

**Hoge Raad, 1 juni 1990, Kluwer v Lamoth****AUTEURSRECHT****Maker****Fotografisch werk - compositie**

onder omstandigheden kan 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 dat onderdeel van het totstandbrengen van een foto dat het hof (...) samenvattend heeft aangeduid als 'het rangschikken'

Deze onderdelen klagen echter, in onderling verband, terecht erover dat het hof aldus blijkt 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 Auteurswet, 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 een van de aspecten is van de daartoe noodzakelijke creatieve arbeid die, wil sprake kunnen zijn van een werk in de zin van de Auteurswet, 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 dat onderdeel van het totstandbrengen van een foto dat het hof (naar hiervoor onder 3.3.1 is gebleken) samenvattend heeft aangeduid als 'het rangschikken'.

**Maker fotografisch werk**

Indien creatieve arbeid niet is verricht door degene die het fototoestel heeft gehanteerd, kan die derde mede maker van dat werk zijn

's Hof's 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.

Vindplaatsen: NJ 1991, 377, m.nt. Verkade; AMI 1991, p. 7, m.nt. Spoor; AA 1991, p. 71, m.nt. Cohen Jehoram

**Hoge Raad, 1 juni 1990**

(Martens, Ras, Hermans, Roelvink, Davids)

(...)

1. Kluwer Publiekstijdschriften BV,  
2. Eska Tijdschriften BV, beide te Utrecht, eiseressen tot cassatie, incidenteel verweersters, adv. Jhr. Mr. J.L.R.A. Huydecoper,  
tegen

[...]Lamoth, te [...], verweerder in cassatie, incidenteel adv. 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 Rb. 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 nov. 1985 een inlichtingen- tevens schikkingscomparitie gelast.

Tegen dit tussenvonnis heeft Lamoth hoger beroep ingesteld bij het Hof 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 Rb. te Amsterdam verwezen.

**2. Het geding in cassatie**

(...)

**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 bijbehorende 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 publikatie aan Kluwer ter beschikking heeft gesteld, zodat Kluwer jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld door deze zonder zijn toestemming met het oog op publikatie 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 9e Auteurswet, is aan te merken als 'de maker' (in de zin van de Auteurswet) 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 Auteurswet 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' (r.o. 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 dat onderdeel van het totstandbrengen van foto's als de onderhavige dat het hof in r.o. 5.4 nader heeft omschreven als (zakelijk weergegeven): (1e) het uitkiezen van het af te beelden

object of de te zamen af te beelden objecten; (2e) het bepalen van de achtergrond waartegen en (3e) 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 r.o. 5.4 en 5.5 heeft het hof voorts, klaarblijkelijk evenzeer veronderstellenderwijs, 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 (r.o. 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 gerechtvaardigd zijn verklaring daarin dat uit r.o. 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 r.o. 5.2 tot uitgangspunt neemt dat elke opname in beginsel een fotografisch werk in de zin van art. 10 onder 9e Auteurswet oplevert en dat dit alleen anders is als de afbeelding ieder eigen karakter mist. 's Hof's 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 (r.o. 5.3): volgens die maatstaf valt daartoe in hoofdzaak te letten op fototechnische 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 Auteurswet 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 1a en 1c van het middel in het principaal beroep erover klagen dat het hof zijn beslis-

sing 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 Auteurswet, 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 een van de aspecten is van de daartoe noodzakelijke creatieve arbeid die, wil sprake kunnen zijn van een werk in de zin van de Auteurswet, 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 dat 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 Hof's 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 (r.o. 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 Auteurswet als de maker daarvan had te gelden (r.o. 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 Auteurswet 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 hofs 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 (r.o. 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 bezien of hij aanleiding vindt Kluwer tot bewijs toe te laten.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt, op het principaal cassatieberoep, het arrest van het Hof te Amsterdam van 7 april 1988;
- verwijst het geding naar het Hof 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, Lamoth 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 3000 voor salaris.

---

#### Conclusie Advocaat-Generaal Asser

##### 1. Inleiding

1.1. Blijkens r.o. 2 van het thans in cassatie bestreden arrest is het hof in hoger beroep uitgegaan van de door de rechtbank in r.o. 1 a, c en d van haar vonnis vastgestelde feiten. Deze kunnen ook in cassatie tot uitgangspunt dienen en ik geef ze als volgt weer.

1.1.1. Verweerder in cassatie — Lamoth — heeft in de periode 1977 tot (en met) september 1982 als freelance-fotograaf foto's (kleinbeeld en polaroid) gemaakt in opdracht van de hoofdredactie van het maandblad voor handwerken Ariadne, een uitgave van eiseressen tot cassatie — Kluwer.

1.1.2. Lamoth ontving voor zijn werkzaamheden een bepaalde dagprijs. Tevens vergoedde Kluwer het opnamemateriaal en de ontwikkelingskosten.

1.1.3. Tenminste 405 van de gepubliceerde foto's van Lamoth zijn door Kluwer aan buitenlandse persbureaus ter beschikking gesteld voor publikatie en zijn geplaatst — met bijbehorende werktekeningen en beschrijvingen — in buitenlandse handwerkbladen.

1.2. Voorts kan als uitgangspunt dienen hetgeen het hof in r.o. 5.4 van zijn arrest heeft vastgesteld, te weten:

— dat het de taak van de leden van de redactie van het blad *Ariadne* en van de stylist (in dienst van Kluwer) was om uit de veelheid van objecten die Kluwer gefotografeerd wenste te hebben een keus te maken.

— dat die redactieleden, en in grotere mate de stylist, bepaalden welke objecten tezamen op de litigieuze foto's moesten komen,

— dat zij in overwegende mate bepaalden op welke wijze deze objecten zouden worden gerangschikt en in welke omgeving zij zouden worden gefotografeerd.

1.3. In eerste aanleg heeft Lamoth Kluwer voor de Amsterdamse Rechtbank gedaagd en betaling van f 374 220 van Kluwer gevorderd als schadevergoeding, teruggave aan hem van de 959 gepubliceerde dia's en alle nog in het bezit van Kluwer zijnde variant- en duplicaatopnamen welke door Lamoth waren vervaardigd, alsmede betaling van een in goede justitie te bepalen schadevergoeding voor iedere niet (tijdig) (gaaf) geretourneerde dia. Lamoth stelde daartoe (Ik volg de samenvatting van de rechtbank in r.o. 2.) (na uitbreiding van de grondslag van zijn eis bij pleidooi) dat het auteursrecht op de foto's bij hem berustte, dat hij eigenaar is van de desbetreffende dia's, dat hij deze slechts voor eenmalige publikatie aan Kluwer ter beschikking had gesteld en dat Kluwer tegenover hem onrechtmatig heeft gehandeld door zonder zijn toestemming dia's aan derden (buitenlandse persbureaus) ter beschikking te stellen met het oog op de publikatie daarvan.

1.4. Na verweer van Kluwer heeft de rechtbank bij vonnis van 27 nov. 1985 een inlichtingen- tevens schikkingscomparitie gelast, na o.m., kort gezegd, in haar overwegingen te hebben beslist dat uitgangspunt moet zijn dat het auteursrecht op de foto's bij partijen gezamenlijk berust (r.o. 4, slot), dat Kluwer door verdere exploitatie van de foto's jegens Lamoth onrechtmatig heeft gehandeld, dat de door haar aan Lamoth te betalen schadevergoeding moet worden vastgesteld aan de hand van de hoogte van de beloning waarop Lamoth redelijkerwijs aanspraak had bij verdere exploitatie van de foto's door Kluwer en dat Kluwer de dia's houdt voor Lamoth, zodat deze tot teruggave gerechtigd is en zijn vordering in zoverre kan worden toegewezen.

1.5. Lamoth is van dit vonnis in hoger beroep gegaan bij het Amsterdamse Hof. Van haar kant stelde Kluwer incidenteel appel in. Het hof heeft bij arrest van 7 april 1988 het vonnis van de rechtbank vernietigd 'voorzover de daartegen gerichte grieven gegrond zijn verklaard' en voor het overige het vonnis bekrachtigd en de zaak verwezen naar de rechtbank.

1.6. Van 's hofs arrest heeft Kluwer tijdig beroep in cassatie ingesteld met een uit vijf onderdelen opgebouwd middel. Voor de dienende dag heeft Kluwer een herstelexploit doen uitbrengen ter rectificatie van het in de cassatiedagvaarding opgenomen adres van de Hoge

Raad. Zijnerzijds heeft Lamoth bij conclusie van antwoord incidenteel cassatieberoep ingesteld met twee middelen van cassatie. Over en weer hebben partijen de middelen bestreden.

## 2. Bespreking van de cassatiemiddelen

2.1. Eerst een kort overzicht van de kwesties die thans aan de orde zijn. Het gaat in deze zaak eerst en vooral om de vraag of Kluwer als (mede)maker van de foto's auteursrecht daarop toekomt. De oordelen die het hof daarover in de r.o. 5.3–5.8 van zijn arrest heeft gegeven worden bestreden door de onderdelen 1–3 van het principale cassatiemiddel en het voorwaardelijk opgeworpen incidentele middel I. Onderdeel 4 van het principale middel keert zich tegen een volgens dit onderdeel in de r.o. 5.12–15 besloten oordeel van het hof ten aanzien van de verplichtingen van Lamoth jegens Kluwer in verband met de (eventuele) verdere exploitatie van de foto's en het incidentele middel II raakt de vraag of het hof in r.o. 5.12 terecht de goede trouw als basis voor die verplichtingen heeft aangenomen. Tenslotte betreft onderdeel 5 van het principale cassatiemiddel de vraag wie eigenaar is van de dia's in kwestie, welke vraag in r.o. 5.18 door het hof is behandeld.

2.2. Ik zou willen beginnen een aantal opmerkingen te maken over het auteursrecht op foto's in het algemeen, de vraag wanneer gesproken kan worden over een gezamenlijk auteursrecht en tenslotte of een gezamenlijk auteursrecht op foto's bestaanbaar is en, zo ja, wanneer daarvan kan worden gesproken (Zie over het auteursrecht op foto's Kloosterboer, *Fotoauteursrecht*, 1990, met name hoofdstuk 2; Pfeffer/Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, p. 96–97; Verkade/Spoor, *Auteursrecht*, 1985, nr. 59; Drucker/Bodenhausen/Wichers Hoeth, *Kort begrip van het recht betreffende de intellectuele eigendom*, 1984, p. 148; Spoor, *Beeld van het recht op foto's*, in: *Beeldrechtwijzer*, 1987, p. 11–19; Limperg, *Fotografische werken en auteursrecht*, in: *Foto*, 1957, p. 284–287. Van de door mij geraadpleegde buitenlandse literatuur noem ik in dit verband Karnell, *La photographie, parent pauvre des conventions internationales et des législations nationales sur le droit d'auteur*, in: *Le droit d'auteur*, 1988, p. 140–155; Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, 1980, par. 26; Hubmann, *Urheber- und Verlagsrecht*, par. 16; Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 1978, nrs. 67–86; Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, *Precis Dalloz*, 1986, nrs. 88–93; Berenboom, *Le droit d'auteur*, 1984, nr. 30.)

2.3. De Auteurswet 1912 verstaat blijkens art. 10 aanhef en sub 9e onder werken van letterkunde, wetenschap of kunst 'fotografische werken'. Daarmee is echter niet gezegd dat elke foto auteursrechtelijke bescherming verdient, want wil een foto auteursrechtelijk beschermd zijn dan zal zij moeten voldoen aan de criteria die voor auteursrechtelijk beschermde 'werken' in het algemeen gelden (Voor het auteursrechtelijke 'werk' volsta ik hier met te verwijzen naar de rechtsvergelijkende beschouwingen van Grosheide, *Auteursrecht op maat*, diss. 1986, p. 189–266, met name p. 217 e.v. en meer in het bijzonder voor Nederland

p. 250 e.v.) . Zij moet dan een voortbrengsel zijn dat de zintuigelijk waarneembare belichaming vormt van een geestelijke schepping met een eigen persoonlijk karakter. Daarbij gaat het natuurlijk om de afbeelding. De zuivere techniek die bij het maken van de foto is toegepast is voor de auteursrechtelijke bescherming in zoverre irrelevant, dat niet het technisch kunnen van de fotograaf en de technische mogelijkheden die hij heeft, voor zijn makerschap in auteursrechtelijke zin beslissend zijn maar — kort gezegd — zijn creativiteit die zich in het resultaat van het hanteren van die techniek uit.

2.4. Auteursrechtgebende is in beginsel de maker van het werk, aldus art. 1 Auteurswet. Aangezien niet de stoffelijke gestalte van het werk van belang is, is voor de vraag wie als maker van het werk geldt niet beslissend wie de stoffelijke gestalte heeft vervaardigd. Het gaat om de auctor intellectualis van het werk, de geestelijk schepper.

2.5. In het reproducerend karakter van de fotografie ligt, voor de vaststelling van wie als maker van de foto in auteursrechtelijke zin moet worden beschouwd, een eigenaardige moeilijkheid, die naar het mij voorkomt de oorzaak, althans een van de oorzaken vormt van het probleem dat thans aan Uw Raad wordt voorgelegd.

2.6. Fotografie van een idee is onmogelijk, omdat een idee niet met het oog waarneembaar is. Een foto beeldt in de regel een reeds bestaande, waarneembare werkelijkheid uit. De foto is dan het resultaat van de waarneming van die werkelijkheid, het motief, door de fotograaf en de door hem toegepaste technieken bij het vastleggen van die waarneming op de 'gevoelige plaat'.  
2.7. De waarneming zelf — het 'zien' van het te fotograferen beeld — is, naar ik zou menen, niet auteursrechtelijk beschermd, net zomin als een idee of 'concept' van bijv. een schrijver, schilder of componist dat zijn. Pas het voortbrengsel waardoor die waarneming op haar beurt voor anderen waarneembaar wordt kan auteursrechtelijk bescherming genieten: de foto, het geschrift, het schilderij of het muziekstuk.

2.8. Een foto kan de afbeelding vormen van een object dat reeds zelf een werk in auteursrechtelijke zin is: een schepping met een eigen persoonlijk karakter. Men denke aan de foto van een schilderij, een beeld of een voorstelling. In die gevallen zal de foto — bijv. een 'reproductie' van een schilderij — vaak niet meer dan een verveelvoudiging (in de zin van art. 13 Auteurswet) van dat werk zijn dan zelf een werk in auteursrechtelijke zin. Het kan ook zijn dat de foto een motief afbeeldt dat op zichzelf dat karakter mist en dus geen werk in auteursrechtelijke zin is, maar dat de foto dat wel is, omdat het motief op een zodanige wijze wordt afgebeeld dat daarin een creatief element is gelegen: een op zichzelf alledaags gegeven verliest op de foto zijn alledaagsheid en krijgt een bijzondere zeggingskracht waardoor het gaat boeien.

2.9. Het eigen persoonlijk karakter — dat overigens niet per se 'artistiek' hoeft te zijn (Zie hierna onder 2.16) — kan de foto ontleen aan verschillende factoren, zoals het 'zien' van de fotograaf, diens keuze van de toegepaste technieken (men denke daarbij ook aan

tevorens gegeven instructies aan een automatisch werkende camera), de belichting daaronder begrepen en de wijze waarop die technieken worden toegepast, terwijl het ook kan zijn dat door manipulaties na de opname het eigen karakter aan de foto wordt gegeven. Veelal zal hier sprake zijn van een combinatie van een of meer van deze elementen, maar zij behoeven niet steeds alle een rol te spelen om de foto een eigen karakter te geven. Foto's kunnen zo zelfs worden tot een mengvorm van fotografische reproductie van de werkelijkheid en andere technieken, waardoor een beeld ontstaat dat misschien meer op grafisch werk lijkt dan op een foto. In dit verband wil ik wijzen op een vorm van kunstfotografie die al enige tijd wordt toegepast, te weten de geensceneerde fotografie, waarbij de foto's door middel van speciale daartoe ingerichte scènes een verhaal vertellen (een fotosequens) of een speciaal opgesteld tablau vivant afbeelden (Ik moge voor de vele vormen van fotografie hier volstaan met te verwijzen naar de door mij in dit kader o.m. (ik moest mij beperken) geraadpleegde Encyclopedische Jaarboeken van de Winkler Prins van de afgelopen decennia, s.v. Fotografie, met vele voorbeelden van soorten fotografie.) . En buiten de kunst vindt men in dit verband natuurlijk de vele reclamefoto's en illustraties bij redactionele artikelen in tijdschriften, waarbij speciaal voor de foto gemaakte opstellingen zijn afgebeeld. In deze zaak gaat het over de laatste categorie.

2.10. Tot zover ging ik er van uit dat het de fotograaf was die het resultaat — de foto — bepaalde. Zijn creatieve inbreng — in welk stadium van het tot stand brengen van de foto ook — bracht mee dat de foto een eigen persoonlijk karakter kreeg.

2.11. Maar kunnen foto's ook het resultaat zijn van samenwerking door verschillende personen? Is het beeld van de fotograaf die in zijn eentje ervoor zorgt dat het te fotograferen object in de juiste compositie, stand en belichting komt en die dan de foto maakt, steeds in overeenstemming met de werkelijkheid?

2.12. Laat ik eerst, zoals reeds toegezegd, wat opmerkingen maken over het gemeenschappelijk auteursrecht in het algemeen. (Zie daarover Verkade/Spoor, nr. 24; Drucker/Bodenhausen/Wichers Hoeth, p. 152; Pfeffer/Gerbrandy, art. 26, p. 333–338; Van Lingen, Auteursrecht in hoofdlijnen, 1984, nr. 7; conclusie OM (mr. Franx) voor HR 29 mei 1987, NJ 1987, 1003, onder 4 en 5 (in die zaak ging het volgens het hof — naar de uitleg door de Hoge Raad van 's hofs arrest — overigens niet om een gemeenschappelijk auteursrecht); de noot van Hirsch Ballin onder Rb. Den Haag 25 jan. 1965, AA 1965, p. 191–192. Van de door mij geraadpleegde buitenlandse auteurs noem ik in dit verband: (over recht in de EEG) Dietz, das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft (1978), p. 77–80; (over het Duitse recht m.b.t. Miturheber) Ulmer, par. 34; Schricke, Urheberrecht, Kommentar, 1987, p. 208–216; Nordemann/Vink/Hertin, Urheberrecht, Kommentar, zum Urheberrechtsgesetz (enz.), 1988, p. 89–99; (over Engels recht) Copinger and James on Copyright, 1980, nrs. 371–382.).

Men vindt het in art. 26 Auteurswet genoemd en voor ons recht in HR 25 maart 1949, NJ 1950, 643 (m.nt. D.J. Veegens) nader bepaald. Het dient te worden onderscheiden van het auteursrecht op een verzamelwerk, bedoeld in art. 5 Auteurswet. De Hoge Raad overwoog in het geval waarin het ging om de vraag of, zoals het cassatiemiddel betoogde, de componist van filmmuziek een gemeenschappelijk auteursrecht had op de film dan wel of hij een afzonderlijk auteursrecht had op de door hem gecomponeerde muziek (P. 1095 r.k.): ‘dat toch voor de vraag of er is een gemeenschappelijk auteursrecht als bedoeld in art. 26 Auteursrecht, toekomende aan de gezamenlijke makers van eenzelfde werk, waarbij ieders bijdrage slechts aandeel geeft in het auteursrecht op het geheel, niet doorslaggevend is of uit de samenwerking van twee of meer kunstenaars een zelfstandig kunstwerk is geboren, waarin hun bijdragen tot een esthetische eenheid zijn geworden, maar beslissend is of dit werk is ontstaan door zodanige samenwerking der kunstenaars, dat ieders afzonderlijke bijdrage daarvan niet meer is te scheiden, zodat het buiten het verband van het geheel geen afzonderlijk voorwerp van artistieke beoordeling kan zijn; dat dit laatste als regel juist wel het geval is, indien kunstenaars, die een verschillende kunstsoort beoefenen, te zamen een werk voortbrengen, waarbij dan ieders bijdrage tot het geheel als produkt van diens arbeid op eigen kunstgebied te herkennen blijkt en dan doorgaans, ook gescheiden van het geheel, als kunstwerk is aan te merken’.

De Hoge Raad vond dat dit als regel gold voor de componist die meewerkt aan een geluidsfilm omdat de filmmuziek herkenbaar bleef als schepping van de componist. (Zie over dit arrest de noot van Veegens eronder; Vermeijden, *Auteursrecht en het kinematografisch werk*, diss. 1953, p. 92 e.v.; Pfeffer/Gerbrandy, art. 26, aant. 2; art. 45a Inleiding, p. 383; Verkade/Spoor, nrs. 24 en 246.).

2.13. Voor films is inmiddels het makerschap nader gedefinieerd in het in 1985 ingevoegde art. 45a auteurswet. Ik kom daarover nog te spreken. Maar voor andere werken geldt wat de Hoge Raad hier heeft overwogen in beginsel nog steeds. Het door de Hoge Raad gehanteerde criterium van ‘absolute ondeelbaarheid’ (Vermeijden (Diss., p. 92–93) heeft het voordeel dat het tamelijk helder is: de vraag is of naast het werk waarin de arbeid van meer personen waarneembaar is, het werk van elk van hen afzonderlijk auteursrechtelijk als werk kan gelden, of het gehele werk een optelling vormt van een aantal werken in auteursrechtelijke zin. Verder worden in de gevallen dat een onderdeel uit het geheel afzonderlijk wordt openbaar gemaakt of verveelvoudigd zoveel mogelijk afbakeningsvragen vermeden met betrekking tot de uitoefening of de handhaving van het recht daarop: te weten of sprake is van een openbaarmaking of verveelvoudiging van een deel van het geheel (waartegen dan de andere rechthebbende op het gemeenschappelijk auteursrecht zich bij gebreke van een bepaalde overeenkomst daaromtrent kunnen verzetten — ook als de desbetreffende maker openbaar maakt of verveelvoudigt) (De uitoefening van

het auteursrecht komt aan de rechthebbenden gezamenlijk toe, Verkade/Spoor, nr. 246; Van Lingen, p. 28 onder b.) dan wel van een afzonderlijk werk (waartegen de andere rechthebbenden ten aanzien van het geheel zich niet kunnen weren).

2.14. Maar het nadeel van het criterium is dat het geen recht doet aan de situatie waarin een samenwerking tussen personen er op gericht was een bepaald werk tot stand te brengen en in dat resultaat elementen te herkennen zijn die op zichzelf als werken in auteursrechtelijke zin kunnen worden beschouwd, maar daaruit niet los te maken zijn zonder het geheel aan te tasten. Bij met name films liet zich dat nadeel voelen en ten aanzien van dat soort werken werd dan ook kritiek uitgeoefend op de ‘leer’ van de Hoge Raad. (Veegens in zijn noot onder het arrest, die zich afvraagt (p. 1099) of de leer niet leidt tot verpulvering van het recht; Vermeijden, diss., p. 94 e.v.; Verkade/Spoor, nr. 296, p. 378.).

2.15. In dit verband wil ik ook wijzen op het arrest in de zaak van de Beatrix-postzegel (HR 29 mei 1987, NJ 1987, 1003, m.nt. L. Wichers Hoeth). Uw Raad oordeelde, anders dan mijn toenmalige ambtgenoot mr. Franx, dat het hof niet was uitgegaan van een gemeenschappelijk auteursrecht van de ontwerpers Struycken en Unger op de postzegel.

‘Uitgaande van de kunstzinnige eenheid van het werk als geheel heeft het hof niet anders gedaan dan als zijn oordeel uitspreken dat een vermindering van het geheel in dit geval het persoonlijkheidsrecht schendt zowel van de maker van het portret — die op grond van die kunstzinnige eenheid er aanspraak op kan maken dat zijn aandeel in het werk alleen in combinatie met de bijpassende belettering wordt openbaar gemaakt — als de maker van de belettering — die op dezelfde grond er aanspraak op kan maken dat de postzegel niet met andere dan de door hem ontworpen letters en cijfers wordt openbaar gemaakt of verveelvoudigd’, aldus Uw Raad. (R.o. 5.2.).

Men zou hieruit kunnen opmaken dat Uw Raad tenminste twijfelde over de vraag of hier sprake kon zijn van een gemeenschappelijk auteursrecht op de postzegel want anders zou hij de advocaat-generaal in diens uitleg van ‘s hofs arrest hebben kunnen volgen. Dat is begrijpelijk, want het door Struycken gemaakte portret en de door Unger ontworpen belettering kunnen, meen ik (Anders mr. Franx in zijn conclusie, p. 3495 r.k., laatste volle alinea: ‘Integendeel, bekijkt men de postzegel, dan dringt zich de conclusie op dat noch de letters en de cijfers noch het beeld, afzonderlijk beschouwd, ‘voorwerp van artistieke beoordeling kan zijn’. Ik laat dan nog daar of Struycken en Unger te dezen ‘een verschillende kunstsoort’ beoefenen — quod m.i. non’.), ook los van de postzegel worden beschouwd als een zelfstandig werk, ook als men daartoe bezigt het door de Hoge Raad in 1949 gegeven criterium of het onderdeel van het geheel ‘afzonderlijk voorwerp van artistieke beoordeling’ kan zijn.

2.16. Even een zijsprong. Vermeijden (Diss., p. 93) bekritiseerde dit criterium als verwarrend, omdat het niet gaat om de letterkundige, wetenschappelijke of artistieke

ke waarde. Dit laatste is ongetwijfeld juist in die zin, dat het auteursrecht ook dient ter bescherming van scheppingen van weinig of geen 'kunst'-waarde (Vgl. Verkade/Spoor, nr. 42: niet vereist is of een werk ook nog 'kunst' genoemd kan worden. Zie ook Grosheide, diss., p. 219 en 220 (banaliteit).), maar de kritiek op het arrest kan worden weerlegd door aan te nemen dat de Hoge Raad niet doelde op een beoordeling van de genoemde waarde van het werk maar van het eigen persoonlijke karakter daarvan.

2.17. Het arrest in de zaak van de Beatrix- postzegel toont m.i. aan dat de grens tussen een werk waarop de makers een gemeenschappelijk auteursrecht hebben en een werk waarbij dat niet het geval is, erg vaag kan worden en dat er gevallen zijn waarin dat onderscheid nauwelijks meer te rechtvaardigen valt. Eigenlijk zou ik ook in het geval van die postzegel niet aarzelen om het criterium uit het arrest van 1949 als niet goed bruikbaar opzij te zetten. Het is immers op zijn minst nogal gekunsteld om enerzijds op grond van de 'kunstzinnige eenheid' van het gehele werk van schending van het persoonlijkheidsrecht te spreken als die 'kunstzinnige eenheid' in volgende openbaarmakingen of vereenvoudigingen wordt doorbroken, maar anderzijds die 'kunstzinnige eenheid' weer niet te erkennen als het gaat om de vraag of de beide auteurs op het werk een gemeenschappelijk auteursrecht hebben in de zin van art. 26 Auteurswet.

2.18. Als ik dit in aanmerking neem, moet misschien geconcludeerd worden dat Uw Raad de vraag of in dat geval, niettegenstaande het arrest van 1949, een gemeenschappelijk auteursrecht moet worden aangenomen, bewust in die zaak buiten de orde heeft geplaatst omdat de beantwoording daarvan voor de beslissing niet noodzakelijk was en 's hofs arrest daartoe niet noopte.

2.19. Misschien is het in het algemeen beter om tot uitgangspunt te nemen de eenheid van het door gezamenlijke inspanning tot stand gebrachte werk en daarvan uitgaande voor de beantwoording van de vraag of van een gemeenschappelijk auteursrecht gesproken kan worden, als criterium te nemen of degenen die aan het tot stand komen van het werk hun creatieve bijdrage hebben geleverd (de geestelijke schepping blijft natuurlijk het primaire criterium voor de beoordeling van de auteursrechtelijke relevantie van ieders bijdrage) de bedoeling hadden tot het scheppen van een zodanige eenheid dat hun individuele bijdragen daarvan een onverbreekelijk onderdeel uitmaken. Dit betekent dat het element 'samenwerking' van het criterium van het arrest van 1949 een lading krijgt die verder gaat dan, zoals reeds werd aangenomen (Zie Pfeffer/Gerbrandy, p. 335, tweede en derde alinea; Verkade/Spoor, nr. 246 en nr. 24), de intentie om gezamenlijk een werk tot stand te brengen. Van gemeenschappelijk auteursrecht kan ook sprake zijn wanneer de samenstellende delen van het geheel weliswaar ook los van elkaar 'voorwerp van artistieke beoordeling' kunnen zijn, maar onmiskenbaar is dat een dergelijke gescheiden beoordeling niet naar de bedoeling van de auteurs is. Op deze wijze wordt wat meer invloed toegekend aan de verhouding

tussen de auteurs die ten grondslag ligt aan hun op het tot stand brengen en bestaan van het werk gerichte samenwerking.

2.20. Ik denk eerlijk gezegd dat bij strikte toepassing van het arrest van 1949 te veel nadruk wordt gelegd op het makerschap (in de zin van art. 1 Auteurswet) van elk van de samenstellende delen van het werk en dat daarbij de door de makers beoogde eenheid van het door hen samen vervaardigde werk wat te veel wordt veronachtzaamd. Het lijkt me beter om het accent daarop te leggen waarop het m.i. hoort te liggen: op de door de samenwerkende auteurs beoogde eenheid van het werk in plaats van op het makerschap van de samenstellende delen. Als de makers van die delen de intentie hadden tezamen het werk als een eenheid te scheppen dan moet die intentie ook tot uitdrukking komen in het toekennen van een gemeenschappelijk auteursrecht op die eenheid. Daarmee geef ik niet het makerschap als criterium voor het dragerschap van het auteursrecht op (Zie hierover in internationaal verband o.m. Grosheide, diss., p. 175–189), maar probeer ik aan dat criterium een ruimere dimensie te geven, nl. dat de vraag wie als 'maker' moet gelden mede kan worden bepaald door wat de vervaardigers van het werk daaromtrent voor ogen stond. Dit laatste kan dan bijv. blijken uit wat zij dienaangaande zijn overeengekomen of uit het werk zelf. Het komt mij voor dat wij bij dit alles nog steeds ter harte moeten nemen de retorische vraag van Veevens onder het arrest van 1949 of het makerschap van art. 1 Auteurswet bij het opkomen van nieuwe kunstvormen met de daaraan eigen wijzen van samenwerking niet door de feitelijke verhoudingen wordt bepaald. Dat daarbij de iudex facti een grote speelruimte wordt gelaten is goed: de grote verscheidenheid van (denkbare) gevallen laat zich moeilijk in door de cassatierechter te stellen deelregels vatten.

2.21. Het zal duidelijk zijn dat ik met het voorgaande een gedachte propageer die, met name in verband met het recht van de makers van een film niet alleen reeds destijds door Vermeijden (Diss., p. 94 e.v.) is verdedigd en is overgenomen door Verkade en Spoor (Nr. 296, p. 378), maar ook inmiddels voor filmwerken in de wet is opgenomen. (Zie over de film, behalve het reeds genoemde boek van Vermeijden, o.m. Pfeffer/Gerbrandy, hoofdstuk V; Verkade/Spoor, hoofdstuk XIV; Dietz, Urheberrecht in der EG, p. 85 e.v.; Ulmer, par. 27 en 36; Hubmann, par. 16.) Sinds de wet van 30 mei 1985 tot aanpassing van de Auteurswet 1912 aan de Akte van Parijs van de Berner Conventie (Stb. 307), bepaalt het tweede lid van art. 45a Auteurswet:

'Onverminderd het in de art. 7 en 8 bepaalde worden als de makers van een filmwerk aangemerkt de natuurlijke personen die tot het ontstaan van het filmwerk een daartoe bestemde bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd.'

Blijkens de memorie van toelichting (Bijl. Hand. II 1980–1981, 16740, nr. 3, p. 11) wordt hier gedacht aan de regisseur, de scenarioschrijver, degene die een bestaand werk met het oog op de verfilming bewerkt, de componist van de filmmuziek, de cameraman.

2.22. Gerbrandy (Pfeffer/Gerbrandy, p. 391–392) is het op grond van het arrest van 1949 niet met Vermeijden en Verkade/ Spoor eens dat degenen die hebben bijgedragen aan de totstandkoming van een film onder de vigeur van art. 26 een gemeenschappelijk auteursrecht als bedoeld in die bepaling toekwam en is dan ook van oordeel dat art. 45a een ander ‘maker’-begrip hanteert dan elders in de wet.

2.23. Dat de wetgever uitgaat van een gemeenschappelijk auteursrecht op de film als geheel, dat onderscheiden moet worden van het auteursrecht op de bijdragen afzonderlijk, blijkt uit de memorie van toelichting op wetsontwerp 16740. (P. 11, voorlaatste en laatste alinea).

Daarom is ook begrijpelijk dat hij in de nota naar aanleiding van het eindverslag (Stuk nr. 12, p. 7–8.) voor de beschermingsduur na schrapping van het voorgestelde art. 39 kon terugvallen op de regeling van art. 37 lid 2. Ik vraag mij dan ook, anders dan Gerbrandy (P. 392) opmerkt, af of wel onderscheid moet worden gemaakt tussen het gemeenschappelijk auteursrecht dat in art. 45a is uitgedrukt en dat waarover art. 26 handelt. Ik denk eerder dat wij moeten aannemen dat de nieuwe regeling meebrengt dat het arrest van 1949 sterk aan betekenis heeft ingeboet voor gevallen die met het hier geregelde trekken gemeen hebben.

2.24. Dit leidt mij terug naar de foto. De vraag die ik thans heb te beantwoorden is of een uit samenwerking van verschillende personen voortvloeiend gemeenschappelijk auteursrecht op een foto bestaanbaar is. In verband daarmee moet ik eerst iets zeggen over de vraag of foto's door de gezamenlijke scheppende inspanning van meer personen tot stand kunnen komen. Met andere woorden: kan er in auteursrechtelijke zin sprake zijn van meer dan een maker of blijven we voor het makerschap aangewezen op ‘de’ fotograaf?

2.25. Naar mij is gebleken uit enig onderzoek dat ik voor deze zaak heb uitgevoerd — literatuur blijkt overigens niet voorhanden te zijn — komt het in de wereld van tijdschriften en reclame geregeld voor dat bij het maken van foto's voor tijdschriftartikelen en reclamedoeleinden zgn. fotostilisten worden betrokken. Het gaat om een nog jong vak, waarvoor tegenwoordig ook een opleiding bestaat. (Een van mijn informanten doceert aan zo'n opleiding). Ofschoon het zal voorkomen dat de fotostilist die wordt betrokken bij het maken van bepaalde foto's slechts gebruikt wordt als loopjongen of -meisje die de te fotograferen requisieten mag be- en verzorgen, blijkt zijn of haar taak als het goed is in essentie een andere te zijn, te weten het samenstellen van het te fotograferen beeld. Daarbij zal het vaak aankomen en moeten aankomen op een nauwe samenwerking met de betrokken fotograaf, die zich in de regel zal concentreren op de belichting en de andere technische aspecten van de fotografie (en daar ook vaak de handen vol aan zal hebben) en anderen, bijv. het fotomodel en de visagist. Op die wijze komt door gezamenlijke inbreng, die ook voortkomt uit de creativiteit van elk van de betrokkenen, uiteindelijk de foto tot stand. Bij een dergelijke rolverdeling zal de fotograaf zich verantwoordelijk weten voor de kwaliteit en de artistieke

van de foto, terwijl de verantwoordelijkheid voor de — laat ik het neutraal zeggen — compositie die op de foto wordt afgebeeld ligt bij de fotostilist.

2.26. Aldus, naar ik mij heb laten vertellen, meer dan eens de werkelijkheid. Maar die kan ook anders liggen. Het spreekt, meen ik, bijna vanzelf dat het van de bekwaamheid, de creativiteit, de ervaring maar ook van het karakter van de verschillende hier genoemde personen zal kunnen afhangen hoe de verhoudingen precies liggen. Daarbij zal, naar het mij voorkomt, ook het onderwerp van de afbeelding van belang kunnen zijn. Bij een zeer eigen interieur- of modecompositie van de stilist op een foto in een exclusief tijdschrift op dat gebied zal de inbreng van deze groter zijn dan bij een vrij simpele compositie van een pizza op boerenbont in ongevraagd drukwerk van de plaatselijke supermarkt. Alhoewel ook het maken van de meest simpel ogende foto bijzonder veel creativiteit kan vereisen.

2.27. Met deze vormen van fotografie zijn we weer wat in de buurt gekomen van onze zaak. De principiële vraag is dan of degene die de compositie maakt die op de foto wordt afgebeeld, (mede) als maker van de foto kan worden beschouwd in die zin dat hij daarop (mede) auteursrecht heeft.

2.28. Als men met de schrijvers

(Zie hierboven noot 2) aanneemt dat de keuze en compositie van het te fotograferen onderwerp juist van belang kunnen zijn voor de vraag of de foto voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt, omdat het eigen persoonlijk karakter van de foto kan zijn gelegen in die keuze en compositie, dan moet het antwoord op deze vraag logischerwijze bevestigend luiden. Men kan toch moeilijk volhouden dat de auctor intellectualis van een voor auteursrechtelijke bescherming noodzakelijke eigenschap van de foto niet (mede) als maker van de foto kan worden beschouwd.

2.29. Ik kan voorts moeilijk aannemen dat wat in het algemeen geldt voor een auteursrechtelijk beschermd werk voor het maken van een foto anders zou zijn. Integendeel, juist omdat de fotografie — ook als kunstvorm — in beginsel onbestaanbaar is zonder een reeds bestaande waarneembare, tastbare werkelijkheid (ik laat de zuiver elektronische beeldvorming nu even buiten beschouwing) en zich daarmee onderscheidt van bijv. de schilderkunst of de beeldhouwkunst die aan een gedachte reeds genoeg kunnen hebben om de handen van de kunstenaar in beweging te zetten, zal het door meer personen scheppen (in auteursrechtelijke zin) van het door middel van de fotografie gereproduceerde object eerder denkbaar zijn dan het gezamenlijk scheppen van een schilderij of beeldhouwwerk.

2.30. Het is in mijn ogen dus mogelijk dat niet alleen degene die het fototoestel bedient en de techniek van de fotografie beheerst — de fotograaf — als maker (in auteursrechtelijke zin) van de foto moet worden beschouwd, maar ook degene die de geestelijke schepper is van het afgebeelde object, als dat object tenminste met het oog op het maken van de foto is geschapen en daarbuiten geen zelfstandige betekenis heeft, omdat anders niet kan worden gesproken van een maken van de foto, maar eerder van een afzonderlijke

schepping (eventueel een werk in auteursrechtelijke zin) die door middel van fotografie gereproduceerd wordt. Van het gezamenlijk maken van een foto kan dus worden gesproken, wanneer elk van de daartoe samenwerkende personen een eigen auteursrechtelijke relevante inbreng heeft. Het kan m.i. zelfs zo zijn dat de eigen inbreng van de fotograaf — met name ook op het punt van het vervaardigen van de foto — zo gering moet worden geacht dat sprake is van een door art. 6 Auteurswet voorziene situatie. Ik kom daarop straks nog even terug.

(Zie hierna onder 2.40) 2.31. Wat ik hiervoor heb gesteld komt er in essentie op neer dat in voorkomend geval voor het gezamenlijk makerschap van een foto kan worden aangeknoopt bij de omschrijving in art. 45a Auteursrecht van de makers van een film. Ook bij het maken van een foto kan, zoals ik zojuist heb uiteengezet, door verschillende personen een ‘daartoe bestemde bijdrage van scheppend karakter’ zijn geleverd. Let wel: die bijdrage moet, zoals gezegd, bestemd zijn voor de foto, net zoals de bijdrage van de regisseur of de cameraman bestemd zijn voor de film, en zij moet van een ‘scheppend karakter’ zijn, hetgeen naar mijn mening wil zeggen dat het karakter dat de foto tot fotografisch werk maakt mede te danken moet zijn aan die bijdrage.

2.32. Het is opvallend dat ik bij geen enkele van de door mij geraadpleegde auteurs het onderhavige punt besproken vond. De gedachte dat een foto door nog anderen dan alleen ‘de fotograaf’ (Onder de fotograaf wil ik ter vermijding van begripsverwarring blijven verstaan degene die de foto-opname maakt.) kan worden gemaakt in auteursrechtelijke zin is kennelijk (nog) geen gemeengoed. Dat weerhoudt mij er echter niet van die gedachte hier als plausibel te presenteren.

2.33. Ik keer dan nu eindelijk weer terug naar de onderhavige zaak. Het hof heeft, naar ik meen, tamelijk veel nadruk gelegd op de technische kant van de fotografie. Dat blijkt met name uit de r.o. 5.2 en 5.3 van het bestreden arrest. Maar, zoals ik al heb opgemerkt, voor de auteursrechtelijke bescherming is dat technische aspect niet doorslaggevend. Niet de techniek maar de geestelijke schepping vormt immers de component die een werk auteursrechtelijk relevant doet zijn.

2.34. Ik denk dat, anders dan ik hierboven heb uiteengezet, het hof zich voor de definitie van wat een fotografisch werk in auteursrechtelijke zin is, te veel heeft laten leiden door de techniek van de opname en te weinig door de schepping die in de afbeelding wordt belichaamd. Daarom meen ik dat het hof, in algemene termen overwegende in r.o. 5.5 dat het ‘rangschikken, hoe kunstig en medebepalend voor het uiteindelijk te bereiken resultaat — de foto — ook’ niet het medemaken van een fotografisch werk in de zin van de Auteurswet is, heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot het begrip maken in de zin van de wet. Als de werkzaamheid die het hof in r.o. 5.4 beschrijft en die het, naar ik in het arrest lees, met de woorden ‘dit rangschikken’ samenvat — het hof beperkt zich dus niet tot het enkele rangschikken —, ‘kunstig’ en ‘medebepalend voor ... de foto’ waren, en

daarmee wordt door het hof kennelijk bedoeld: medebepalend voor het karakter van de afbeelding op de foto, dan kan in haar algemeenheid niet juist zijn de kennelijk door het hof gehuldigde opvatting dat die werkzaamheid niet relevant kan zijn voor de vraag of degenen die haar hebben verricht (mede) als makers van de foto en dus (mede) als auteursrechthebbenden daarop hebben te gelden.

2.35. Ervan uitgaande dat ik 's hofs arrest aldus goed lees, meen ik daarom dat de subonderdelen 1a en 1c van het principale middel in zoverre slagen en dat het arrest niet in stand kan blijven.

2.36. Uit wat ik hierboven heb betoogd moge duidelijk zijn dat het van de concrete feiten zal afhangen of de werkzaamheid van de personen die van de kant van Kluwer bij het maken van de foto's in kwestie waren betrokken, moeten worden aangemerkt als het (mede) maken van die foto's. Die beoordeling zal opnieuw moeten worden verricht.

2.37. Subonderdeel 1b van het principale middel mist m.i. feitelijke grondslag want berust op een verkeerde lezing van het arrest, zoals duidelijk moge worden uit wat ik hierboven onder 2.34 heb opgemerkt: het hof heeft met ‘dit rangschikken’ in r.o. 5.5 kennelijk de in r.o. 5.4 omschreven werkzaamheden samengevat. Lees ik het arrest echter verkeerd, dan slaagt ook dit onderdeel naar mijn mening, reeds omdat zonder nadere redengeving niet begrijpelijk is waarom het hof alleen het rangschikken van de voorwerpen van belang acht.

2.38. Onderdeel 2 van het principale middel gaat m.i. uit van een verkeerde lezing van r.o. 5.7. Daarin gaat het naar ik meen niet over wie de maker van de foto is maar over de vraag of de foto's een eigen karakter bezitten en dus auteursrechtelijke bescherming genieten. Maar ik wil de steller van het middel wel toegeven dat mij onjuist voorkomt dat het hof voor die vraag alleen de activiteiten van Lamoth in beschouwing neemt. Dat vloeit echter voort uit 's hofs reeds met recht door onderdeel 1 bestreden beslissing in r.o. 5.5–6 dat alleen Lamoth de maker is. In zoverre gaat het onderdeel wel op maar mist het tevens naast onderdeel 1 zelfstandige betekenis.

2.39. Onderdeel 3 van het principale middel bestrijdt r.o. 5.8. Daarin heeft het hof geoordeeld dat de werkzaamheden van Lamoth zodanig waren dat Kluwer niet — naar het hof hier kennelijk bedoelt — in haar verhouding tot Lamoth moet worden aangemerkt als degene die in de zin van art. 6 Auteurswet maker is van de foto's. Dit artikel gaat weliswaar over het geval dat enig scheppende arbeid wordt verricht door de personen die onder toezicht en leiding van een ander een werk vervaardigen, maar kent het makerschap en daarmee het auteursrecht toe aan laatstgenoemde als de ‘schepper van de grondgedachte’ (Zie over art. 6 Pfeffer/Gerbrandy, p. 45–48; Verkade/Spoor, nr. 22; HR 28 juni 1940, NJ 1941, 110 (m.nt. E.M. Meijers).) . Het hof heeft klaarblijkelijk de door het hof omschreven inbreng van Lamoth van zodanig scheppend gehalte geoordeeld dat niet gesproken kan worden van een geval als waarop dit artikel het oog heeft.

2.40. Ik meen dat 's hofs oordeel, waarin besloten ligt dat Kluwer in ieder geval niet als de enige maker van de foto's kan gelden, geen blijk geeft van miskennen van art. 6 Auteurswet. Daarbij zou ik willen opmerken dat niet al te snel kan worden aangenomen dat de fotograaf niet als maker van de foto kan worden aangemerkt. Daarvan zou m.i., in het algemeen gesproken, eerst sprake kunnen zijn als ten aanzien van zijn werkzaamheden met betrekking tot het vervaardigen van de foto (invalshoek, belichting enz.) zich een situatie, als door art. 6 Auteurswet voorzien, voordoet. Een stelling van die strekking ben ik in de stukken echter niet tegengekomen. Voor het overige is 's hofs oordeel zozeer verweven met waarderingen van feitelijke aard dat het in cassatie niet op zijn juistheid is te toetsen. Onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is het niet. Het middelonderdeel faalt dan ook naar mijn mening.

2.41. Het eerlijk gezegd wat moeilijk te doorgronden onderdeel 4 van het principale middel faalt bij gemis aan feitelijke grondslag. Het berust m.i. nl. op een verkeerde lezing van het arrest. Het hof heeft, als ik met name r.o. 5.13 goed lees, nu juist nog opengelaten of Lamoth tot zelfstandige exploitatie van de foto's gerechtigd is. En van een exploitatie door Lamoth zelf buiten Kluwer om van de foto's met de bijbehorende tekst rept het arrest met geen woord. Dat is begrijpelijk, want ik heb ook nergens in de stukken gelezen dat Lamoth dat van plan was.

2.42. De klacht van onderdeel 5 van het principale middel faalt m.i. eveneens. Het bewijsaanbod van Kluwer op p. 17 van de memorie van antwoord in het principaal appel, tevens memorie van grieven in het incidenteel appel, betrof de gang van zaken met dia's of duplicaat- opnamen die agenten van fotomateriaal die persbureaus vertegenwoordigen, onder zich hebben. Kluwer stelde dat het bestendig gebruikelijk was in de branche dat na het verbreken van de relatie het in het archief van de agent aanwezige materiaal behouden en doorverkocht mag worden. 'Het persbureau', aldus het betoog, 'vraagt dit niet terug en de betreffende fotografen ook niet'. Kluwer bood dit te bewijzen aan.

2.43. In r.o. 5.18 maakt het hof duidelijk dat het gaat om een 'verbintenisrechtelijke verhouding' tussen Lamoth en Kluwer, op grond waarvan de door Lamoth gemaakte dia's eigendom van Kluwer zouden hebben kunnen worden of op grond waarvan Lamoth zijn recht om deze dia's van Kluwer op te vorderen, zou hebben verloren. Nu kennelijk en begrijpelijk het hof in de stellingen van Kluwer niet heeft gelezen dat tussen haar en Lamoth een 'verbintenisrechtelijke verhouding' bestond die dezelfde was of vergelijkbaar met die tussen de door Kluwer genoemde agent en het door deze vertegenwoordigde persbureau of fotograaf, heeft het hof het bewijsaanbod van Kluwer, gelijk het kennelijk heeft gedaan, als niet ter zake dienende kunnen passeren.

2.44. Ik kom nu aan de incidentele middelen.

2.45. Nu de onderdelen 1 en 3 van het principale middel naar mijn mening slagen komt het voorwaardelijk opgeworpen middel I aan de orde. Het berust m.i. op een verkeerde lezing van het arrest. Het hof heeft in r.o. 5.5 als ik het goed zie niet geoordeeld dat het daar be-

doelde 'rangschikken' een werk was in de zin van de Auteurswet.

2.46. Middel II keert zich tegen r.o. 5.12. De klachten, die gebaseerd zijn op het uitgangspunt dat alleen Lamoth het auteursrecht op de foto's toekomt, behoeven m.i. geen behandeling als Uw Raad mij zou volgen in wat ik heb opgemerkt ten aanzien van het principale middel, met name het eerste onderdeel daarvan.

2.47. Overigens meen ik dat het middel opgaat. Wanneer met het middel en het hof ervan moet worden uitgegaan dat Lamoth als enige het auteursrecht heeft op de foto's, is de gedachtengang van het hof mij niet duidelijk.

2.48. Als het hof ervan is uitgegaan dat de met betrekking tot het maken van de foto's tussen Kluwer en Lamoth gesloten overeenkomst(en) ook de verdere exploitatie van de foto's in zoverre beheerst (beheersen) dat de goede trouw in het kader van die verhouding meebrengt dat Lamoth zijn medewerking aan — waarmee het hof kennelijk bedoelt: zijn toestemming tot — die verdere exploitatie in combinatie met de bij de foto's behorende artikelen niet zal mogen weigeren indien Kluwer hem daarvoor een redelijke vergoeding aanbiedt, acht ik zonder nadere redengeving niet duidelijk op grond waarvan de bedoelde goede trouw dit i.c. meebrengt. En als het hof zou hebben geoordeeld dat op grond van de enkele omstandigheid dat Lamoth enig auteursrecht hebbende met betrekking tot de foto's is, hij te goeder trouw die toestemming niet zou mogen weigeren, zie ik niet waarop het hof dat baseert. Dat zou neerkomen op een soort buitenwettelijke dwanglicentie.

2.49. Ik ben aan het einde gekomen van mijn betoog. Omdat ik van mening ben dat het principale middel slaagt en het bestreden arrest niet in stand kan blijven, bereik ik de volgende conclusie.

### **3. Conclusie**

Deze strekt tot vernietiging van het arrest van het Amsterdamse Hof van 7 april 1988 en tot verwijzing van de zaak naar een aangrenzend hof.