

Hoge Raad, 16 januari 1970, Ja Zuster, Nee Zuster**PORTRETTRECHT**

Portret: overeenstemmende gelaatstrekken
dat het Hof, vaststellend dat door partijen niet is bestreden de overweging in het vonnis a quo dat de gelaatstrekken van de onderhavige drie poppetjes beslist niet overeenstemmen met die van eisers, mitsdien terecht heeft geoordeeld dat die poppetjes niet zijn te beschouwen als portretten van eisers in de zin van de Auteurswet 1912

dat de MvT op art. 18 van het ontwerp van wet, dat heeft geleid tot Auteurswet 1912, onder meer inhoudt:

‘Dit artikel en de beide volgende bevatten beperkingen van het auteursrecht op een portret, dit woord in den algemeenen zin genomen van eene afbeelding van het gelaat van een persoon, met of zonder die van verdere lichaamsdelen, op welke wijze zij ook vervaardigd is’; dat de artt. 18, 19 en 20 van gemeld ontwerp, afgezien van enkele hier niet ter zake doende verschillen, overeenstemmen met de artt. 19, 20 en 22 van de genoemde wet;

dat art. 21 van genoemde wet is ingevoegd naar aanleiding van een amendement Drucker, waarvan de toelichting, voor zover hier van belang, luidt: ‘Ook bij portretten, die niet in opdracht van den geportretteerde zijn vervaardigd, kan openbaarmaking, ook door den maker, in hooge mate onbehoorlijk zijn’;

dat uit het vorenstaande volgt dat er geen reden is om aan te nemen dat aan het woord ‘portret’ in art. 21 van de wet een andere betekenis moet worden toegekend dan die welke in de MvT op het destijds voorgesteld art. 18 is vermeld en welke betekenis strookt met het spraakgebruik;

dat het Hof, vaststellend dat door partijen niet is bestreden de overweging in het vonnis a quo dat de gelaatstrekken van de onderhavige drie poppetjes beslist niet overeenstemmen met die van eisers, mitsdien terecht heeft geoordeeld dat die poppetjes niet zijn te

beschouwen als portretten van eisers in de zin van de Auteurswet 1912;

Ongeoorloofde concurrentie**Geen ongeoorloofd profiteren**

Profiteren van door eisers opgebouwde populariteit van figuren Zuster Klivia, Gerrit en Opa niet onrechtmatig

dat het onderdeel zich in het bijzonder richt tegen 's Hofs oordeel, hierboven sub 3 weergegeven, doch de omstandigheid dat verweerder mede er van profiteert dat de daar genoemde figuren hun populariteit onder meer te danken hebben aan hun vertolking door eisers, niet medebrengt dat het handelen van verweerder jegens eisers onrechtmatig is, terwijl de omstandigheid dat het publiek (als gevolg van die vertolking) in zijn gedachten de lit. poppetjes zal associëren met eisers, nog niet noopt tot de conclusie dat voor de verspreiding van die poppetjes de toestemming van eisers zou zijn vereist;

Vindplaatsen: NJ 1970, 220, m.nt. G.J. Scholten;

Hoge Raad, 16 januari 1970

(De Jong, Dubbink, De Meijere, Peters, Ras)

1. H.A. Blok, echtgenote van G.W.H. Tiebosch,
2. L. Jongewaard, beiden te Amsterdam, eisers tot cassatie van een tussen hen en na te noemen verweerder gewezen arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 7 maart 1969, adv. Mr. A.G. Maris,

tegen:

de naamloze vennootschap Lever's Zeepmaatschappij NV, te Rotterdam, verweerder in cassatie, adv. Mr. E.A. van Nieuwenhoven Helbach;

(...);

O. dat uit het bestreden arrest en de stukken van het geding, voor zover hier van belang, blijkt:

dat eisers tot cassatie bij exploit van 3 juli 1968 verweerder hebben gedagvaard voor de President van de Rechtbank te Rotterdam, rechtdoende in kort geding, en daarbij gesteld:

‘dat gedaagde op of omstreeks april 1968 in het kader van een reclamecampagne voor het door haar in de handel gebrachte reinigingsmiddel ‘Andy’ onder het publiek heeft verspreid of doen verspreiden een serie sleutelhangers, waaraan bevestigd de portretten van eisers uitgevoerd in de vorm van plastic poppetjes, geplaatst op een voetstuk, voorstellende eiseres in haar rol van ‘Zuster Klivia’ en eiser in zijn rol van ‘Gerrit’ en ‘Opa’ uit de televisieserie ‘Ja Zuster, Nee Zuster’; dat identificatie van het portret van eisers wordt vergemakkelijkt door vermelding op het voetstuk van de namen ‘Zuster Klivia’, ‘Gerrit’ en ‘Opa’;

dat immers van algemene bekendheid is, dat de rollen van vorengenoemde televisiefiguren worden vertolkt door eisers en deze bekendheid zelfs zo ver gaat, dat het publiek ‘Zuster Klivia’ met eiseres en ‘Gerrit’ en ‘Opa’ met eiser geheel of nagenoeg geheel vereenzelvigt;

dat dan ook op vorenbedoelde afbeeldingen eisers zijn geportretteerd;

dat eisers tot vervaardiging en openbaarmaking van hun portretten gezamenlijk noch afzonderlijk opdracht of toestemming hebben gegeven en daarvoor evenmin vergoeding hebben ontvangen;

dat eisers als acteurs, mede als gevolg van het vertolken van vorenbedoelde rollen, staande in het volle licht der publiciteit, er een redelijk belang bij hebben, dat niet zonder hun toestemming van hun portretten voor louter commerciële doeleinden gebruik wordt gemaakt, zoals i.c. is geschied;

dat zich immers voor eisers de mogelijkheid voordoet middels hun populariteit financieel voordeel te behalen onder meer door aan bedrijven tegen vergoeding en op basis van exclusiviteit toestemming te verlenen hun portretten in verband met de verkoop van produkten van deze bedrijven te gebruiken, nu immers algemeen wordt aangenomen, dat een dergelijk gebruik de verkoop van deze produkten stimuleert;

dat voor eisers deze mogelijkheid tot het behalen van voordeel wordt verhinderd, althans in aanzienlijke mate nadelig wordt beïnvloed, indien derden, zoals i.c. gedaagde, zonder hun toestemming hun afbeeldingen verspreiden;

dat het algemeen gebruikelijk is, alvorens voor reclamadoeleinden gebruik te maken van namen en/of portretten van bekende personen, zoals zangeressen, acteurs en sportfiguren, met de betrokkenen overleg te plegen en hun toestemming daarvoor te verlenen, zulks tegen een veelal niet onaanzienlijke vergoeding;

dat gedaagde blijkens bovenbedoelde openlijke verspreiding van de afbeeldingen van eisers zonder voorafgaande toestemming in strijd met dit eerlijk gebruik heeft gehandeld door te profiteren van de populariteit van eisers, daarmede in conflict komend met hetgeen algemeen als behoorlijk wordt beschouwd;

dat voorts in het algemeen het feit, dat, indien sterk in de publiciteit staande personen hun medewerking verlenen aan een reclamecampagne, dit zeker niet meebrengt, dat dit hun goede naam en populariteit bij het publiek ten goede komt en integendeel eerder daaraan afbreuk doet, juist omdat het publiek weet dat de betrokkene voor zulk een medewerking betaald wordt;

dat dit des te sterker spreekt bij artiesten zoals i.c. bij eisers, omdat zij — niet in het minst bezien vanuit commercieel oogpunt — belang hebben bij populariteit en goede naam bij het publiek;

dat gedaagde dan ook door de verspreiding van afbeeldingen van eisers bij het publiek ten onrechte de indruk heeft gewekt en nog wekt, dat zij daarvoor toestemming van eisers heeft verkregen;

dat gedaagde dan ook de bepalingen van de Auteurswet heeft overtreden, meer speciaal art. 21 en 35 en zij voorts heeft gehandeld in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid en betamelijkheid, welke jegens eisers in acht moet worden genomen;

dat eisers tengevolge van deze handelwijze van gedaagde schade hebben geleden en nog meer schade dreigen te lijden;

dat gedaagde zich dan ook jegens eisers heeft schuldig gemaakt aan een onrechtmatige daad;

dat eisers, zodra zij van vorenomschreven handelwijze van gedaagde kennis hadden genomen, bij gedaagde hebben geprotesteerd, welk protest gedaagde van de hand heeft gewezen, zodat derhalve verwacht mag worden, dat de verspreiding van afbeeldingen van eisers zal toenemen;

dat eisers derhalve recht en belang hebben in deze spoedeisende aangelegenheid in kort geding een voorziening bij voorraad te vorderen’;

dat eisers op voormelde gronden hebben gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, verweerder te gelasten zich onmiddellijk na de uitspraak van het te dezen te wijzen vonnis te onthouden van het verspreiden of doen verspreiden van afbeeldingen van eisers, zowel gezamenlijk als afzonderlijk, al dan niet onder vermelding van de namen ‘Zuster Klivia’, ‘Gerrit’ en ‘Opa’, zulks onder verbeurte van een dwangsom van □ 25 voor iedere afbeelding van eisers, die in strijd met dit verbod wordt verspreid, te betalen aan die eiser, die zulks regardeert, onder veroordeling van verweerder in de kosten van dit geding;

dat verweerder de vordering heeft bestreden en de President de gevraagde voorziening heeft geweigerd, daartoe overwegende:

‘dat eisers op de bij dagvaarding gestelde gronden in kort geding vorderen, dat aan gedaagde zal worden verboden afbeeldingen van eisers te verspreiden, daar zulks in strijd zou zijn met het bepaalde in de artt. 21 en 35 Auteurswet en met de maatschappelijk jegens eisers in acht te nemen zorgvuldigheid;

dat gedaagde zich tegen toewijzing van deze vordering heeft verzet;

dat de gewraakte afbeeldingen zijn uitgevoerd in de vorm van plastic poppetjes, welke Ons ter terechtzitting door pp. zijn getoond;

dat Ons bij bezichtiging van deze poppetjes en het verder door pp. aan Ons getoonde fotomateriaal is gebleken, dat de gelaatstrekken van deze poppetjes vrij vaag zijn gehouden en beslist niet overeenstemmen met die van de eisers;

dat deze poppetjes mitsdien niet als portretten van eisers in de zin van de Auteurswet zijn te beschouwen, weshalve van het door eisers gestelde handelen in strijd met deze wet geen sprake is;

dat eisers het verspreiden van de voormelde poppetjes bovendien onrechtmatig achten, omdat deze poppetjes afbeeldingen zijn van de door eisers vertolkte televisiefiguren ‘Zuster Klivia’, ‘Gerrit’ en ‘Opa’ uit de televisieserie ‘Ja Zuster, Nee Zuster’;

dat deze figuren, naar onweersproken tussen pp. vaststaat, de schepping zijn van Mevrouw van Duyn Schmidt, die aan gedaagde toestemming tot de onderhavige verspreiding heeft gegeven;

dat in het midden kan worden gelaten of gedaagden, voor zover zij deze figuren tot leven hebben gebracht, enige aanspraken zouden kunnen doen gelden op hun vertolking daarvan, doch zij geen enkele aanspraak kunnen baseren op de onderhavige, in geen enkel opzicht aan hun persoon ontleende afbeeldingen;

dat gedaagde derhalve door het verspreiden van deze afbeeldingen naar Ons aanvankelijk oordeel niet in strijd heeft gehandeld met de maatschappelijk jegens eisers in acht te nemen zorgvuldigheid;

dat op voormelde gronden de door eisers gevraagde voorziening behoort te worden geweigerd;’;

dat eisers van dit vonnis zijn gekomen in hoger beroep bij het Hof te 's-Gravenhage en het Hof, na debat tussen pp., het vonnis heeft bekrachtigd, daartoe overwegende:

‘1. dat appellanten vijf grieven tegen het vonnis waarvan beroep, hebben aangevoerd, waarvan de eerste luidt dat de President ten onrechte heeft overwogen dat de onderhavige poppetjes niet als portret van appellanten in de zin van de Auteurswet zijn te beschouwen, dat toch — aldus appellanten in hun toelichting — de President daarbij uitsluitend als uitgangspunt heeft gekozen de gelaatstrekken van de lit. poppetjes en de overeenstemming daarvan met de gelaatstrekken van hen — appellanten — in plaats van als criterium te bezigen — zoals de ratio van de betreffende bepalingen van de Auteurswet meebrengt — de herkenbaarheid van de persoonlijkheid van appellanten in de betreffende poppetjes en op grond van dat criterium te oordelen dat de onderhavige poppetjes als portret van appellanten in de zin van de Auteurswet zijn te beschouwen;

2. dienaangaande:

dat blijkens de Parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van art. 23 Auteurswet 1912 onder portret in dat art. verstaan dient te worden een afbeelding van het gelaat van een persoon, met of zonder die van verdere lichaamsdelen, op welke wijze ook vervaardigd; dat derhalve eerst dan aangenomen kan worden dat een portret is vervaardigd als bedoeld in meervermeld art., indien het betreffende voorwerp (onder meer) bevat een afbeelding van het gelaat van een persoon;

dat door pp. niet bestreden is de overweging in het vonnis a quo dat de gelaatstrekken van de onderhavige drie poppetjes beslist niet overeenstemmen met die van appellanten;

dat derhalve die poppetjes geen afbeelding van het gelaat van appellanten bevatten, zodat zij niet als portretten van appellanten in de zin van de Auteurswet 1912 zijn te beschouwen;

dat mitsdien de onderhavige grief faalt;

3. dat de tweede grief luidt dat de President ten onrechte heeft overwogen dat de figuren Zuster Klivia, Gerrit en Opa, als onweersproken tussen pp. vaststaand de schepping zijn van Mevrouw Van Duyn-Schmidt; dat toch — aldus appellanten in hun toelichting — de uiteindelijke creatie van deze figuren in belangrijke mate door hun inbreng, te weten hun wijze van vertolking, is tot stand gekomen;

4. dienaangaande:

dat vaststaat dat Annie M.G. van Duyn-Schmidt de schrijfster is van het voor televisieuitzendingen ontworpen en geschreven seriespel ‘Ja Zuster , Nee Zuster ’, in welk spel zij als figuren laat voorkomen: Zuster Klivia, Gerrit en Opa;

dat derhalve — ook al hebben bij de uitwerking van dat spel appellante sub 1 de rol van Zuster Klivia en appel-

lant sub 2 de rol van Gerrit en die van Opa vertolkt — bedoelde figuren zijn aan te merken als scheppingen van eerder vermelde schrijfster;

dat mitsdien ook deze grief faalt;

5. dat de derde grief luidt dat de President ten onrechte heeft overwogen dat de onderhavige afbeeldingen in geen enkel opzicht aan de persoon van appellanten zijn ontleend; dat toch — aldus appellanten in hun toelichting — de figuren Zuster Klivia, Gerrit en Opa wel aan hun persoon zijn ontleend, nu zij — appellanten — door hun wijze van vertolking van die figuren bij de uitzendingen door de Televisie van het seriespel ‘Ja Zuster , Nee Zuster ’ deze figuren hebben gebonden aan en afhankelijk gemaakt van hun karakteristieke eigenschappen;

6. dienaangaande:

dat vaststaat dat de gelaatstrekken van de onderhavige drie poppetjes niet overeenstemmen met die van appellanten, terwijl voorts vaststaat dat appellanten niet de auteurs zijn van bedoeld seriespel, waarin de figuren Zuster Klivia, Gerrit en Opa voorkomen;

dat derhalve de drie poppetjes niet zijn aan te merken als ontleend aan de persoon van appellanten ook al zouden appellanten door hun wijze van vertolking bij de televisie-uitzendingen van bedoeld spel, het publiek er toe gebracht hebben de figuur van Zuster Klivia te associëren met Hetty Blok (— appellante sub 1 —) en de figuren van Gerrit en Opa met Leen Jongewaard (— appellant sub 2 —);

dat dus ook deze grief appellanten niet kan baten;

7. dat de vierde grief luidt dat de President ten onrechte heeft overwogen dat appellanten geen enkele aanspraak kunnen baseren op de onderhavige afbeeldingen; dat immers — aldus appellanten in hun toelichting — zo zij niet dergelijke aanspraken zouden kunnen maken op grond van het feit dat zij auteursrecht op de afbeeldingen zouden kunnen pretenderen, zij dan toch wel dergelijke aanspraken zouden kunnen maken in die zin dat het verspreiden van de lit. figuren, waarin appellanten door het publiek terstond worden herkend, tegenover hen onrechtmatig is; dat immers:

1e. er een algemeen gebruik is ontstaan om acteurs en actrices te betrekken bij onderhandelingen, die beogen toestemming te verkrijgen om afbeeldingen van door televisie bekende figuren (creaties) te gebruiken voor reclamedoeleinden;

2e. appellanten alleen het nadeel (sc. en niet het voordeel) hebben van het feit, dat hun populariteit gebruikt wordt voor reclamedoeleinden, nu zij geen betaling voor dat gebruik ontvingen;

3e. het in flagrante strijd is met het rechtsgevoel dat afbeeldingen, waarin — zoals i.c. — bepaalde personen door het publiek terstond herkend worden, zonder de toestemming van die personen zouden mogen worden verspreid en gebruikt ook voor onbehoorlijke of controversiele doeleinden;

4e. geint. appellanten indirect belet een lucratief contract op exclusieve basis af te sluiten met een bedrijf, dat ten behoeve van reclame voor een van zijn producten een afbeelding, ontleend aan de persoon van appellanten, wenst te gebruiken;

5e. het in flagrante strijd met het rechtsgevoel is dat de enige, die aanspraken zou kunnen hebben op de afbeeldingen, de schrijfster is, nu geint. immers niet alleen van de populariteit van Zuster Klivia, Gerrit en Opa profiteert, doch ook van die van appellanten persoonlijk;

8. aangaande de onderhavige grief:

dat uit de behandeling van de vorige grieven voortvloeit dat appellanten, naar 's Hofs oordeel, geen aanspraak als door hen gesteld uit hoofde van de Auteurswet 1912 jegens geint. kunnen geldend maken op grond van het door deze verspreiden of doen verspreiden van de lit. plastic poppetjes;

dat de appellanten die aanspraak, naar 's Hofs aanvankelijk oordeel, evenmin toekomt op grond van het bepaalde in art. 1401 BW;

dat immers:

ad 1. het gestelde gebruik, voor zover het betrekking heeft op het bezigen van afbeeldingen van acteurs (actrices), niet relevant is nu de onderhavige poppetjes geen gelijkenis met appellanten vertonen, en het gestelde gebruik, voor zover het betrekking heeft op het bezigen van afbeeldingen, waarin de betreffende acteurs (actrices) niet herkenbaar zijn, niet vaststaat, hebbende geint. het bestaan van laatstbedoeld gebruik betwist en dienende het desbetreffende, door appellanten aangeboden bewijs als te vaag te worden gepasseerd;

ad 2. de onderhavige poppetjes een uitbeelding vormen van de door appellanten vertolkte figuren, doch niet van appellanten persoonlijk, zodat niet geoordeeld kan worden dat bij het verspreiden of doen verspreiden van die poppetjes gebruik wordt gemaakt van de populariteit van appellanten persoonlijk;

ad 3. de onderhavige motivering reeds daarom niet opgaat omdat zij feitelijke grondslag mist, nu niet gesteld, laat staan gebleken is dat geint. de poppetjes verspreid of doet verspreiden voor doeleinden als door appellanten bedoeld;

ad 4. de onderhavige poppetjes geen afbeelding vormen van de persoon van appellanten doch van de door hen vertolkte figuren, welke figuren niet door appellanten geschapen zijn;

ad 5. het niet indruist tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer geint. betaamt ten aanzien van der appellanten persoon of goed om, zoals i.c. door geint. geschiedt, plastic poppetjes te verspreiden of te doen verspreiden, welke uitbeelden de figuren van Zuster Klivia, Gerrit en Opa, ook al profiteert geint. daarbij mogelijk mede van het feit dat deze figuren hun populariteit onder meer te danken hebben aan hun vertolking door appellanten en van de omstandigheid dat het publiek (als gevolg van die vertolking) in zijn gedachten de lit. poppetjes zal associëren met appellanten;

dat dus ook deze grief niet tot vernietiging van het vonnis a quo leidt;

9. dat de vijfde grief luidt dat de President ten onrechte heeft overwogen dat in het midden kan worden gelaten of gedaagden (lees: eisers) enige aanspraken zouden kunnen doen gelden op hun vertolking van de figuren

Zuster Klivia, Gerrit en Opa; dat toch — aldus appellanten — de President, die deze overweging ten onrechte niet heeft gemotiveerd, door de rechten uit de vertolking buiten beschouwing te laten aan de kern van het standpunt van appellanten voorbij is gegaan;

10. dat ook deze grief niet tot het door appellanten gewenste gevolg kan leiden;

11. dat toch het feit, dat appellanten de figuren Zuster Klivia, Gerrit en Opa vertolkt hebben hun geen recht geeft om te doen verbieden het verspreiden of doen verspreiden van afbeeldingen van deze figuren in het algemeen, dus ook van die welke, zoals de lit., geen gelijkenis met hen — appellanten — vertonen;

12. dat uit het vorenstaande voortvloeit dat het vs, waarvan beroep, dient te worden bekrachtigd’;

O. dat eisers 's Hofs arrest bestrijden met de navolgende middelen van cassatie:

(...);

O. omtrent het eerste middel:

dat de MvT op art. 18 van het ontwerp van wet, dat heeft geleid tot Auteurswet 1912, onder meer inhoudt:

‘Dit artikel en de beide volgende bevatten beperkingen van het auteursrecht op een portret, dit woord in den algemeenen zin genomen van eene afbeelding van het gelaat van een persoon, met of zonder die van verdere lichaamsdelen, op welke wijze zij ook vervaardigd is’;

dat de artt. 18, 19 en 20 van gemeld ontwerp, afgezien van enkele hier niet ter zake doende verschillen, overeenstemmen met de artt. 19, 20 en 22 van de genoemde wet;

dat art. 21 van genoemde wet is ingevoegd naar aanleiding van een amendement Drucker, waarvan de toelichting, voor zover hier van belang, luidt: ‘Ook bij portretten, die niet in opdracht van den geportretteerde zijn vervaardigd, kan openbaarmaking, ook door den maker, in hooge mate onbehoorlijk zijn’;

dat uit het vorenstaande volgt dat er geen reden is om aan te nemen dat aan het woord ‘portret’ in art. 21 van de wet een andere betekenis moet worden toegekend dan die welke in de MvT op het destijds voorgesteld art. 18 is vermeld en welke betekenis strookt met het spraakgebruik;

dat het Hof, vaststellend dat door partijen niet is bestreden de overweging in het vonnis a quo dat de gelaatstrekken van de onderhavige drie poppetjes beslist niet overeenstemmen met die van eisers, mitsdien terecht heeft geoordeeld dat die poppetjes niet zijn te beschouwen als portretten van eisers in de zin van de Auteurswet 1912;

dat dit middel dus tevergeefs wordt voorgesteld;

O. omtrent het tweede middel:

ad onderdeel 1:

dat in cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten: dat Annie M.G. van Duyn-Schmidt de schrijfster is van het voor televisie-uitzending ontworpen en geschreven seriespel ‘Ja Zuster, Nee Zuster’, in welk spel zij als figuren laat voorkomen Zuster Klivia, Gerrit en Opa; dat eisers deze figuren bij de uitzendingen door de televisie van genoemd seriespel hebben vertolkt, en wel eiseres sub 1 Zuster Klivia en eiser sub 2 Gerrit en Opa; dat verweerder in of omstreeks april

1968 in het kader van een reclamecampagne voor het door haar in de handel gebrachte reinigingsmiddel 'Andy' onder het publiek heeft verspreid of doen verspreiden een serie sleutelhangers, waaraan bevestigd plastic poppetjes, welke poppetjes uitbeelden de figuren van Zuster Klivia, Gerrit en Opa; dat verweerder daarbij heeft gehandeld zonder toestemming van eisers; dat door de grieven 2 tot en met 5 aan 's Hofs oordeel onderworpen werd de vraag of verweerder aldus heeft gehandeld in strijd met de door haar jegens eisers in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid;

dat 's Hofs oordeel daarop neerkomt dat het handelen van verweerder onder de gegeven omstandigheden niet als een onrechtmatige daad jegens eisers kan worden aangemerkt;

dat het Hof in het bijzonder in aanmerking heeft genomen:

1. dat de onderhavige poppetjes geen afbeelding vormen van de personen van eisers — 'geen gelijkenis met appellanten vertonen', zoals het Hof elders in zijn arrest zegt — doch van door hen vertolkte figuren, voorkomende in het door Annie M.G. van Duyn-Schmidt geschreven spel;

2. dat weliswaar door eisers is gesteld dat er een algemeen gebruik is ontstaan om acteurs en actrices te betrekken bij onderhandelingen, die beogen toestemming te verkrijgen om afbeeldingen van door televisie bekende figuren (creaties) te gebruiken voor reclamedoeleinden, maar dat — aldus het Hof — het gestelde gebruik, voor zover het betrekking heeft op het bezigen van afbeeldingen, waarin de betreffende acteurs (actrices) niet herkenbaar zijn, niet vaststaat;

3. dat de omstandigheid dat verweerder mede profiteert van het feit dat de figuren Zuster Klivia, Gerrit en Opa hun populariteit onder meer te danken hebben aan hun vertolking door eisers, alsmede dat verweerder er van profiteert dat het publiek (als gevolg van die vertolking) in zijn gedachten de litigieuze poppetjes zal associëren met eisers, aan het handelen van verweerder geen onrechtmatig karakter verleent;

dat het onderdeel zich in het bijzonder richt tegen 's Hofs oordeel, hierboven sub 3 weergegeven, doch de omstandigheid dat verweerder mede er van profiteert dat de daar genoemde figuren hun populariteit onder meer te danken hebben aan hun vertolking door eisers, niet medebrengt dat het handelen van verweerder jegens eisers onrechtmatig is, terwijl de omstandigheid dat het publiek (als gevolg van die vertolking) in zijn gedachten de lit. poppetjes zal associëren met eisers, nog niet noopt tot de conclusie dat voor de verspreiding van die poppetjes de toestemming van eisers zou zijn vereist;

dat ook de overige in dit onderdeel vermelde feiten de juistheid van 's Hofs oordeel dat het handelen van verweerder onder de gegeven omstandigheden jegens eisers niet onrechtmatig is, niet aantasten, zodat dit onderdeel tevergeefs wordt voorgesteld;

ad onderdeel 2:

dat het Hof in de vierde grief onder 2e de klacht heeft gelezen dat de persoon van eisers voor reclamedoeleinden

zou worden gebruikt, en dat het Hof met de achtste rechtsoverweging ad 2 tot uitdrukking heeft gebracht dat, nu de poppetjes een uitbeelding vormen van de door eisers vertolkte figuren, doch niet van eisers persoonlijk, niet kan worden gezegd dat de persoon van eiser voor reclamedoeleinden wordt gebruikt;

dat het Hof in de vierde grief onder 4e de klacht heeft gelezen dat verweerder eisers belet een lucratief contract op exclusieve basis af te sluiten tot exploitatie van een afbeelding van hun persoon, welke klacht het Hof in de achtste rechtsoverweging ad 4 heeft verworpen met de overweging dat de poppetjes geen afbeelding vormen van de persoon van eisers;

dat gemelde beslissingen niet met het recht strijdig zijn en het Hof deze beslissingen naar de eis der wet met redenen heeft omkleed, zodat ook dit onderdeel tevergeefs wordt voorgesteld;

ad onderdeel 3:

dat het Hof de vijfde grief aldus heeft gelezen dat het enkele feit dat eisers de figuren Zuster Klivia, Gerrit en Opa hebben vertolkt, zou meebrengen dat het verspreiden of doen verspreiden van bedoelde poppetjes jegens hen onrechtmatig was;

dat het Hof deze stelling in de elfde rechtsoverweging onjuist heeft geoordeeld;

dat laatstbedoeld oordeel niet in strijd is met enige rechtsregel en dit oordeel geen nadere motivering behoeft, terwijl het Hof, aldus oordelend, zijn taak als appelrechter niet heeft miskend;

dat dus ook dit onderdeel faalt;

Verwerpt het beroep;

Veroordeelt eisers in de kosten op het geding in cassatie gevallen, aan de zijde van verweerder tot aan deze uitspraak begroot op Dfl. 67,50 aan verschotten en Dfl. 1100 aan salaris.

Conclusie Advocaat-Generaal van Oosten.

De oorspronkelijke gedaagde, de NV Lever's Zeep Maatschappij (verder verkort aan te halen als 'LZM'), heeft, in het kader van een reclamecampagne voor het door haar in de handel gebrachte reinigingsmiddel 'Andy', onder het publiek verspreid, of doen verspreiden, een serie sleutelhangers met daaraan bevestigde voorwerpen. Deze voorwerpen zijn volgens LZM een drie-dimensionale weergave van de 'figuren' uit een spel, en wel van de 'figuren' van 'Zuster Klivia', 'Opa' en 'Gerrit' uit het door Annie M. G. van Duyn, geb. Schmidt, ontworpen en geschreven televisieseriespel 'Ja Zuster, Nee Zuster', met haar toestemming en naar haar inzichten en aanwijzingen vervaardigd door de tekenaar W. Bijmoer. Deze voorwerpen zijn plastic poppetjes, geplaatst op een voetstuk. Volgens LZM geven deze poppetjes alleen 'de figuren' weer zoals zij door de schrijfster van het evengenoemde spel zijn gecreeerd.

Thans eisers, Blok en Jongewaard, hebben ten processe gesteld dat deze poppetjes portretten of afbeeldingen zijn van eiseres Blok in haar rol van 'Zuster Klivia', resp. van Jongewaard in diens rol van 'Opa' en 'Ger-

rit'. Subs. — bij memorie van grieven — hebben eisers gesteld dat deze poppetjes afbeeldingen zijn van 'Zuster Klivia', 'Gerrit' en 'Opa'.

Het televisiespel 'Ja Zuster, Nee Zuster' is in een serie uitgezonden door middel van de televisie. Daardoor zijn uiteraard de eisers in de volle publiciteit gekomen, Blok in haar rol van 'Zuster Klivia', Jongewaard in zijn rollen van 'Opa' en 'Gerrit'.

De President heeft in zijn door het Hof bekrachtigd vonnis in het midden gelaten of Blok en Jongewaard voor zover zij 'de figuren' van 'Zuster Klivia', 'Opa' en 'Gerrit' tot leven hebben gebracht enige aanspraak kunnen doen gelden op 'hun vertolking' van deze 'figuren' en beslist dat eisers generlei aanspraak kunnen baseren op 'de onderhavige in geen enkel opzicht aan hun persoon ontleende afbeeldingen'.

Het Hof heeft beslist dat de lit. poppetjes 'geen afbeelding van het gelaat' van eisers 'bevatten', zodat zij, aldus het Hof, niet als portretten van eisers in de zin van de Auteurswet 1912 zijn te beschouwen. Deze beslissing rechtvaardigt m.i. de afwijzing van de eis, voor zover deze gegrond is op de stelling dat de gewraakte handeling van LZM strijdig is met art. 21 Auteurswet 1912, waarin het woord 'portret', afgeleid van lat. *prot-rakere*: aan het licht brengen zoals dit voorkomt in de tekst van de artt. 19, 20, 21 en 35, moet worden genomen in de algemene zin van: een afbeelding van het gelaat van een persoon met of zonder de afbeelding van verdere lichaamsdelen, hoe ook vervaardigd, bijv. door boetseren, beeldhouwen, schilderen, tekenen, fotograferen (MvT aangehaald in de Ed.S. en J. no. 75, 9e dr., p. 78/9). De zin van dit woord 'portret' heeft het Hof m.i. niet miskend, zodat het Hof zonder miskenning van het begrip 'portret' heeft kunnen beslissen dat de poppetjes niet zijn te beschouwen als portretten van eisers in de zin der Auteurswet 1912, en deze beslissing tevergeefs in cassatie wordt bestreden. Het behoeft m.i. geen betoog dat, waar de Regering in de MvT gewaagde van een afbeelding van het gelaat 'van een persoon', onder 'persoon' niet een denkbeeldig persoon verstaan kan worden, omdat een persoon, die alleen in onze voorstelling bestaat, niet kan worden 'afgebeeld', maar hoogstens kan worden uitgebeeld, o.m. door een handeling van een niet denkbeeldig persoon die haar voorstelt, zoals een toneelspeler een rol van een 'figuur' vervult en ten tonele brengt.

Eisers stellen in onderdeel 1 van middel II dat 'het verspreiden of doen verspreiden van plastic poppetjes, welke uitbeelden de in het voor de televisie-uitzending ontworpen en geschreven seriespel 'Ja Zuster, Nee Zuster' voorkomende figuren van Zuster Klivia, Gerrit of Opa, zoals i.c. door verweerder geschiedt tengevolge waarvan eisers, naar zij gesteld hebben, schade hebben geleden en nog meer schade dreigen te lijden, jegens eisers onrechtmatig is, althans kan zijn'.

Ten betoge dat deze handelwijze van LZM onrechtmatig is, of kan zijn, beroepen zij zich op de navolgende omstandigheden:

(1) bij de uitvoering van het spel 'Ja Zuster, Nee Zuster' heeft Blok de rol van 'Zuster Klivia' en

Jongewaard de rol van 'Gerrit' en die van 'Opa' vertolkt;

(2) de 'uiteindelijke creatie, van deze 'figuren' is in belangrijke mate door de wijze waarop zij deze 'figuren' hebben vertolkt tot stand gekomen;

(3) door hun wijze van vertolking van deze 'figuren' hebben zij, optredend voor de televisie, het publiek er toe gebracht de 'figuur' van 'Zuster Klivia' te associëren met Blok, en de 'figuren' van 'Gerrit' en 'Opa' met Jongewaard en hebben zij deze 'figuren' gebonden aan en afhankelijk gemaakt van hun karakteristieke eigenschappen';

(4) eisers hebben alleen het nadeel van het feit dat hun populariteit gebruikt wordt voor reclame-doeleinden, nu zij voor dit gebruik niet betaald worden;

(5) LZM belet eisers indirect een lucratief contract op exclusieve basis af te sluiten met een bedrijf, dat ten behoeve van reclame voor een van zijn produkten een afbeelding, ontleend aan de persoon van eisers, wenst te gebruiken;

(6) bij het verspreiden of doen verspreiden van plastic poppetjes, welke uitbeelden de figuren van 'Zuster Klivia', 'Gerrit' en 'Opa', profiteert LZM mede van het feit dat deze figuren hun populariteit onder meer te danken hebben aan hun vertolking door eisers en aan de omstandigheid dat het publiek (als gevolg van die vertolking) in zijn gedachten de lit. poppetjes zal associëren met eisers.

Middel II heeft betrekking op de vraag of de door eisers aan LZM verweten handelwijze al of niet indruist tegen de in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid t.a.v. persoon of goed van eisers. Ter beantwoording van deze vraag meen ik mij te moeten oriënteren op het arrest van de HR van 23 juni 1961 (NJ 1961, no. 423, mede besproken door Cohen Jehoram, *Goodwillrecht*, p. 199 e.v.). In dit arrest is overwogen 'dat in het economisch verkeer — waarin doorlopend wordt voortgebouwd op het door anderen tot stand gebrachte — profijt trekken van de aantrekkelijkheid van het produkt van een ander op zich zelf niet in strijd is met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer jegens dien ander betaamt, en ook dan niet als dit profijt trekken dien ander concurrentie aandoet en hem daardoor nadeel toebrengt', zomede 'dat echter wel de wijze waarop of de omstandigheden waaronder dat profijt trekken geschiedt daaraan een onrechtmatig karakter kunnen geven'.

De HR neemt in deze overwegingen niet in aanmerking wat goed koopmansgebruik is op het stuk van het profiteren van de aantrekkelijkheid van het produkt van een ander in de economische mededinging (vgl. hier omtrent Boukema, *Handelsmoraal en Mededinging*, inaugurele oratie 1968, p. 6/7).

De handeling van LZM strekt naar haar aard ter bevordering van de afzet van een harer produkten op de markt, en door het verrichten dier handeling neemt zij deel aan het economische verkeer. Het profiteren van de populariteit van een uitvoerend kunstenaar, welke het resultaat is van diens artistieke prestatie, kan tot op zekere hoogte vergeleken worden met het profiteren van de aantrekkelijkheid van het produkt van een an-

der. Tot op zekere hoogte zeg ik, omdat op een produkt van een ondernemer niet of niet zozeer het stempel van diens persoonlijkheid is gedrukt als het stempel dat een uitvoerend kunstenaar als bijv. een acteur op zijn prestatie drukt. Om deze redenen zou ik menen dat, beoordeeld naar het vorenaangehaalde arrest, het profiteren door LZM van de populariteit van eisers, als vertolkers van de meergemelde rollen waarin zij voor de televisie zijn opgetreden, en welke het resultaat is van hun artistieke prestaties als uitvoerende kunstenaars, op zich zelf beschouwd, niet in strijd zou zijn met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer jegens eisers betaamt, tenzij dan — wat zich aan mijn beoordeling onttrekt — goed koopmansgebruik in aanmerking genomen, een ondernemer in het maatschappelijk verkeer niet dezelfde zorgvuldigheid jegens een uitvoerend kunstenaar in acht zou hebben te nemen als die, welke hem, de ondernemer, in de mededinging jegens een concurrent betaamt. Handhaaft Uw Raad de opvatting dat het profiteren van de aantrekkelijkheid van eens anders produkt, op zich zelf beschouwd, ook dan niet in strijd is met zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer jegens die ander betaamt, wanneer dit profiteren geschiedt ten koste van de ander, dan zouden, ter beantwoording van de vraag of de gewraakte handeling al of niet onrechtmatig is of kan zijn, de omstandigheden, hierboven aangegeven onder (4) en (5) de handelwijze van LZM niet onrechtmatig doen zijn. Geen der andere, in onderdeel 2 weergegeven, omstandigheden betreft m.i. de wijze waarop LZM profiteert van de populariteit, als vrucht van het voormelde optreden van eisers. De omstandigheid dat LZM bij het maken van reclame voor haar produkt mede profiteert van het feit dat de meergemelde 'figuren' o.m. hun populariteit te danken hebben aan een prestatie van eisers en dat het publiek als gevolg dier prestatie in zijn voorstelling de lit. poppetjes associeert met eisers zijn mede omstandigheden waaronder de gewraakte handeling is verricht. Maar het onttrekt zich aan mijn beoordeling of, gegeven de omstandigheden, de gewraakte handelwijze gezegd kan worden in te druisen tegen de in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid t.a.v. persoon of goed of belangen van eisers. Zonder te weten wat te dezen aanzien goed koopmansgebruik is vermag ik hierover niet te oordelen.

In onderdeel 1 van het middel wordt niet aangevoerd dat eisers er belang bij hadden dat de gewraakte handeling niet dan met hun toestemming werd verricht, veelmin dat LZM, door zonder hun toestemming die handeling te verrichten, een handeling heeft verricht welke indruist tegen de jegens hen in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid.

Op deze bedenkingen zou onderdeel 1 m.i. moeten afstuiten.

Het kan m.i. in het belang zijn van een uitvoerend kunstenaar, die in de volle openbaarheid treedt wanneer hij een artistieke prestatie verricht die wordt uitgezonden door middel van de televisie en wiens persoon door het publiek wordt geassocieerd met een 'figuur', die hij, met al de karakteristieke eigenschappen, waarmede de schepper dier figuur haar heeft toegerust, vertolkt, dat

zijn populariteit, of zijn reputatie of naam als uitvoerend kunstenaar in verband wordt gebracht met een waar waarvoor reclame zou worden gemaakt (vgl. Bundesgerichtshof 8 mei 1956, Entsch. Zivils., 20 1956, p. 345 e.v., p. 350/1.

Het is echter duidelijk dat in het onderhavige geval dit belang geen rol speelt: uit de eigen stellingen van eisers blijkt dat, naar hun mening, hun populariteit als kunstenaars zich er niet tegen verzet dat deze door het publiek in verband zou worden gebracht met een reinigingsmiddel, althans voor een waar als die, waarvoor verweerder reclame heeft gemaakt.

De in onderdeel 2 bestreden oordelen zijn twee van de vijf argumenten op grond waarvan het of komt tot zijn aanvankelijk oordeel dat aan eisers de aanspraak, welke zij doen gelden, niet toekomt krachtens art. 1401 BW. Waar dit voorlopig oordeel m.i. kan rusten op het in RO 8 ad 5 overwogene, hebben eisers m.i. geen belang bij de klachten, vervat in onderdeel 2.

Het enkele feit dat eisers de figuren 'Zuster Klivia', 'Gerrit' en 'Opa' vertolkt hebben, geeft hun geen recht om te doen verbieden het verspreiden of doen verspreiden van afbeeldingen van deze 'figuren' in het algemeen, veelmin van die, welke, zoals de lit., geen gelijkenis met eisers vertonen. Volgens de uitdrukkelijke verklaring van de Regering (Ed. S en J no. 75, 9e dr., p. 38) komen handelingen zelve niet voor auteursrecht in aanmerking en kan op het acteren geen auteursrecht bestaan. Een exclusief recht waarop het verspreiden of doen verspreiden van de in de RO 11 bedoelde afbeeldingen inbreuk zou maken is m.i. niet in de wet erkend. Mede daarom meen ik dat de Nederlandse rechter niet de vrijheid heeft te oordelen als de Franse cassatierechter bij het arrest 'Furtwangler' van 4 jan. 1964 (D. 1964, jurispr. p. 321, n. Pluyette, en geanalyseerd door Desbois, Droit d'auteur 2e ed., no. 183). Bij dit arrest is geoordeeld, dat de overweging dat de uitvoerende kunstenaar 'est fonde a interdire une autorisation de son execution autre que celle qu'il avait autorisee', genoegzaam karakteriseert 'une atteinte au droit de l'artiste sur l'oeuvre que constitue son interpretation'.

Gelet op de aard van het kort geding behoefde het Hof m.i. niet verder in te gaan op de vijfde appelgrief dan het reeds gedaan heeft. Rechten van eisers uit de vertolking kunnen, als gezegd, niet uit de wet worden afgeleid.

Ik concludeer tot verwerping van het voorgestelde middel tot veroordeling van eisers in de kosten, welke aan de zijde van de verweerder op de voorziening zijn gevallen.