

Dommering-bundel

Opstellen over informatierecht aangeboden aan prof. mr. E.J. Dommering

redactie:

Nico van Eijk

Bernt Hugenholtz

Dit boek is mede totstandgekomen dankzij
een financiële bijdrage van
het Instituut voor Informatierecht (IViR)



ISBN 97 890 71894 558

© 2008 Nico van Eijk en Bernt Hugenholtz
EINDREDACTIE TEKSTEN: Marcel Dellebeke
FOTO E.J. DOMMERING: Govert de Roos
VORMGEVING: Toine Post
DRUK: Krips bv
PAPIER: Bioset 90 gr
BINDWERK EN BLINDDRUK: Binderij Callenbach
De opstellen zijn gezet uit de Lexicon Roman,
ontworpen door Bram de Does.

De kunst van het onzichtbaar blijven

Het auteursrecht van de reproductiefotograaf

Remy Chavannes*

INLEIDING

Toen een van Egberts medewerkers hem desgevraagd eens vertelde dat hij het weekend had doorgebracht met vrienden in Antwerpen, vroeg Egbert hem: “O, wat voor tentoonstelling was daar dan?”. De uit die vraag sprekende verwachting is typisch voor Egberts grote liefde voor kunst, die inderdaad veel van zijn reizen inspireert.

Wie al dan niet op aanraden van Egbert een museum bezoekt, komt daar vaak bordjes tegen met “verboden te fotograferen”. Achterop de briefkaarten in de museumwinkel staat even vaak een copyrightvermelding van het museum. Die bordjes en ©-tekens staan meestal niet alleen bij werken van kunstenaars die niet of minder dan 70 jaar dood zijn. Kennelijk willen veel musea gebruik en exploitatie van afbeeldingen van hun kunstwerken reguleren. Gegeven de kosten die musea maken om van de werken in hun collectie hoogwaardige reproducties te maken en hun vaak beperkte financiële middelen, is dat alleszins begrijpelijk. Maar, doelredeneringen daargelaten, daarmee is de auteursrechtelijke vraag nog niet beantwoord: pleeg ik werkelijk auteursrechtinbreuk als ik op basis van een briefkaart van de Nachtwacht duizend Nachtwachtbekers laat maken? Heb ik echt de toestemming van het Louvre nodig om mijn dichtbundel te illustreren met een afbeelding van de Mona Lisa afkomstig van de museumwebsite?

In dit artikel bespreek ik de auteursrechtelijke beschermbaarheid van fotografische reproducties van hoofdzakelijk tweedimensionale kunstwerken (schilderkunst, fotografie, handschriften etc.). Reproducties van driedimensionale objecten (beeldhouwwerken, meubels, etc.) blijven buiten beschouwing. Het gaat mij niet om de vraag of het origineel beschermd is en of de reproductie daarop inbreuk maakt. Ook buiten beschouwing blijven allerlei interessante (kunst)historische vragen over de verhouding tussen origineel en reproductie,

* Mr. R.D. Chavannes is advocaat te Amsterdam.

De auteur bedankt Cecile van der Harten (afdeling Beeld, Rijksmuseum Amsterdam) en Anneke Franken van Bloemendaal (Brinkhof) voor hun hulp bij de totstandkoming van dit artikel.

de interactie tussen fotografie en andere beeldende-kunstvormen, de kunstzinnigheid van kopieën en het effect van kunstreproducties op de creatie en exploitatie van originele kunstwerken.¹ Het gaat mij om de auteursrechtelijke bescherming en exploitatie van de reproductie als zodanig. Kan een reproductiefotograaf, die zich juist uitslooft om het originele werk zo getrouw en objectief mogelijk weer te geven en dus zo min mogelijk eigens toe te voegen, desondanks aanspraak maken op auteursrechtelijke bescherming van zijn reproductie? Andersom: houdt een fotograaf wiens reproductie juist wel blijk geeft van een eigen oorspronkelijk karakter zich wel aan zijn opdracht?

Ik pas de relevante auteursrechtelijke criteria toe op (het maken van) fotografische kunstreproducties en maak enkele uitstappen naar het verleden en het buitenland. Op basis daarvan concludeer ik dat – hoeveel tijd, moeite en deskundigheid er ook zitten in het maken van een goede reproductie en hoe begrijpelijk de wens van met name musea ook is om herexploitatie van hun reproducties te reguleren – fotografische reproducties van tweedimensionale kunstwerken in beginsel niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Tot slot sta ik daarom kort stil bij overige juridische constructies, in het bijzonder het eigendomsrecht op het origineel en contractuele afspraken met afnemers.

HET MAKEN VAN REPRODUCTIEFOTO'S

Alvorens in te gaan op de auteursrechtelijke analyse van reproductiefoto's is het van belang kort stil te staan bij de soorten reproductiefoto's die er zijn en de manier waarop zij worden gemaakt – ook al is dat een proces dat zich moeilijk in alleen woorden laat vatten.

Reproductiefotografie heeft tegenwoordig over het algemeen geen eigen artistieke pretentie, anders dan in de negentiende eeuw en bij oudere reproductietechnieken zoals de gravure doorgaans wel het geval was. In de achttiende en negentiende eeuw werd over het algemeen gedacht dat een reproductie een eigen interpretatie moest zijn van het kunstwerk en dus gemaakt moest worden door een kunstenaar.²

In de museale praktijk van vandaag worden reproductiefoto's om verschillende redenen gemaakt, maar de primaire functie is de ontsluiting van de collectie ten behoeve van conservatoren, restauratoren, onderzoekers en bezoekers. Die zijn over het algemeen geïnteresseerd in het origineel en niet in de persoonlijke visie van de reproductiefotograaf. Dit soort reproductiefotografie, ook wel omschreven als 'ontsluitingsreproductiefotografie', streeft er daarom in begin-

sel naar het object zo neutraal, objectief en getrouw mogelijk weer te geven, in al zijn details: niets weglaten, maar ook niets toevoegen. Niets aan het reproductieproces moet de aandacht afleiden van het origineel. Er is daarom, zo is gebleken uit gesprekken met betrokkenen, een groeiende tendens om gebruik te maken van een zo veel mogelijk gestandaardiseerd reproductieproces. De belangrijkste technische kenmerken van de foto worden vastgelegd in digitale opnameprofielen, die het mogelijk maken om de kleurruimte te standaardiseren. Hiervoor wordt ook een kleurreferentiekaart meegefotografeerd, waarmee kleurechtheid kan worden behouden van origineel naar digitale reproductie naar gedrukt eindresultaat.

Vooraf bij kunstwerken die niet rechthoekig zijn, komt bij het maken van een reproductiefoto per definitie de achtergrond in beeld. Die kan vervolgens weer weggesneden worden, zodat het werk alsnog vrijstaand wordt afgebeeld. Fotograaf of conservator kunnen ook kiezen voor een achtergrond en belichting die naar hun smaak goed aansluiten bij het kunstwerk. Het resultaat is een reproductiefoto met een meer eigen karakter. Van een en hetzelfde kunstwerk worden in de praktijk regelmatig in dezelfde studiosessie verschillende reproductiefoto's gemaakt: een kale ontsluitingsreproductie en een meer geïndividualiseerde reproductiefoto voor bijvoorbeeld marketingdoeleinden.³

Het maken van een goede reproductiefoto is moeilijker dan het lijkt. Het vergt aanzienlijk vakmanschap van de reproductiefotograaf om 'buiten beeld' te blijven. Het uitsluiten van weerkaatsingen en andere kleurinterferentie vergt bijvoorbeeld een zorgvuldige, aparte belichting voor elk specifiek object, met verschillende lampen, reflectieschermen en andere hulpstukken. Schilderij en lijst worden apart gefotografeerd en desgewenst achteraf in de computer gecombineerd. Grotere objecten zoals tapijten worden op de grond uitgesteld en dan vanaf een hoge stelling gefotografeerd.⁴ Dit zijn soms extreem complexe operaties.⁵

Niet iedere reproductiefoto wordt overigens met een camera gemaakt. Sommige grafische werken kunnen goed gereproduceerd worden door ze op een scanner te leggen. Ook dan heeft een deskundige gebruiker allerlei technische instellingen en bewerkingen tot zijn beschikking om te komen tot een optimale reproductie – en ook daar wordt zo veel mogelijk met gestandaardiseerde profielen gewerkt.

Het maken van zo exact mogelijk reproducties dient dus in de meeste gevallen

een praktisch doel: het originele werk reproduceren en daardoor ontsluiten, catalogiseren, of te gebruiken voor publicitaire of commerciële doeleinden (boeken, maar ook pennen en blocnotes). Reproductiefotografie is daarnaast een integraal onderdeel van restauratieprojecten en dient zodoende ter documentatie van de behandelingen- en toestandsgeschiedenis van de kunstwerken in de collectie. Er zijn echter ook fotografen die reproductiefoto's maken met uitgesproken artistieke pretenties. Sherrie Levine bijvoorbeeld is een fotograaf die de mythe van het meesterwerk wil deconstrueren. Haar serie 'After Walker Evans' bestaat uit een serie fotografische kopieën van foto's van Walker Evans, voorzien van haar eigen handtekening.⁶ Er is een bredere stroming kunstenaars die, door het simpel kopiëren of met eindeloze precisie recreëren van beroemde foto's, opkomt tegen de orthodoxie van originaliteit als criterium voor kunstzinnigheid.⁷

AUTEURSRECHTELIJKE BESCHERMING VAN REPRODUCTIEFOTO'S

Het ontstaan van auteursrechtelijke bescherming van foto's

Er is sinds de uitvinding van de fotografie in 1839 uitgebreid en principieel gediscussieerd over de vraag of een foto überhaupt auteursrechtelijk beschermd kan worden en, zo ja, onder welke voorwaarden. Volgens sommigen was fotografie niets meer dan het fysiek vastleggen, het letterlijk reproduceren van de werkelijkheid: daar was geen kunst aan. Volgens anderen was fotografie net zo zeer een potentieel expressiemiddel voor kunstenaars als een kwast of een beitel: ieder resultaat moest op zijn eigen merites beoordeeld worden, onafhankelijk van de gebruikte techniek.⁸ Fotografie had een ingewikkelde dubbelrol in de negentiende-eeuwse discussies over auteursrecht, als slachtoffer en als dader: als techniek of kunstvorm die al dan niet *beschermd* moest worden en als nieuwe reproductietechniek *waartegen* zowel 'echte' kunstwerken als traditionele reproductietechnieken zoals gravuren beschermd moesten worden.⁹

Tijdens de diplomatieke conferenties van 1884 en 1885 die leidden tot de Berner Conventie (BC) is na veel overleg gekozen voor een tijdelijke oplossing. Blijkens het afsluitende protocol bij de conventie gold het beginsel van nationale behandeling in die zin dat landen die hun eigen onderdanen auteursrechtelijke bescherming voor foto's boden (zoals Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk), die bescherming ook moesten bieden aan onderdanen van andere aangesloten staten, ook als die een dergelijke bescherming niet kenden (zoals Duitsland). Wel werd vastgelegd dat een fotografische reproductie van een beschermd werk evenzeer beschermd moest worden, maar daarbij ging het slechts om een afgeleide bescherming (en dus om een open deur).¹⁰

Eveneens in 1884 sauveerde de US Supreme Court de beslissing van een lagere rechter dat er auteursrecht bestond op een serie foto's van Oscar Wilde gemaakt door Napoleon Sarony.¹¹ Fotografie was weliswaar doorgaans “the mere mechanical reproduction of the physical features or outlines of some object, animate or inanimate, and involves no originality of thought or any novelty in the intellectual operation connected with its visible reproduction in shape of a picture”. Dat gold echter niet voor de foto's van Sarony, gemaakt “entirely from his own original mental conception, to which he gave visible form by posing the said Oscar Wilde in front of the camera, selecting and arranging the costume, draperies, and other various accessories in said photograph, arranging the subject so as to present graceful outlines, arranging and disposing the light and shade, suggesting and evoking the desired expression, and from such disposition, arrangement, or representation, made entirely by plaintiff, he produced the picture in sui”.

Tijdens de onderhandelingen over wijziging van de Berner Conventie in Parijs in 1896 werd ten aanzien van fotografie weinig vooruitgang geboekt. Tijdens de wijzigingsconferentie in Berlijn in 1908 bleek inmiddels echter een brede internationale consensus te bestaan dat fotografie op enigerlei wijze bescherming verdiende. Het nieuwe artikel 3 BC legde vast dat ook fotografische werken beschermd moesten worden, maar liet de aard en mate van bescherming over aan een latere wijzigingsconferentie. In Brussel werd in 1948 fotografie gepromoveerd naar de enuntiatieve opsomming van literaire en artistieke werken in artikel 2 lid 1 BC en werd het specifieke artikel 3 geschrapt. Pas in 1967 werd in Stockholm overeenstemming bereikt over een minimale beschermingsduur voor fotografische werken: 25 jaar na schepping (artikel 7 lid 4 BC).

De opname van fotografie in artikel 2 lid 2 BC kan gezien worden als een overwinning voor diegenen die alleen bescherming wilden verlenen aan ‘artistieke’ fotografie en dus niet aan ‘alledaagse’ fotografie. Ricketson maakt echter duidelijk dat de vraag naar de beschermbaarheid van fotografie daarmee onderdeel is geworden van de bredere, nog altijd onopgeloste vraag naar het juiste criterium voor originaliteit en intellectuele schepping.¹²

Uit het onderzoek van Rooseboom blijkt dat Nederlandse fotografen en hun uitgevers in de praktijk al vanaf de jaren '60 van de negentiende eeuw foto's konden opsturen naar het Ministerie van Justitie om ze te laten registreren voor de kopijrechtelijke bescherming op basis van de wet van 1817.¹³ Er lijkt echter sprake te zijn geweest van een tamelijk illusoire bescherming: het Ministerie

registreerde de foto's onder voorbehoud van 's rechters oordeel over de vraag of foto's überhaupt konden worden aangemerkt als kunstwerken in de zin van de wet. Jurisprudentie hieromtrent heeft Rooseboom niet kunnen vinden. De oproep die jurist en fotograaf Eduard Isaac Asser in 1865 deed om auteursrecht op foto's behoorlijk te regelen¹⁴ werd uiteindelijk pas beantwoord met de Auteurswet 1912.

De fotografische werktoets

Vandaag de dag staat buiten twijfel dat foto's auteursrechtelijke werken *kunnen* zijn, mits zij de gewone werktoets doorstaan. In navolging van de Berner Conventie noemt artikel 10 lid 1 sub 9 Aw fotografische werken expliciet als voorbeeld van beschermde werken.

Hoewel het auteursrechtelijke werkbegrip in zijn algemeenheid niet Europees geharmoniseerd is, geldt dat wel voor het *fotografische* werkbegrip. Artikel 6 van de Duurrichtlijn¹⁵ bepaalt namelijk: "Foto's die oorspronkelijk zijn in de zin dat zij een eigen schepping van de auteur zijn, worden overeenkomstig artikel 1 beschermd. Om te bepalen of de foto's voor bescherming in aanmerking komen, mogen geen andere criteria worden aangelegd. De lidstaten kunnen voorzien in de bescherming van andere foto's." Overweging 16 van de considerans licht dit als volgt toe: "Voor de bescherming van foto's gelden in de lidstaten uiteenlopende regelingen. Een fotografisch werk in de zin van de Berner Conventie moet als oorspronkelijk worden beschouwd wanneer het gaat om een eigen schepping van de auteur die de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid, met uitsluiting van andere criteria zoals de verdiensteljkheid of de bedoeling ervan. De bescherming van andere foto's dient aan de nationale wetgever te worden overgelaten."

Voor auteursrechtelijke bescherming van foto's is dus vereist dat de foto een eigen schepping van de auteur is, die de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid. De verwijzing naar 'andere foto's' ziet op quasi-nabuurrechtelijke beschermingsregimes zoals het hierna te bespreken Duitse 'Leistungsschutzrecht',¹⁶ die echter in Nederland niet bestaan. Geschriftenbescherming geldt hoogstens voor tekst en niet voor foto's¹⁷ en beschermt dan ook alleen tegen 'overschrijven'.¹⁸

Een foto is op te vatten als de organisatie van de verschillende elementen met een bepaalde compositie van het beeld, bepaald door de opnamehoek, het lijnenspel, licht en belichting, kleuren en contrasten. De vastlegging is vervolgens

mede afhankelijk van allerlei technische variabelen: camera, lens, film, diafragma, brandpuntafstand, sluitertijd, lichtgevoeligheid, witbalans, et cetera. Daarna is nog volop ruimte voor bewerking via verschillende afdruktechnieken, fotocollages of digitale beeldbewerking.

Het feit dat er zo veel variatiemogelijkheden zijn – en dat iedere foto dus per definitie allerlei van dit soort technische kenmerken heeft – wil niet zeggen dat iedere foto per definitie een werk is. Het veel gehoorde adagium dat ‘vrijwel ieder vakantiekiekie’ wel een werk is,¹⁹ is dus niet meer dan een ervaringsregel van overigens twijfelachtige juistheid. Bij de auteursrechtelijke bescherming van fotografische werken komt het vooral aan op de aanwezigheid van (kenbare) subjectieve elementen en de bepaling van de eigen keuzes die de fotograaf al dan niet heeft gemaakt. Of, in de woorden van de A-G in zijn conclusie bij de *Kluwer/Lamoth*-zaak: “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”.²⁰

Een in dit verband relevant precedent vormt de uitspraak van de Maastrichtse rechtbank, van zes maanden na *Kluwer/Lamoth*, over showroomfoto’s van bankstellen. Volgens de rechtbank waren de foto’s geen beschermd werk omdat de persoonlijke inbreng van de fotograaf – gezien het eindproduct – verregaand ondergeschikt was aan de kennelijke doelstelling van een natuurgetrouwe en professioneel technisch correcte registratie van de te fotograferen voorwerpen.²¹ De uitspraak is vooral opmerkelijk – maar daarmee nog niet onjuist – omdat het ging om foto’s van driedimensionale objecten, waarbij het dus veel eerder voor de hand ligt om aan te nemen dat het kiezen van opnamehoek en belichting kan leiden tot een voldoende originele creatie. Wel beschermd waren volgens het Hof Amsterdam in 1988 een aantal reclamefoto’s van prei, chinese kool, kasspi nazie en andere groente: “De bij het maken van deze foto’s gekozen belichting, afstand en richting waren, naar bij beschouwing er van valt op te merken, elementen waarvan de schepper van het werk zich naar zijn keuze heeft bediend en die dus niet de vorm van het werk bij voorbaat in overheersende mate hebben bepaald en niet de eigen schepping van de maker van het werk in de weg gestaan hebben”.²²

De casus die leidde tot het *Kluwer/Lamoth*-arrest betrof de samenwerking tussen

een freelance-fotograaf en diverse redacteuren van handwerktijdschrift Ariadne, waaronder een styliste, bij de totstandkoming van foto's van vervolgens in het blad afgebeelde handwerken. Hoewel de redacteuren in overwegende mate de selectie en rangschikking van de handwerken hadden bepaald, konden zij volgens het Hof (r.o. 5.5) geen (mede-) auteur van de uiteindelijke foto's zijn, hoe kunstig en medebepalend dit rangschikken voor het uiteindelijk te bereiken resultaat – de foto – ook was geweest. De Hoge Raad casseert dit oordeel (r.o. 3.4) als zijnde een te overwegend technische opvatting omtrent de samenhangende begrippen 'fotografisch werk' en 'maker van een fotografisch werk'. Kort gezegd gaat het bij de vaststelling of een foto een werk is en, zo ja, wie de maker is, niet alleen om (de acties van) degene die de camera heeft bediend.

De Hoge Raad heeft zich helaas niet rechtstreeks uitgesproken over de vraag die voor mijn onderwerp het meest interessant is, namelijk of de foto's überhaupt beschermde werken waren en, zo ja, of fotograaf Lamoth bij het in beeld brengen van de geënceneerde breiwerken van de Ariadne-redactie wel voldoende had gedaan om zelf als (mede) auteur in aanmerking te komen. De Hoge Raad vernietigt (r.o. 3.5) het oordeel van het Hof (r.o. 5.7 en 5.8) dat de foto's moeten worden aangemerkt als werk en Lamoth als maker daarvan, als zijnde gebaseerd op dezelfde overwegend technisch opvatting. Die redenering lijkt op het eerste gezicht merkwaardig: het Hof heeft feitelijk vastgesteld dat Lamoth voldoende creatieve keuzes heeft gemaakt om hem maker te laten zijn, zodat de door de Hoge Raad bevolen extra aandacht voor de rol van de redactie er hooguit toe kan leiden dat zij medeauteur wordt.

Van belang is echter dat uitgever Kluwer zich had beroepen op artikel 6 Auteurswet. Na vernietiging zou de feitenrechter dus opnieuw moeten bezien of de zeggenschap van de redactie zodanig was geweest, dat Lamoth's creatieve keuzes hem in werkelijkheid door de redactie waren voorgeschreven. Gegeven de overwegende invloed van de redactieleden, was de inbreng van de fotograaf mogelijk niet meer dan het onder hun leiding en toezicht zo letterlijk mogelijk reproduceren van hun composities, zodat hij geen eigen werk maakte maar hoogstens het (zelfstandige) werk van de redactie reproduceerde. De zaak is echter na terugverwijzing geschikt, zodat wij nooit zullen weten of de handwerkfoto's nu wel of niet auteursrechtelijk beschermd waren.

*Rechtsvergelijking*²³

Anders dan in Nederland kent de Belgische rechtspraak wel een uitspraak die rechtstreeks gaat over de hier aan de orde zijnde materie. Het Belgische Hof van

Cassatie oordeelde in 1998 in een zaak over de overname van reproductiefoto's uit de tentoonstellingscatalogus 'Torens van Babel': "Overwegende dat het voor een werk, om die bescherming te genieten, nodig maar voldoende is dat het de uitdrukking is van de intellectuele inspanning van de maker ervan, welke voorwaarde onontbeerlijk is om aan het werk het vereiste individuele karakter te geven waardoor een schepping ontstaat; overwegende dat het vonnis vaststelt dat de foto waarvoor eiseres de auteursrechtelijke bescherming inroept, hoewel hij technisch uitstekend is, 'een eenvoudige weergave vormt van een kunstwerk' en, zoals de overige foto's in de oorspronkelijke catalogus van de tentoonstelling, eveneens een loutere weergave is van een bepaald werk, en een 'uitsluitend informatief karakter' heeft; dat het vonnis aldus te kennen geeft dat de bedoelde foto geen uitdrukking is van een intellectuele inspanning van de maker ervan die het individueel karakter eraan geeft waardoor een schepping ontstaat; overwegende dat het vonnis door dit te beslissen op grond van die vaststellingen, zijn beslissing naar recht verantwoordt; dat het onderdeel niet tot cassatie kan leiden (...)."²⁴

Ook in Duitsland kunnen fotografische reproducties van tweedimensionale kunstwerken vermoedelijk niet genieten van auteursrechtelijke bescherming.²⁵ En hoewel het Duitse recht een Leistungsschutzrecht kent voor niet-originele foto's (§ 72 UrhG), is ook dat recht vermoedelijk niet van toepassing op reproductiefotografie. Het Bundesgerichtshof oordeelde in het *Bibelreproduktion*-arrest uit 1989 dat reproductiefoto's van een zestiende-eeuwse geïllustreerde bijbel niet beschermd werden door het Leistungsschutzrecht, omdat ook voor dat recht nog wel sprake moest zijn van "ein Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung".²⁶ Volgens het *Telefonkarte*-arrest uit 2000 is daarvan in elk geval geen sprake als de foto "nicht mehr als die bloße technische Reproduktion einer vorhandenen Darstellung ist".²⁷

De *Bridgeman Art Library/Corel Corp.*-uitspraak heeft in 1999 voor opschudding gezorgd in de Amerikaanse museale wereld.²⁸ De inzet was de verkoop door softwareproducent Corel van een cd-rom met daarop enkele honderden hoogwaardige digitale reproducties van beroemde kunstwerken uit de reproductieverzameling van de Britse Bridgeman Art Library. Corel erkende de overname, maar stelde dat de kunstwerken inmiddels al lang in het publieke domein waren en dat de digitale reproducties daarvan geen werk waren. District Judge Lewis A. Kaplan volgde dat standpunt: "In this case, plaintiff by its own admission has labored to create 'slavish copies' of public domain works of art. While it may be assumed that this required both skill and effort, there was no spark of origi-

nality – indeed, the point of the exercise was to reproduce the underlying works with absolute fidelity. Copyright is not available in these circumstances.”

Omdat er discussie was over toepasselijkheid van Brits recht, heeft rechter Kaplan de zaak ook naar Brits recht beoordeeld en wederom in het voordeel van Correl beslist. Hij leunt daarbij zwaar op het handboek van Laddie, die drie soorten originaliteit in fotografische werken onderscheidt: “It is obvious that although a man may get a copyright by taking a photograph of some well-known object like Westminster Abbey, he does not get a monopoly in representing Westminster Abbey as such, any more than an artist would who painted or drew that building. What, then, is the scope of photographic copyright? As always with artistic works, this depends on what makes his photograph original. Under the 1988 Act the author is the person who made the original contribution and it will be evident that this person need not be he who pressed the trigger, who might be a mere assistant. Originality presupposes the exercise of substantial independent skill, labour, judgment and so forth. For this reason it is submitted that a person who makes a photograph merely by placing a drawing or painting on the glass of a photocopying machine and pressing the button gets no copyright at all; but he might get a copyright if he employed skill and labour in assembling the thing to be photocopied, as where he made a montage. It will be evident that in photography there is room for originality in three respects. First, there may be originality which does not depend on creation of the scene or object to be photographed or anything remarkable about its capture, and which resides in such specialties as angle of shot, light and shade, exposure, effects achieved by means of filters, developing techniques etc.: in such manner does one photograph of Westminster Abbey differ from another, at least potentially. Secondly, there may be creation of the scene or subject to be photographed. We have already mentioned photo-montage, but a more common instance would be arrangement or posing of a group. . . Thirdly, a person may create a worthwhile photograph by being at the right place at the right time. Here his merit consists of capturing and recording a scene unlikely to recur, e.g. a battle between an elephant and a tiger ...”.²⁹

Kaplan verwijst vervolgens naar een uitspraak uit 1989 waarin de Britse Privy Council (de beroepsrechter voor bepaalde zaken uit overzeese deelgebieden, in dit geval Hong Kong) bepaalde dat “skill, labour or judgment merely in the process of copying cannot confer originality”.³⁰ Ook de transformatie van de originele werken naar het nieuwe fotografische medium maakt die reproducties nog geen werk: “(...) A copy in a new medium is copyrightable only where,

as often but not always is the case, the copier makes some identifiable original contribution. In the words of the Privy Council in *Interlogo AG* ‘there must [...] be some element of material alteration or embellishment which suffices to make the totality of the work an original work’.”

De uitspraak van de District Court is nog niet geciteerd of bevestigd door een hogere rechter, maar is buiten de museumwereld over het algemeen instemmend ontvangen.³¹

In de *Mannion*-zaak uit 2005 geeft dezelfde rechter Kaplan opnieuw aan de hand van het handboek van Laddie college over auteursrecht en fotografie. Kaplan benadrukt, net als de A-G in *Kluwer/Lamoth* overigens, dat het niet gaat om de beschikbaarheid van technische keuzemogelijkheden maar het resultaat dat de fotograaf daarmee bereikt: “Decisions about film, camera, and lens, for example, often bear on whether an image is original. But the fact that a photographer made such choices does not alone make the image original. ‘Sweat of the brow’ is not the touchstone of copyright. Protection derives from the features of the work itself, not the effort that goes into it.”³²

Juist vanwege het feit dat de *Bridgeman*-uitspraak mede naar Brits recht was geweest, heeft deze ook in de Britse literatuur veel discussie opgeleverd. De reacties zijn gemiddeld wat negatiever geweest dan in de Amerikaanse literatuur.³³ De Britse museumvereniging liet een juridische analyse schrijven met de conclusie dat *Bridgeman* geen consequenties heeft voor het Britse recht en zelfs naar Amerikaans recht geen precedentwaarde heeft.³⁴ Queen Mary, University of Londen weidde in 2007 een congres aan het onderwerp, inclusief een ‘re-enactment’ van de zaak.³⁵ *Bridgeman* won deze keer, op het argument dat een foto per definitie niet hetzelfde is als een schilderij en dus geen loutere kopie kon zijn.³⁶ Volgens fungerend rechter Edwards ontleent een goede kunstreproductie zijn kwaliteit aan “the skill, labour and judgement of the photographer” en moet het daarom beschermd worden. Edwards liet de vraag open of dat voldoende was om te kunnen spreken van een ‘eigen schepping’ in de zin van artikel 6 Duurrichtlijn, omdat het Britse auteursrecht nu eenmaal een ruimer originaliteitsbegrip kent. “Skill, labour and judgement” maken echter geen deel uit van de Nederlandse werktoets.

Tussenconclusie

Een reproductiefoto van een plat kunstwerk zal vrijwel altijd afwijken van het origineel. Dat is echter niet op zichzelf een reden om aan te nemen dat de repro-

ductie een eigen oorspronkelijk karakter heeft. Waar verschillen bestaan tussen het origineel en de reproductiefoto, zijn die namelijk vooral het gevolg van de beperkingen van de gebruikte reproductietechniek. Volledige kleurechtheid is per definitie onmogelijk. Olieverfpigment heeft een breder – en in elk geval een ander – kleurenpalet dan fotofilm, fotopapier of een computerbeeldscherm. Een reproductiefoto is maar vanuit één hoek genomen en kan dus niet overbrengen hoe een kunstwerk van kleur verschiet als de kijker vanaf een andere hoek kijkt. Een reproductiefoto is volledig tweedimensionaal en kan dus dikke verfkloeders of andere oppervlakedetails niet letterlijk reproduceren. Vrijwel steeds geldt dat de verschillen tussen origineel en reproductie geen creatieve keuze van de reproductiefotograaf zijn maar een tekortkoming in de reproductietechniek.

Reproductiefotografie is moeilijk en bewerkelijk, juist omdat de maker zo onzichtbaar mogelijk wil blijven. In de regel zijn reproductiefoto's daarom – bewust – gevrijwaard van een eigen oorspronkelijk karakter en het persoonlijke stempel van de reproductiefotograaf. Toepassing van de in Nederland geldende werktoets kan mijns inziens daarom niet anders dan tot de conclusie leiden dat reproductiefoto's van tweedimensionale kunstwerken in beginsel geen auteursrechtelijk beschermde werken zijn. Die conclusie wordt niet anders door het signeren van de reproductie of het toevoegen van een ©-teken. Ook technisch vakmanschap – bijvoorbeeld in de vorm van kleurechtheid, het vermijden van weerkaatsing van de flits of het scherp in beeld krijgen van zowel schilderij als lijst – kan van een uitstekende reproductiefotograaf geen maker in auteursrechtelijke zin maken.

Zelfs het feit dat het voor musea commercieel – en misschien wel principieel – wenselijk is om het gebruik van fotografische reproducties in enige mate te reguleren, is voor de auteursrechtelijke analyse niet van belang. De financiering van kunstinstituten is een vraag van algemeen belang, niet een factor voor de uitleg van het auteursrecht. En als doelredeneringen wel de auteursrechtelijke kwalificatie mogen beïnvloeden, zijn er ook goede beleidsargumenten aan te voeren tegen het aanvaarden van auteursrecht op reproductiefoto's. Gegeven het ontbreken van oorspronkelijkheid zou dat immers gevaarlijk dicht in de buurt komen van het aanvaarden van auteursrecht op basis van commercieel belang, technische verdienstelijkheid of 'sweat of the brow'. Zorgvuldige kunstenaars kunnen zich daarmee dan bovendien een de facto monopolie verschaffen op het afbeelden van hun kunstwerken, ook al zijn die honderden of duizenden jaren oud. Zo'n oneindig reproductierecht is onnodig en onwenselijk vanuit het oogpunt van de informatievrijheid.

Dit alles wil uiteraard niet zeggen dat reproductiefoto's nooit auteursrechtelijk beschermd kunnen zijn, maar wel dat daarvoor sprake moet zijn van iets extra's. Daarbij kan gedacht worden aan elementen zoals een niet-neutrale achtergrond of belichting, de aanwezigheid van een specifieke enscenering, een originele uitsnede. Die eigen inbreng kan dus komen van de fotograaf, maar ook van een 'stylist', zoals een conservator, die kunstwerken op een originele wijze samenbrengt of neerzet. Het spreekt voor zich dat, als op basis van een of meer dergelijke trekken geconcludeerd kan worden dat een bepaalde reproductiefoto auteursrechtelijk beschermd is, dat recht alleen beschermt tegen overname van die beschermde trekken. Een reproductie van de Nachtwacht kan bijvoorbeeld auteursrechtelijk beschermd zijn omdat het doek is gefotografeerd tegen een originele achtergrond, vanuit een originele hoek of met een originele conservator op de voorgrond; een kopie van de reproductie die deze beschermde trekken weglaat is niet inbreukmakend.

GEEN AUTEURSRECHT: WAT NU?

Wat er ook zij van de juridische merites van auteursrechtelijke claims ten aanzien van reproductiefoto's, het is een feit dat dergelijke aanspraken veelvuldig worden gemaakt. In de praktijk worden zij ook regelmatig geëerbiedigd. Dat kan komen omdat de gebruiker onvoldoende juridische kennis of financieel belang heeft om ze te betwisten. Veeleer hebben musea echter andere gronden waarop zij ten minste enige controle kunnen uitoefenen over het gebruik van reproducties van hun werken, nog afgezien van het feit dat zij als grootafnemers van de kunstboekenuitgevers toch al een behoorlijk invloed hebben.

Een museum dat zich niet kan beroepen op auteursrecht op origineel of reproductie, kan in de meeste gevallen wel terugvallen op zijn eigendomsrecht op het kunstwerk en op de ruimte waar het hangt. Het eigendomsrecht op een object omvat echter niet per definitie het recht om fotografische reproductie van het object te verbieden of reguleren. Het fotograferen van een object kan op zichzelf bezwaarlijk worden gezien als een aantasting van – of inmenging in – het recht op ongestoord genot van eigendom.³⁷ Het aanvaarden van een dergelijke reikwijdte van het eigendomsrecht zou bovendien een veel verdergaande bescherming met zich meebrengen dan op grond van het auteursrecht mogelijk zou zijn, te weten een bescherming die eeuwigdurend is en ook van toepassing is op niet-auteursrechtelijk beschermde werken.

Een museum kan echter wel op basis van zijn 'huisrecht' voorwaarden stellen aan het mogen betreden van het museum, waaronder een (al dan niet geclau-

suleerd) verbod op het fotograferen van kunstwerken. Ook overigens kan het contractenrecht uitkomst bieden. Een uitgever die een kunstwerk wil reproduceren maar niet in het bezit is van een voldoende hoogwaardige reproductie, is in principe aangewezen op de medewerking van het museum dat het kunstwerk bezit en dus een reproductie heeft of kan (laten) maken. Het museum dat wordt gevraagd om een hoge-kwaliteit reproductie van een kunstwerk ten behoeve van een publicatie, kan voorwaarden stellen aan het verstrekken van zo'n reproductie. Het kan bijvoorbeeld een vergoeding vragen die al dan niet mede afhankelijk is van de omvang van het overeengekomen gebruik en ieder ander gebruik van het verstrekte bestand verbieden anders dan het beoogde en overeengekomen gebruik.

Hoewel het in veel bilaterale verhoudingen niet zal uitmaken of afspraken over het gebruik van reproducties zijn gebaseerd op auteursrecht op de reproductie of op eigendom van het origineel, is dat onderscheid voor de verdere exploitatie wel degelijk van belang. Als er auteursrecht bestaat op de reproductie, dan is dat een absoluut recht dat de maker jegens een ieder kan uitoefenen. Een contractuele afspraak tussen een museum en een afnemer heeft geen derdenwerking en beschermt het museum dus niet tegen hergebruik door afnemers van de afnemer. Het ontbreken van auteursrecht op reproductiefoto's geeft uitgevers geen recht op medewerking van musea bij de verkrijging van digitale bestanden in het gewenste format, maar betekent wel dat zij in beginsel vrijelijk kunnen overnemen uit catalogi, posters, briefkaarten en dergelijke. Als de kwaliteit daarvan onvoldoende is (en iedere lithograaf zal bevestigen dat een reproductie in een kunstboek een belabberde basis is voor een nieuwe publicatie) dan is men toch weer aangewezen op het museum.

Maar een hoge-kwaliteitsbestand is vogelvrij zodra het buiten het feitelijke of contractuele bereik van het museum raakt, bijvoorbeeld doordat een medewerker van de reproductieafdeling zijn laptop in de tram laat liggen of een afnemer zijn contractuele verplichting schendt om het bestand niet te gebruiken anders dan voor de overeengekomen reproductiehandeling. Het is immers een niet-auteursrechtelijk beschermde reproductie van een niet-auteursrechtelijk beschermd origineel. Derden zijn niet gebonden aan de contractuele afspraak tussen museum en oorspronkelijke afnemer. Het is niet ondenkbaar dat in uitzonderlijke omstandigheden sprake zou kunnen zijn van een onrechtmatige daad, bijvoorbeeld als sprake is van het op commerciële schaal organiseren en faciliteren van een dergelijk lek.³⁸ Ook is denkbaar dat digitale bestanden worden voorzien van een onzichtbaar watermerk, waardoor een gelekt bestand kan

worden herleid tot een bepaalde contractspartij. Gecombineerd met stevige contractuele boetes zorgt dat in elk geval voor enige beveiliging van de distributieketen.

- 1 Zie daarover bijvoorbeeld R. Verhoogt, *Art in Reproduction; Nineteenth-Century Prints after Lawrence Alma-Tadema, Jozef Israëls and Ary Scheffer*, Amsterdam: AUP 2007.
- 2 Fotografie werd minder geschikt geacht, omdat het mechanische karakter ervan de reproductiekunsten naar onvoldoende in staat zou stellen om de ideeën en de gedachte achter het originele kunstwerk te vertalen. Zie S. E. Asser en R. Verhoogt, 'Photogrammen in roode omslagen, Adolphe Braun & Cie in het Rijksmuseum', in: Bartelings e.a. (red.), *Beelden in veelvoud, De vermenigvuldiging van het beeld in prentkunst en fotografie*, Leids Kunsthistorisch Jaarboek 12, Leiden: Primavera Pers 2002, p. 348.
- 3 Voor conservatoren en restauratoren worden soms ook nog opnames met strijklucht gemaakt, zodat de verfextuur duidelijk zichtbaar wordt. Zonodig worden ook signatuur, achterkant, et cetera gefotografeerd.
- 4 Zie ook de presentatie van reproductiefotograaf Philip de Bay op het Londense seminar 'Corel vs. Bridgeman: Copyrighted Creativity or Commerce?' uit 2007, http://www.mileproject.eu/asser_arena/document/AR/DELIVERABLE_D4.O_MILE_IPR_CASE_STUDY_SEMINAR.PDF (ook: <http://tinyurl.com/3achna>). Zoals hierna zal blijken onderschrijf ik niet de juridische conclusie die De Bay aan zijn betoeg verbindt.
- 5 Zie bijvoorbeeld het fantastische relaas over de reproductie van de serie 'Unicorn'- tapijten in het Metropolitan Museum: 'Capturing the Unicorn. How two mathematicians came to the aid of the Met', *New Yorker* 11 april 2005, http://www.newyorker.com/archive/2005/04/11/050411fa_fact (ook: <http://tinyurl.com/2n27v9>).
- 6 Zie o.a. L.A. Greenberg, 'The art of appropriation: puppies, piracy and post-modernism', *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* Vol. 11:1, 1992, p. 21.
- 7 Zie bijvoorbeeld de tentoonstellingscatalogus *Photographs Beget Photographs*, Minneapolis Institute of Arts 1998.
- 8 Over de artistieke status en auteursrechtelijke bescherming van fotografie in de negentiende eeuw, zie o.a. Hans Rooseboom, *De schaduw van de fotograaf, Positie en status van een nieuw beroep: fotografie in Nederland, 1839-1889* (diss. Utrecht 2006), p. 190-209, <http://igitur-archive.library.uu.nl/dissertations/2007-0123-200523/full.pdf> (ook: <http://tinyurl.com/2qzha2>).
- 9 Rooseboom, a.w., p. 204; Robert Verhoogt, *Art in Reproduction*, Amsterdam: AUP 2007, p. 105 e.v.
- 10 S. Ricketson, 'International conventions', in: Y. Gendreau c.s., *Copyright and Photographs: An International Survey*, Kluwer 1999, p. 19.
- 11 *Burrow-Giles Lithographic Co. v Sarony*, 111 U.S. 53 (1884). De foto's zijn o.a. te vinden op <http://www.humnet.ucla.edu/humnet/clarklib/wildphot/sarony.htm> (ook: <http://tinyurl.com/ytehcu>).
- 12 Ricketson, a.w., p. 25.
- 13 Rooseboom, a.w., p. 191-200.
- 14 E.L. Asser, 'Eigendomsrecht bij voortbrengselen der photographie', *Tijdschrift voor Photographie* 2 (1865), p. 185-188.
- 15 Richtlijn 2006/116/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten. Het is een gecodificeerde, inhoudelijk ongewijzigde versie van de oorspronkelijke Duurrichtlijn (Richtlijn 93/98/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten), zoals die nadien was gewijzigd.
- 16 Walter, in M.M. Walter (red.), *Europäisches Urheberrecht, Kommentar*, Wenen: Springer 2001, p. 596.
- 17 Volgens Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, 3e druk, p. 90, gaat het dan niet alleen om drukwerk, maar ook om andere geschriften, waarbij zij als voorbeeld noemen: handschriften of typoscripten. Zie verder o.a. P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie* (diss. Amsterdam uva), Deventer: Kluwer 1989, p. 46. Vergelijk de voorbeelden die worden aangehaald in T. Cohen Jehoram, 'Copyright in Non-Original Writings: Past - Present - Future?', in: J.J.C. Kabel & G.J.H.M. Mom (red.), *Intellectual Property and Information Law, Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, Den Haag: Kluwer 1998, p. 107 en in Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, 3e druk, § 3.19. Een bekende uitzondering heeft betrekking op technische tekeningen: HR 8 februari 2002, NJ 2002, 515 m.nt. JHS (*EP/Regulateurs*). Annotator Spoor is kritisch op de beslissing van het Hof dat de geschriftenbescherming van toepassing kon zijn op deze tekeningen, welke beslissing door A.G. Langemeijer "enigszins verrassend" wordt genoemd maar overigens geen onderdeel uitmaakte van de procedure in cassatie. Hugenholtz uit dezelfde kritiek in zijn noot in AMI 2002, p. 129. Zie ook V.zr. Rb. Alkmaar 7 augustus 2007, Mediaforum 2007-10, nr. 36 m.nt. D. Stols (*St. Baas in Eigen Huis/Jaap.nl*), waarin foto's van te koop staande woningen worden aangemerkt als integraal onderdeel van de schriftelijke woningomschrijvingen en als zodanig ook onder de geschriftenbescherming vallen. De uitspraak is inmiddels (op andere gronden) vernietigd door Hof Amsterdam 13 december 2007, LJN BC 0125. De auteur vertegenwoordigde in deze procedure Jaap.nl.

- 18 Zie o.a. Van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, 6e druk, p. 59.
- 19 Zie o.a. Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, 3e druk, p. 66.
- 20 HR 1 juni 1990, NJ 1991, 377 m.nt. DWFV, § 2.3.
- 21 Rechtbank Maastricht 29 november 1990, *Informatierecht/AMI* 1990, p. 32 m.nt. Spoor (Cuijpers/Limburgs Dagblad).
- 22 Hof Amsterdam 8 december 1988, NJ 1990, 356 (DTG/Sluis), r.o. 4.1.
- 23 Zie verder ook: Y. Gendreau c.s., *Copyright and Photographs: An International Survey*, Kluwer 1999.
- 24 Hof van Cassatie 10 december 1998, rolnr. C950284N (SOFAM/Gallerij Montevideo), *Arresten van het Hof van Cassatie 1998* (516) (ook: <http://tinyurl.com/3ytf4n>).
- 25 J. Schlingloff, "Fotografieren verboden!", *Zivilrechtliche Probleme bei der Herstellung und Reproduktion von Lichtbildern ausgestellter Kunstwerke*, *Archiv für Presserecht* 1992, nr. 2, p. 114 (onder verwijzing naar verdere vindplaatsen): "Die fotografische Reproduktion eines Originalkunstwerkes durch slichtes, möglichst naturgetreues, gegenständliches Abfotografieren ist in aller Regel nicht urheberrechtsfähig."
- 26 BGH 8 november 1989, I ZR 14/88, GRUR 1990, 669, 673. Zie ook http://de.wikisource.org/wiki/Bundesgerichtshof_-_Bibelreproduktion (ook: <http://tinyurl.com/3c77zs>).
- 27 BGH 7 december 2000, I ZR 146/98. http://de.wikipedia.org/wiki/Bildrechte#Zweidimensionale_Vorlagen (ook: <http://tinyurl.com/3xnu4f>).
- 28 36 F. Supp. 2d 191 (S.D.N.Y.) 1999 en 25 F. Supp. 2d 421 (S.D.N.Y.) 1998, <http://tinyurl.com/27xctg>.
- 29 Hugh Laddie, Peter Prescott & Mary Vitoria, *The Modern Law of Copyright and Design* (1995), § 3.56.
- 30 *Interlego AG v Tyco Industries*, 1 A.C. 217 (P.C. 1989), 3 All E.R. 949, 970 (1988).
- 31 Zie o.a. Mitch Tuchman, 'Inauthentic works of art: Why Bridgeman may ultimately be irrelevant to art museums', *Columbia - vLA Journal of Law & the Arts* 24 (2001), p. 287-315. Veel van de argumenten waarop de zaak werd beslist waren al naar voren gebracht door K. Connolly Butler, 'Keeping the world safe from naked-chicks-in-art refrigerator magnets: The plot to control art images in the public domain through copyrights in photographic and digital reproductions', *Hastings Communications and Entertainment Law Journal* 21 (1998), p. 110 e.v.
- 32 *Mannion v Coors Brewing Co.*, 377 F. Supp. 2d 444, 456-61 (S.D.N.Y.) 2005, <http://tinyurl.com/3bjr83>.
- 33 Zie o.a. Kevin Garnett, 'Copyright in Photographs', *EIPR* 2000, p. 229-237 (voorzitter van auteursrecht op reproductiefoto's); Ronan Deazley, 'Photographing Paintings in the Public Domain: A Response to Garnett', *EIPR* 2001, p. 179-184 (tegenstander van auteursrecht op reproductiefoto's); Simon Stokes, *Art and Copyright*, Hart 2001, p. 103-113.
- 34 <http://www.museumscopyright.org.uk/bridge.htm>.
- 35 Zie <http://www.mileproject.eu/ixbin/indexplus?record=ART73> (ook: <http://tinyurl.com/yqvxa7>).
- 36 Aldus het verslag van Christine Reifa op IPKitten, <http://ipkitten.blogspot.com/2007/05/ipkat-special-report-qms-workshop-on.html> (ook: <http://tinyurl.com/2y6ve6>).
- 37 Vergelijk ten aanzien van het Duitse recht J. Schlingloff, "Fotografieren verboten!" *Zivilrechtliche Probleme bei der Herstellung und Reproduktion von Lichtbildern ausgestellter Kunstwerke*, *Archiv für Presserecht* 1992, nr. 2, p. 112-114.
- 38 Vergelijk diverse uitspraken over het om commercieel gewin faciliteren van structurele auteursrechtinbreuk door derden, besproken in R.D. Chavannes, 'Brein/KPN: Het gevaar van een bagatel?', *Mediaforum* 2007-6.