

1 juni 1990

Eerste Kamer

Nr. 13.854

A.S.

AFSCHRIFT

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

1. KLUWER PUBLIEKSTIJDSCRIFTEN B.V.,
2. ESKA TIJDSCRIFTEN B.V.,

beide gevestigd te Utrecht,

EISERESSEN tot cassatie, incidenteel
verweersters,

advocaat: Jhr.Mr. J.L.R.A. Huydecoper,

t e g e n

André Pierre Auguste LAMOTH,

wonende te Amsterdam,

VERWEERDER in cassatie, incidenteel
eiser,

advocaat: Mr. J.W. Lely.

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerder in cassatie - verder te noemen Lamoth - heeft bij exploit van 14 mei 1985 eiseressen tot cassatie - verder samen aan te duiden als Kluwer - op verkorte termijn gedagvaard voor de Rechtbank te Amsterdam en gevorderd Kluwer te veroordelen (voor zover thans nog van belang):

1. tot betaling van een schadevergoeding ter zake van inbreuk op zijn auteursrecht ten bedrage van f 374.220,--, of een bedrag door de Rechtbank in goede justitie te bepalen;
2. tot teruggave van de 959 gepubliceerde dia's en alle nog in het bezit van Kluwer zijnde variant- en duplicaatopnamen;
3. tot betaling van een in goede justitie te bepalen schadevergoeding voor iedere niet (tijdig) (gaaf) geretourneerde dia.

Nadat Kluwer verweer had gevoerd, heeft de Rechtbank bij tussenvonnis van 27 november 1985 een inlichtingentevens schikkingscomparitie gelast.

Tegen dit tussenvonnis heeft Lamoth hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam, waarna Kluwer incidenteel hoger beroep heeft ingesteld.

Bij arrest van 7 april 1988 heeft het Hof het bestreden vonnis vernietigd voor zover de daartegen gerichte grieven gegrond zijn verklaard, het vonnis voor het overige bekrachtigd en de zaak ter verdere afdoening

met inachtneming van dit arrest naar de Rechtbank te Amsterdam verwezen.

Het arrest van het Hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het Hof heeft Kluwer beroep in cassatie ingesteld, waarna Lamoth (voorwaardelijk) incidenteel beroep heeft ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie houdende het incidenteel beroep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

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

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal Asser strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing van de zaak naar een aangrenzend hof.

3. Beoordeling van het middel in het principaal beroep en van de middelen in het incidenteel beroep

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan:

- (i) Kluwer is uitgeefster van het maandblad voor handwerken "Ariadne", dat werktekeningen en beschrijvingen van handwerken bevat, alsmede daarbij geplaatste foto's waarop die handwerken te zien zijn;
- (ii) ten behoeve van dit blad heeft Lamoth als freelance-fotograaf in opdracht van Kluwer in de periode 1977 - 1982 foto's gemaakt; 959 van de door Lamoth gemaakte

dia's zijn in "Ariadne" opgenomen;

- (iii) Lamoth ontving voor zijn werkzaamheden een bepaalde dagprijs; tevens vergoedde Kluwer de kosten van het opnamemateriaal en van het ontwikkelen;

- (iv) tenminste 405 van de gepubliceerde foto's van Lamoth zijn door Kluwer aan buitenlandse persbureaus ter beschikking gesteld en zijn - met de bijhorende werktekeningen en beschrijvingen - gepubliceerd in buitenlandse handwerkbladen;

- (v) stellende dat het auteursrecht op de foto's bij hem berust, alsmede dat hij eigenaar is van de betreffende dia's welke hij slechts voor eenmalige publicatie aan Kluwer ter beschikking heeft gesteld, zodat Kluwer jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld door deze zonder zijn toestemming met het oog op publicatie aan derden ter beschikking te stellen, vordert Lamoth in dit geding ter zake schadevergoeding en teruggave van alle zich nog in het bezit van Kluwer bevindende dia's.

3.2 Lamoth's vordering heeft in de eerste plaats aanleiding gegeven tot een geschil over de vraag wie, voor zover vorenbedoelde foto's kunnen worden beschouwd als fotografische werken in de zin van art. 10 onder 9° AW, is aan te merken als "de maker" (in de zin van de AW) van die werken. Voor het antwoord op die vraag is van belang de precieze gang van zaken bij het totstandbrengen van die foto's, maar de daarvan door

partijen gegeven beschrijvingen verschillen wezenlijk.

De Rechtbank heeft geoordeeld dat partijen elkaars stellingen op dit punt onvoldoende hadden betwist en heeft op die basis het standpunt van Kluwer aanvaard dat, nu bij het totstandbrengen van de foto's de creatieve arbeid niet alleen door Lamoth, maar ook door de in haar dienst zijnde hoofdredactrice van "Ariadne" en/of de stylist is verricht, "het auteursrecht bij partijen gezamenlijk berust".

In appel hebben beide partijen dit oordeel bestreden, daarbij over en weer hun standpunten nader ontwikkelend en aanscherpend. Kluwer verdedigde daarbij primair dat het aandeel van de hoofdredactrice en/of de stylist in het totstandbrengen van de foto's zodanig was dat zij op de voet van art. 6 AW als "de maker" van die foto's had te gelden en onderschreef eerst subsidiair het oordeel van de Rechtbank dat hier sprake is van gemeenschappelijk auteursrecht; Lamoth bestreed de door Kluwer in dit verband nader gestelde feiten en hield vol dat alleen hij als "de maker" van de foto's kan worden beschouwd.

Het Hof heeft, kort gezegd, zowel het primaire als het subsidiaire standpunt van Kluwer verworpen en geoordeeld dat "Lamoth is te beschouwen als de maker van de litigieuze foto's" (rov. 5.12). 's Hof's desbetreffende oordelen worden bestreden door de onderdelen 1 t/m 3 van het middel in het principaal cassatieberoep van Kluwer

en door middel I in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep van Lamoth.

3.3.1 Bij de beoordeling van deze over en weer aangevoerde klachten dient voorop te worden gesteld dat - nu het Hof kennelijk veronderstellenderwijs is uitgegaan van de met name in hoger beroep door Kluwer gegeven lezing van de gang van zaken bij het totstandbrengen van de onderhavige foto's - moet worden aangenomen dat het Hof, wanneer het aan het slot van 5.3 en in de eerste zin van 5.5 spreekt van: "de wijze waarop dit object of deze objecten gerangschikt is of zijn", onderscheidenlijk van: "dit rangschikken", daarmee telkens samenvattend doelt op dát onderdeel van het totstandbrengen van foto's als de onderhavige dat het Hof in rov. 5.4 nader heeft omschreven als (zakelijk weergegeven): (1°) het uitkiezen van het af te beelden object of de te zamen af te beelden objecten; (2°) het bepalen van de achtergrond waartegen en (3°) de onderlinge relatie waarin deze objecten zullen worden afgebeeld.

Onderdeel 1b van het middel in het principaal beroep gaat uit van een andere lezing van de bestreden uitspraak en kan derhalve bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

3.3.2 Blijkens zijn rechtsoverwegingen 5.4 en 5.5 heeft het Hof voorts, klaarblijkelijk evenzeer veronder-

stellenderwijs, aangenomen dat: (a) vorenbedoeld "rangschikken" in overwegende mate geschiedde door (de redactie van "Ariadne" en de stylist als ondergeschikten van) Kluwer, en (b) viel te beschouwen als creatieve arbeid die medebepalend was voor het uiteindelijk resultaat van de gezamenlijke werkzaamheden van (de ondergeschikten van) Kluwer en Lamoth. Het heeft niettemin geoordeeld dat Kluwer (als werkgever van voormelde redactie en stylist) niet kan worden aangemerkt als mede-auteur van de litigieuze foto's (rov. 5.5).

3.3.3 Dit oordeel heeft het Hof niet anders gemotiveerd dan door te overwegen dat bedoelde creatieve arbeid op zich zelf niet is het (mede-)maken van een foto. Dat het Hof nadere motivering overbodig oordeelde, vindt geredelijk zijn verklaring daarin dat uit rovv. 5.2 en 5.3 in onderling verband en samenhang volgt dat het Hof als "een fotografisch werk" uitsluitend beschouwt: het "eindproduct van de gebruikmaking van de techniek van het fotograferen", en dan ook als het maken van zulk een werk enkel aanmerkt: het met behulp van een camera of een soortgelijk instrument door de inwerking van licht op een film/gevoelige plaat vastleggen van een afbeelding van personen of objecten. In deze overwegend technische opvatting past dat het Hof in rov. 5.2 tot uitgangspunt neemt dat elke opname in beginsel een fotografisch werk in de zin van art. 10 onder 9° AW oplevert en dat dit

alleen anders is als de afbeelding ieder eigen karakter mist. 's Hofs overwegend technische opvatting komt ook tot uitdrukking in de wijze waarop het college vervolgens de maatstaf formuleert welke, naar zijn oordeel, valt aan te leggen ter beantwoording van de vraag of een fotografische afbeelding ieder eigen karakter mist (rov. 5.3): volgens die maatstaf valt daartoe in hoofdzaak te letten op foto-technische elementen als de wijze waarop gebruik is gemaakt van licht en lichtinval, van (de instelling van) de afstand van de camera ten opzichte van het gefotografeerde object en de hoek waaronder dit is gefotografeerd, terwijl "het rangschikken" (in de betekenis waarin het Hof, naar hiervoor onder 3.3.1 is gebleken, deze term heeft gebezigd) daarbij slechts als laatste element aan de orde komt.

In deze overwegend technische opvatting van het begrip fotografisch werk in de zin van de AW spreekt het inderdaad ook zonder nadere motivering van zelf dat uitsluitend degene die het fototoestel heeft gehanteerd en dusdoende gebruik heeft gemaakt van de techniek van het fotograferen, als de maker van het resultaat - de foto - kan worden aangemerkt. Voor zover de onderdelen la en lc van het middel in het principaal beroep erover klagen dat het Hof zijn beslissing op dit punt onvoldoende heeft gemotiveerd, falen zij derhalve.

3.4 Deze onderdelen klagen echter, in onderling verband, terecht erover dat het Hof aldus blijk heeft gegeven van

een onjuiste rechtsopvatting. Doordat het Hof, zoals hiervoor is gebleken, bij de beantwoording van de vraag wie moet worden aangemerkt als maker van de onderwerpelijke fotografische werken, is uitgegaan van de hiervoor geanalyseerde, overwegend technische opvatting omtrent de samenhangende begrippen "fotografisch werk" en "maker van een fotografisch werk", heeft het vooreerst miskend dat de AW, zoals mede blijkt uit art. 6, strekt ter bescherming van het werk als geestelijke schepping, zodat voor de beantwoording van die vraag niet enkel beslissend kan zijn wie het stoffelijke voorwerp waarin deze schepping tot uitdrukking komt, heeft vervaardigd. En voorts dat ook bij totstandbrengen van een fotografisch werk de technische kant daarvan slechts één van de aspecten is van de daartoe noodzakelijke creatieve arbeid die, wil sprake kunnen zijn van een werk in de zin van de AW, moet leiden tot een voortbrengsel met een eigen, oorspronkelijk karakter, dat het persoonlijk stempel van de maker draagt: onder omstandigheden kan dat eigen karakter mede of in overwegende mate worden bepaald door de keuze en de compositie van het te fotograferen onderwerp, dat wil zeggen juist door het resultaat van dát onderdeel van het totstandbrengen van een foto dat het Hof (naar hiervoor onder 3.3.1 is gebleken) samenvattend heeft aangeduid als "het rangschikken".

's Hofs oordeel dat ingeval de creatieve arbeid die bepalend is voor laatstbedoeld onderdeel van het

totstandbrengen van een fotografisch werk, niet is verricht door degene die het fototoestel heeft gehanteerd, maar door een derde, deze derde niet (mede) als maker van dat werk kan worden aangemerkt, is derhalve in zijn algemeenheid onjuist en wordt door voormelde onderdelen terecht bestreden.

3.5 Aangenomen moet worden dat zowel 's Hofs oordeel ten aanzien van de vraag of de onderhavige foto's voldoende eigen, oorspronkelijk karakter bezitten om als fotografisch werk te kunnen worden beschouwd (rov. 5.7), als zijn verwerping van het primaire standpunt van Kluwer dat het aandeel van de hoofdredactrice en/of de stylist in het totstandbrengen van de onderhavige fotografische werken zodanig was dat zij op de voet van art. 6 AW als de maker daarvan had te gelden (rov. 5.8), mede zijn bepaald door en voortbouwen op zijn hiervoor onjuist bevonden, overwegend technische opvatting omtrent de samenhangende begrippen "fotografisch werk" en "maker van een fotografisch werk". Die oordelen worden daarom in zoverre door de onderdelen 2 en 3 van het middel in het principaal beroep terecht bestreden.

3.6 Blijkens het voorgaande gaat de voorwaarde waaronder het incidenteel beroep is ingesteld, in vervulling, zodat dat beroep aan de orde komt. Omdat middel I zich keert tegen dezelfde overwegingen welke hiervoor zijn besproken,

wordt het hier behandeld. Het middel kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Anders dan het middel tot uitgangspunt kiest, heeft het Hof immers niet aan zijn beslissing ten grondslag gelegd dat "het rangschikken" in de betekenis waarin het Hof, naar hiervoor onder 3.3.1 is gebleken, die term heeft gebezigd, is aan te merken als een werk in de zin van de AW en uit dien hoofde bescherming verdient.

3.7 Wegens het gegrondbevinden van de onderdelen 1a, 1c, 2 en 3 van het middel in het principaal beroep moet 's Hof's uitspraak worden vernietigd en het geding worden verwezen opdat opnieuw kan worden geoordeeld over het hiervoor onder 3.2 aangeduide geschilpunt. De beslissing omtrent de tussen partijen mede omstreden vraag in hoeverre hun rechtsverhouding wordt beheerst door de goede trouw, kan mede afhangen van dit oordeel. Voorts moet worden aangenomen dat hetgeen het hof dienaangaande heeft beslist (rov. 5.12) voortbouwt op zijn oordeel omtrent eerstbedoeld geschilpunt. De door onderdeel 4 van het middel in het principaal beroep en door middel II in het incidenteel beroep opgeworpen vragen kunnen daarom na verwijzing alsnog aan de orde komen, zodat de desbetreffende klachten thans geen behandeling behoeven.

3.8 Onderdeel 5 van het principale middel behoeft evenmin behandeling: de verwijzingsrechter zal immers,

mede naar aanleiding van het daarin betoogde, kunnen
 . gezien of hij aanleiding vindt Kluwer tot bewijs toe
 te laten.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt, op het principaal cassatieberoep, het
 arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 7 april
 1988;

verwijst het geding naar het Gerechtshof te
 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing;

verwerpt het incidenteel cassatieberoep voor
 zover aan de orde gekomen;

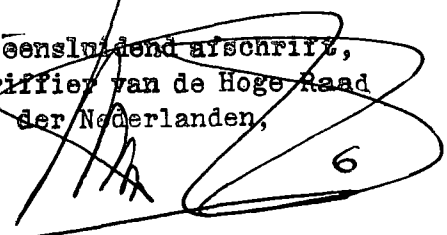
veroordeelt, zo in het principaal als in het
 incidenteel cassatieberoep, Lamothe in de kosten van het
 geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde
 van Kluwer begroot op f 885,25 aan verschotten en
 f 3.000,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president
 Martens als voorzitter, de raadsheer in buitengewone
 dienst Ras en de raadsheren Hermans, Roelvink en Davids,
 en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer Hermans
 op 1 juni 1990.

Geel 11/1/140



C. A. H. M. M. M.
 Voor eensluidend afschrift,
 De Griffier van de Hoge Raad
 der Nederlanden,



6