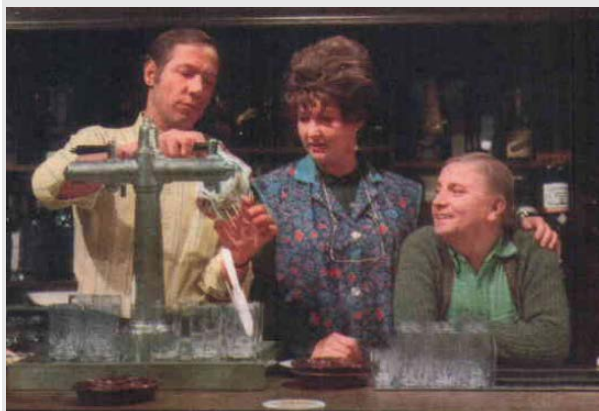


Hoge Raad, 19 januari 1979, 't Schaep met de Vijf Pooten



## PORTRETRECHT

### Verzilverbare populariteit

[Van een redelijk belang kan ook sprake zijn, wanneer de populariteit van geportretteerde, 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](#)

Hoewel de wetgever bij de totstandkoming van de Auteurswet bij het gebruik van de woorden „een redelijk belang" in art. 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 openbaarma-

king van hun portretten voor commerciële doeleinden niet te hoeven toelaten zonder daarvoor vergoeding te ontvangen, is een redelijk belang in de zin van art. 21. Hieruit volgt dat ook de in onderdeel 3 subs. aangevoerde stellingen falen, aangezien de daarbij ingeroepen bijzondere omstandigheden niet kunnen afdoen aan het hiervoor aangeduide redelijke belang van Hameetman c.s. om het betreffende gebruik van hun portretten te kunnen verbieden.

Vindplaatsen: NJ 1979, 383, m.nt Wichers Hoeth; BIE 1979, nr. 23, p. 163; AMI 1979, p. 52, m.nt. Spoor

### Hoge Raad, 19 januari 1979

(Minkenhof, Drion, Snijders, Haardt, De Groot)

(...)

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VNU Business Press Group BV (in de vorige instantie genaamd VNU Nieuwe Activiteiten BV), te Amsterdam, eiseres tot cassatie van een tussen pp. gewezen arrest van het Hof te Amsterdam van 7 juli 1977, tevens incidenteel verweerster in cassatie, adv. Mr. A.G. Maris,

tegen

1. Adele Hameetman, c.s.,

allen te Amsterdam, verweerders in cassatie, tevens incidenteel eisers cassatie, adv. Jhr. Mr. J.L.R.A. Huydecoper.

(...)

Gehoord de [Adv-Gen. Franx in zijn conclusie](#) strekkende tot verwerping van het beroep met veroordeling van eiseres in de op de voorziening gevallen kosten.

(...)

### O. omtrent het principaal beroep:

#### Wat betreft onderdeel 1 van het middel:

Blijkens de rechtsoverwegingen 27 e.v. 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 art. 21 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 art. 21 op de onderhavige vordering wordt ontkend.

#### Wat betreft onderdeel 2:

Dit richt zich tegen 's Hofs 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 gericht motiveringsklacht faalt.

#### Wat betreft onderdeel 3:

Dit onderdeel voert in de eerste plaats en hoofdzakelijk tegen 's Hofs 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-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.

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 art. 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 art. 21. Hieruit volgt dat ook de in onderdeel 3 subs. aangevoerde stellingen falen, aangezien de daarbij ingeroepen bijzondere omstandigheden niet kunnen afdoen aan het hiervoor 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 r.o. 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 r.o. 35 alleen gebruikt ter staving van zijn oordeel in r.o. 40, dat Hameetman c.s., ware voor deze uitgave hun toestemming gevraagd, in staat zouden zijn geweest financiële condities te stellen.

Het Hof heeft de vaststellingen in r.o. 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 r.o. 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 publikatie 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 r.o. 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 publikatie 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-publikatie zou kunnen hebben, en daarmee over de rechtmatigheid van de publikatie, 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 r.o. 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 pp. 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 r.o. 57. Als het Hof hier spreekt van „een verbod van publikatie van de portretten”, doelt het niet op een rechterlijk verbod, maar op een rechtsregel die in de gegeven omstandigheden publikatie 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 appelgrief zich niet richtte tegen een beslissing van de Rb. m.b.t. 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 art. 21 Auteurswet, maar zich richtte tegen de overweging van de Rb., 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 r.o. gemotiveerd beslist. Op de bestrijding van een bepaald argument dat de Rb. 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 waarderen 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 publikatie 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 2500 voor salaris.

---

### **Conclusie Advocaat-Generaal Franx**

In het bestreden arrest is het Hof, blijkens de rechtsoverwegingen 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 publikatie - 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 Rb. bij vonnis van 21 mei 1975 toegewezen tot een bedrag van f 6000, welk vonnis in hoger beroep (ingesteld door de uitgever) door het Hof 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: AW) 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 behoefte, gegeven, dan is openbaarmaking daarvan door degene, 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 AW gekomen door een amendement-Drucker, voorgesteld als een nieuw vierde lid van art. 19 van het regeringsontwerp, en toegelicht 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, no. 227.8, onder VI). Het amendement werd door de regering overgenomen in een enigszins gewijzigde redactie, als afzonderlijk art. 19A (Nota van wijzigingen, no. 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 art. 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 AW, alsmede dat aan de uitgever geen auteursrecht op bedoelde foto's toekomt.

Bevat art. 21 AW uitsluitend een norm voor auteursgerechtigden of ook voor derden zoals, i.c., de uitgever? Onderdeel 1 van het principale middel en het incidentele middel beantwoorden deze vraag in laatstbedoelde zin.

Het Hof overweegt, dat art. 21 AW zich niet richt tot de uitgever, die geen auteursrecht pretendeert (r.o. 11 en 12) zodat de vraag of niet-auteursrechthebbenden een onrechtmatige daad hebben verricht, moet worden beantwoord aan de hand van art. 1401 BW met inachtneming van alle omstandigheden van het geval (r.o. 12). Het Hof acht art. 21 AW 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 AW 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 AW). Hij was daartoe niet gerechtigd omdat de acteurs geen toestemming hadden verleend en een redelijk belang hadden dat zich verzette tegen „gratis" publikatie (vgl. art. 21 AW). De rechtsplicht, in strijd waarmee de uitgever volgens het Hof heeft gehandeld, is die van art. 35 AW; zij wordt nader bepaald door art. 21 AW

Is deze analyse van 's Hof's 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 AW rechtstreeks (analogisch) op niet-auteursrechthebbenden gelijk de uitgever toepasselijk was verklaard, zoals de uitgever in onderdeel I 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 i.c. is geformuleerd in art. 35 AW jo. de uit art. 21 AW voor „derden" te distilleren regel (r.o. 12 en 50 sub d). Volgens S. Boekman, BIE 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 Hof's arrest, ontbeert zij feitelijke grondslag.

Ik vraag mij af of men art. 35 AW niet uit deze constructie kan weglaten. Ook art. 21 AW-sec behelst een „rechtsplicht". Het enkele feit dat de rechtspraak met name in enige strafzaken (overtreding van art. 35 AW) nadere omlijning heeft gegeven aan art. 21 AW, betekent niet dat het handelen in strijd met des daders rechtsplicht (art. 1401 BW) niet rechtstreeks kan worden herleid tot handelen in strijd met art. 21 AW, 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 AW wel heeft verkozen boven de directe constructie van art. 1401 BW i.v.m. de uit art. 21 AW 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 AW voor dit geding? Alleen hierin, dat dit voorschrift „slechts" analogisch op niet-auteursrechthebbenden van toepassing is, of tevens, dat art. 21 AW uitsluitend via art. 35 AW de onrechtmatigheidstoets van art. 1401 BW constitueert? Hoe dit alles ook zij, van belang voor de beslissing in deze zaak is het m.i. allemaal niet, weshalve onderdeel I van het principale beroep en het incidentele middel vruchteloos zijn voorgesteld.

Volledigheidshalve merk ik op dat, naar mijn mening, art. 21 AW 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 publikatierechten toe dan aan auteursrechthebbenden. De strafbepaling van art. 35 AW is ook op bedoelde derden van toepassing. Zie HR 22 mei 1916, NJ 1916, p. 808, W 9975 (met wetshistorische argumentatie); HR 24 juni 1952, NJ 1955, 742; HR 22 nov. 1966, NJ 1967, 101 (en de noot van Van Eck); H.L. de Beaufort, „Auteursrecht" - 1932 - p. 164-1965; 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 Hof's 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 blijkens 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 t/m 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 AW niet slechts vallen zedelijke of persoonlijke belangen, maar ook financiële belangen (r.o. 30 jjs. 27-29). Het onderdeel berust op de stelling, dat art. 21 AW 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 AW. De geciteerde toelichting op het amendement-Drucker stelt, dat openbaarmaking in hoge mate onbehoorlijk kan zijn. Volgens Cohen Jehoram, AA 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, BIE 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 MvA (Bijl. Hand. II 1911-1912, no. 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 kleeding of onder omstandigheden, die verbreiding van het portret ook jaren later niet gewenscht of voor de familieleden onaangenaam maken" (p. 22). De regering antwoordde: „Verveelvoudigen 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 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 publikatie i.v.m. 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. Vergelijkte Drion c.s., „Onrechtmatige daad" VI no. 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, sportman, 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 aanbodspartij 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 literatuur heeft dit belang erkenning gevonden als „redelijk belang" in de zin van art. 21 AW; zie Cohen Jehoram, t.a.p. p. 384-385; Hirsch Ballin, NJB 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-Bodenhausen-Wichers Hoeth, a.w., p. 240. In andere zin Boekman, BIE 1966, p. 30-31, die de AW ter zijde wil laten wanneer het gaat om andere dan zedelijke be-

langen, en voor die gevallen art. 1401 BW 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 AW „zijdelings" van betekenis geacht en daarbij geoordeeld dat de acteurs een redelijk belang, in de zin van art. 21 AW, hebben dat zich verzet tegen publikatie 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 AW mede gebracht een financieel belang. Daarbij overweegt het Hof (r.o. 29 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 geeerde 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 AW, mede te verstaan een louter financieel belang als in deze procedure aangenomen. Door de geeerde pleiter voor de uitgever is betoogd dat in HR 16 jan. 1970, NJ 1970, 220 (G.J.S.), het „ja zuster, nee zuster"-arrest, art. 21 AW 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 wethistorische 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 willen 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 wethistorie, zulks temeer nu daaruit blijkt van een uitgesproken bedoeling van de wetgever, financiële belangen als de onderhavige buiten de werking van art. 21 AW 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, m.b.t. 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 RM 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 AW, een louter financieel belang niet kan worden verstaan, kan de vraag rijzen of zulke louter financiële belangen door de zorgvuldigheidsnorm van art. 1401 BW 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 (zorgvuldigheidsnorm van art. 1401 BW en de bijzondere normen van de AW, is besproken in Drion c.s., a.w., VI, nrs. 8, 9 en 14 en de aldaar genoemde literatuur. Ik moge volstaan met te vermelden dat ik het eens ben met de t.a.p. (no. 14.2) vermelde schrijvers Van Wageningen, Drucker-Bodenhausen-Wichers Hoeth en Pfeffer-Gerbrandy, dat de AW t.o.v. art. 1401 BW niet exclusief werkt in die zin, dat publikatie door een derde van een zonder opdracht vervaardigde foto, voor zover niet getroffen door het verbod van art. 21 AW, in strijd kan zijn met de zorgvuldigheidsnorm van art. 1401 BW. 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 appelgrief, vormt de materiele keerzijde van de motiveringsklacht van onderdeel 2. Ik meen dat ook deze materiele 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, opiniering, 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 publikatie 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 acteurs, die zij beogen, heeft vergroot. Deze omstandigheid zou meebrengen, dat een redelijk belang dat zich tegen de uitgave verzet, i.c. 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 beroeps-acteurs 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 publikatie 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 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 publikatie is komen te ontbreken, of dat zij ten gevolge van die publikatie geen schade, althans minder schade dan het door het Hof toewijsbaar 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 publikatie als het ten processe bedoelde „album” wilde realiseren, een zekere geldswaarde vertegenwoordigden. 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 een 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 publikatie 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 AW 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” publikatie verzette, dan is de redenering m.i. rond. Het is mede op de door mij hier gecursiveerde grondslag dat het Hof zijn bestreden beslissing heeft gefundeerd. Voor zover de grief van een andere lezing van 's Hof's arrest uitgaat, ontbeert zij feitelijke grondslag.

Een en ander zo 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 BW, niet zonder meer beslissend; vgl. HR 8 jan. 1960, NJ 1960, 415 (m. nt. van H.B., onder 8), BIE 1960, p. 60, AA X (1960-1961), p. 20 (m. nt. van Van der Grinten); Cohen Jehoram, AA XIX (1969-1970), p. 385-186; Verkade, „Ongeoorloofde mededinging” - 1978 - p. 41-42; C.A. Boukema, „Handelsmoraal en mededinging” (oratie 1968); C.H. Beekhuis, RM Themis 1972, p. 45; Drión 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 onaanastbare 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 AW, waarin de norm van die wetsbepaling is weergegeven met toevoeging van de door mij gecursiveerde woorden „(... openbaar te maken) zonder toestemming van de geportretteerde (voor zover diens redelijk belang ...)”. De gecursiveerde woorden maken, zo voert onderdeel 4 aan, geen deel uit van de norm van art. 21 AW. Deze klacht is in zoverre grond, dat art. 21 AW 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 AW 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 publikatie verzet. In het laatstbedoelde geval is art. 21 AW niet overtreden. De woorden „(zonder) toestemming van ...” impliceren aldus (het ontbreken van) hetzelfde afstand van recht, hetzij een bepaalde rechtvaardigingsgrond, hetzij een bepaald

de 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 norm van art. 21 AW. 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 BW) 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 publikatie hadden gegeven - toe te kennen of aan te bieden. De uitgever had zich ten ververe 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 betoogd, niet beslist, ook niet in r.o. 51, dat er een (afzonderlijke) rechtsregel bestaat krachtens welke de uitgever in bepaalde gevallen, alvorens tot publikatie 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 publikatie geen toestemming te vragen nu geen redelijk belang van de gefotografeerde zich tegen publikatie 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) t.a.v. de vraag of de geportretteerde een redelijk belang heeft (in de zin van art. 21 AW), 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, wel heeft bedoeld. Wat daar ook van zij, de uitgever in deze zaak had geen toestemming van de acteurs en koesterde de stellige - zij het m.i. onjuiste - opvatting dat de acteurs geen redelijk belang in de zin van art. 21 AW 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 pp. 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, o.g.v. 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 een 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 een uitgave) jegens hen allen onrechtmatig is, alsmede dat zij derhalve ter zake van die (ene) uitgave gezamenlijk vergoeding van schade in een 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 geeerde 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 een bedrag mocht worden toegerekend. Dit is een materiele klacht, die een herhaling vormt van het eerste deel van de 12e en het tweede deel van de 15e appelgrief (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 een „lump sum” als schadevergoeding voor alle acteurs gezamenlijk rechte niet mogelijk is. Afgezien hiervan komt het mij voor dat ook deze materiele 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 Rb. begroot op f 6000 (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 AW. 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 appelgrief, voor zover inhoudende dat de beslissing van de Rb. neerkomt op bescherming van de vertolking van de acteurs, welke bescherming de AW 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 AW 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, no. 227.3., p. 9 (de MvT): „Ten overvloede moge er op worden gewezen, dat ... het hier geldt oorspronkelijke onuitgegeven monologen, niet declamatie van eens anders werk ... Het voordragen als zelfstandige handeling kan niet voorwerp van auteursrecht zijn, evenmin als het opvoeren van een toneelstuk”, en no. 227.5 (de MvA): „Met „mondelijke voordrachten” worden bedoeld de oorspronkelijke redevoeringen, preeken, enz., (met een noot: „N. 1. 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, RM 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 AW (nl. art. 10, lid 1, onder 1; vgl. bovengenoemde noot op p. 24 van de MvA), zo valt een foto van de vertolking onder de werking van art. 21 AW. 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 appelklacht zowel afdoende als begrijpelijk.

Een derde klacht van onderdeel 6 houdt in, dat het Hof niet heeft beslist op de twaalfde appelgrief 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 - no. 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 het 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 Rb. 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 appelgrief t.a.v. 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 Rb. noch Hof gehouden.

Onderdeel 7 mist m.i. zelfstandige betekenis en vindt zijn weerlegging in het n.a.v. de onderdelen 3 en 4 bevestigde.

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

---