover een of meer van de eisende partijen daarop in verschillende combinaties en soms afzonderlijk voorkomen, Hameetman c.s. niet behoefde te verhinderen een gezamenlijke schadevergoeding te vragen, waarvan de onderlinge verdeling dan aan hen zelf blijft overgelaten.

Wat onderdeel 6 betreft:

De klacht onder a berust op een verkeerde lezing van rechtsoverweging 57. Als het Hof hier spreekt van 'een verbod van publicatie van de portretten', doelt het niet op een rechterlijk verbod, maar op een rechtsregel die in de gegeven omstandigheden publicatie verbiedt.

De klacht onder b faalt reeds hierom, dat het Hof terecht heeft overwogen dat bescherming van geportretteerden tegen openbaarmaking van foto's van door hen gespeelde scènes uit een televisiespel niet hetzelfde is als bescherming van een bepaalde vertolking van door hen gespeelde rollen van een televisiespel.

De klacht onder c miskent, dat de daar bedoelde appèlgrief zich niet richtte tegen een beslissing van de Rechtbank met betrekking tot de vraag, welk gewicht aan de populariteit van de televisieserie mocht worden toegekend voor de beslissing of Hameetman c.s. een redelijk belang hadden als bedoeld in artikel 21 van de Auteurswet, maar zich richtte tegen de overweging van de Rechtbank, dat het feit dat sommigen van de eisers meer bekend en populair zijn dan de anderen, er niet aan in de weg staat, dat eisers gezamenlijk hun vordering kunnen instellen. Over de toelaatbaarheid van zo'n gezamenlijke vordering had het Hof al in de 56e rechtsoverweging gemotiveerd beslist. Op de bestrijding van een bepaald argument dat de Rechtbank voor die toelaatbaarheid heeft aangevoerd, behoefde het Hof niet in te gaan.

Ook het zesde onderdeel is dus tevergeefs voorgesteld.

Wat onderdeel 7 betreft:

Ook dit faalt, omdat het Hof bij een onrechtmatige daad als waarvan hier sprake is de daardoor geleden schade mocht waarden aan de hand van het bedrag dat zou zijn bedongen en verkregen, als VNU niet, zonder daartoe toestemming van Hameetman c.s. te hebben verkregen, tot de betreffende publicatie was overgegaan.

Waar het middel in al zijn onderdelen faalt, dient het principale beroep te worden verworpen, en komt het voorwaardelijk ingestelde incidentele cassatieberoep niet aan de orde;

Verwerpt het beroep;

Veroordeelt VNU in de kosten op de voorziening in cassatie gevallen, welke tot aan deze uitspraak aan de zijde van Hameetman c.s. worden begroot op f 225,— aan verschotten en f 2.500,— voor salaris. Enz.

Nr 24. Octrooiraad, Afdeling van Beroep, 14 november 1977.

Voorzitter: Mr E. van Weel;

Leden: Drs H. W. Thierens en Drs H. A. Robbers.

Art. 5A Rijksoctrooiwet.

De uitvinding betreft uitsluitend een speciale werkwijze ter bereiding van in beginsel bekende verbindingen. De eenheid van uitvinding vindt haar uitdrukking in deze nieuwe werkwijze. Hieraan doet niet af, dat men met deze werkwijze ook nieuwe verbindingen kan bereiden, aangezien deze qua eigenschappen equivalent zijn aan de bekende.

Geen reden om voor de bereiding van deze nieuwe verbindingen ruimere rechten te verlenen: andere bereidingsmethoden zijn eerder slechter en in geen van de voorbeelden van de aanvraag toegelicht.

Beschikking nr 11.231/art. 24A Rijksoctrooiwet inzake octrooiaanvraag 71.11173 (die inmiddels heeft geleid tot het Nederlandse octrooi nr 157.591).

De Octrooiraad, Afdeling van Beroep;

Gezien de stukken;

Gehoord aanvraagster-appellante bij monde van de octrooigemachtigde Ir L. J. Menting, vergezeld door Dr J. Silbiger;

Overwegende, dat aanvraagster bij tijdig ingediende memorie van grieven in beroep is gekomen van de beschikking van de Aanvraagafdeling van 3 september 1975, waarbij werd besloten tot niet-openbaarmaking van de aanvraag; enz.

Dat de Afdeling van Beroep in haar brief heeft medegedeeld dat zij voorshands van oordeel was — zulks in tegenstelling tot de Aanvraagafdeling, die op 18 februari 1975 heeft beslist dat de aanvraag strekt tot het verkrijgen van uitsluitende rechten op meer dan één uitvinding — dat de in de conclusies van 21 juni 1973, voorzien van het opschrift 'conclusies voor een af te splitsen aanvraag', vervatte werkwijzen, op welke conclusies de beslissing van de Aanvraagafdeling betrekking heeft, wél eenheid van uitvinding vertonen met het overige onderwerp van de aanvraag;

dat aanvraagster zich blijkens haar genoemde brief van 12 april 1977 op het standpunt stelt, dat de onderhavige aanvraag twee uitvindingen bevat, namelijk:

a) een nieuwe synthese van verbindingen, die ten dele nieuw en ten dele bekend zijn, op welk onderwerp de bij brief van 12 april 1977 ingediende conclusie betrekking heeft;

b) de vondst van verbindingen die nieuw zijn en organische materialen tegen de invloed van licht kunnen beschermen;

dat aanvraagster meent dat, aangezien het in het sub

b) bedoelde geval om nieuwe verbindingen gaat, de con-

clusie voor de bereiding van deze verbindingen ruimer kan worden geformuleerd dan de bij brief van 12 april 1977 ingediende conclusie namelijk door aan te geven, dat deze bereiding op een voor dergelijke verbindingen op zichzelf bekende wijze plaatsvindt;

dat aanvraagster daarom van mening is dat, indien de Afdeling van Beroep de niet-eenheidsbeslissing van de Aanvraagafdeling d.d. 18 februari 1975 niet zou bevestigen, dit een belangrijke en niet gerechtvaardigde beperking van de te verlenen uitsluitende rechten zou betekenen;

dat de Afdeling van Beroep niet met het standpunt van aanvraagster in deze kan meegaan;

dat blijkens de beschrijving van de aanvraag (reeds in de oorspronkelijke vorm) de uitvinding uitsluitend moet worden gezien in een speciale werkwijze ter bereiding van een groep van in beginsel bekende verbindingen, hetgeen wordt bevestigd door het voorrangsbewijs van de onderhavige aanvraag;

dat de eenheid van uitvinding haar uitdrukking vindt in deze nieuwe werkwijze;

dat hieraan niet afdoet, dat met deze werkwijze ook nieuwe verbindingen kunnen worden bereid, aangezien deze verbindingen qua eigenschappen equivalent zijn aan de bekende;

dat de Afdeling van Beroep dan ook van oordeel is dat er geen grond bestaat voor een niet-eenheidsbeslissing en dat mitsdien de betreffende niet-eenheidsbeslissing van de Aanvraagafdeling d.d. 18 februari 1975 dient te worden vernietigd;

dat aanvraagster voorts in haar brief van 12 april 1977 heeft verzocht ingeval de Afdeling van Beroep zou beslissen dat van niet-eenheid geen sprake is, ruimere rechten te verlenen voor de bereiding van de nieuwe verbindingen;

dat de Afdeling van beroep geen termen aanwezig acht om op dit verzoek in te gaan, aangezien blijkens de oorspronkelijke stukken (blz. 4 regels 7-13) andere bereidingsmethoden dan de in de thans geldende conclusie beschrevene eerder slechter dan beter zijn, terwijl zij bovendien in geen van de voorbeelden zijn toegelicht; enz.

Nr 25. Octrooiraad, Afdeling van Beroep, 7 maart 1979.

Voorzitter: Mr E. van Weel;

Leden: Drs H. W. Thierens en Drs H. A. Robbers.

Art. 7, lid 1 Rijksoctrooiwet.

Bepaalde polyaminen zijn bekend als toevoegsels aan motorbrandstof met goede reinigende eigenschappen. De aanvraag is gericht op het verbeteren van de waterscheidings-eigenschappen van die polyaminen.

Een bepaald Amerikaans octrooischrift is gericht op de bereiding van een veel ruimere groep van polyaminen voor het verbeteren van de reinigende eigenschappen van smeeroïën en is daarom niet de eerstingediende aanvraag om octrooi voor de materie van de onderhavige aanvraag.

Beschikking nr 2572/art. 27 Rijksoctrooiwet inzake octrooiaanvraag nr 70.09543 (die inmiddels heeft geleid tot het Nederlandse octrooi nr 145.277).

De Octrooiraad, Afdeling van Beroep;

Gehoord aanvraagster-appellante bij monde van de octrooigemachtigde Ir G. F. van der Stoep en opposante bij monde van de octrooigemachtigde Ir B. Hijmans;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat aanvraagster bij tijdig ingediende memorie van grieven in beroep is gekomen van de beschikking van de Aanvraagafdeling van 15 maart 1977, waarbij met gedeeltelijk-gegrondverklaring van de