

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.207.806/01

Zaaknummer rechtbank : 4926219 \ RL EXPL 16-8585

arrest van 3 juli 2018

inzake

P

wonende te

appellant,

hierna te noemen: P

advocaat: mr. A.J.J. Kreutzkamp te Valkenburg aan de Geul,

tegen

[h.o.d.n. iFACILITATE,

wonende te

geïntimeerde,

hierna te noemen: V

—> advocaat: mr. M Driessen te Rotterdam.

1. Het geding

1.1. Bij exploit van 3 januari 2017 is P.... in hoger beroep gekomen van een door de rechtbank Den Haag, sector kanton, tussen partijen gewezen vonnis van 3 oktober 2016, zoals verbeterd bij vonnis van 10 november 2016. Bij arrest van 28 februari 2017 is een comparitie van partijen gelast. De comparitie heeft plaatsgevonden op 9 mei 2017. Van de comparitie is proces-verbaal opgemaakt. Bij memorie van grieven heeft P vier grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord met producties heeft V de grieven bestreden. Vervolgens hebben partijen de stukken overgelegd en arrest gevraagd.

2. De feiten

2.1. De door de rechtbank bij het vonnis van 3 oktober 2016 vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal uitgaan van die feiten, aangevuld met feiten die het hof heeft vastgesteld.

2.2. V is een professioneel fotograaf die zijn foto's door middel van zijn eenmanszaak iFacilitate exploiteert.

2.3. V heeft de kleurenfoto "Godess in Gold" (hierna: de foto) gemaakt.

2.4. P heeft de foto gepubliceerd op de website www.mrfortunate.com en op zijn facebookpagina: [www.facebook.com/ fortunategold](http://www.facebook.com/fortunategold) (hierna gezamenlijk aangeduid als: de

websites).

3. Het geschil

3.1. V heeft in eerste aanleg gevorderd dat de kantonrechter, bij vonnis zo veel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, gedaagde veroordeelt:

- zich met onmiddellijke ingang na dagtekening van het vonnis te onthouden van iedere inbreuk op de auteursrechten van V, althans van iedere inbreuk op de auteursrechten van V op het werk "Godess in Gold";

- tot betaling aan V van € 2.732,00, althans een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen bedrag, binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis als schadevergoeding, te vermeerderen met wettelijke rente over dit bedrag vanaf 18 november 2015, althans de dag van betekening van de dagvaarding, dan wel vanaf een in goede justitie door de kantonrechter te bepalen datum, tot aan de dag van betaling;

- tot betaling van de kosten van het geding ten bedrage van €3.640,00, overeenkomstig het bepaalde in 1019h Rv, al dan niet mede als vergoeding van kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte, te vermeerderen met het griffierecht van € 223,00, de kosten van betekening van de dagvaarding van € 87,16 en de nakosten van € 100,- of € 131,- in het geval van betekening van het vonnis, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis, en – in het geval dat betaling van de (na)kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na dagtekening van het vonnis tot aan de dag van betaling.

3.2. De kantonrechter heeft het gevorderde verbod toegewezen en P veroordeeld tot betaling van de gevorderde schadevergoeding en proceskostenvergoeding. Naar het oordeel van de kantonrechter berust het auteursrecht op de foto bij V en heeft P daarop inbreuk gemaakt door het tonen van de foto op de websites. Er is ook sprake van inbreuk op de persoonlijkheidsrechten van V, omdat P de foto heeft bewerkt door daarop de teksten 'model: Zoë Filomena' en 'mrFORTUNATE Gold' te plaatsen. De schade heeft de kantonrechter aan de hand van de tarieven van de Stichting Foto Anoniem begroot op € 2.732,00. Na verbetering van het vonnis van 3 oktober 2016 bij herstellvonnis van 10 november 2016 zijn de proceskosten begroot op een bedrag van € 4.300,16.

3.3. In hoger beroep vordert P dat het hof beide vonnissen vernietigt en opnieuw rechtdoende de vorderingen alsnog afwijst, met veroordeling van V in de kosten van beide instanties. Met zijn grieven bestrijdt P het oordeel van de kantonrechter dat P inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht (grief 1) en op het persoonlijkheidsrecht van V (grief 2) en maakt hij bezwaar tegen de hoogte van de schadevergoeding (grief 3) en de proceskostenveroordeling (grief 4). Verweij bestrijdt de grieven.

4. De beoordeling

inbreuk auteursrecht

4.1. Grief 1, die is gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat P inbreuk heeft

gemaakt op het auteursrecht van V treft geen doel. Daarbij staat voorop dat niet in geschil is dat de foto een auteursrechtelijk beschermd werk is en dat V de maker van dat werk is.

4.2. Het betoog van P dat het model dat op de foto staat afgebeeld (hierna: het model) hem had meegedeeld dat zij rechthebbende was van de foto en dat P er dus van mocht uitgaan dat V het auteursrecht had overgedragen aan het model, moet worden gepasseerd. V heeft terecht opgemerkt dat de gestelde mededeling van het model aan P niet relevant is. Het gaat erom of het auteursrecht daadwerkelijk is overgedragen (en geleverd bij de daarvoor door artikel 2 van de Auteurswet vereiste akte). Gesteld noch gebleken is dat dat het geval is. Integendeel, V verklaart uitdrukkelijk dat het auteursrecht nog bij hem rust. Daar komt bij dat tussen partijen vaststaat dat op de aan P geleverde foto de naam van V in combinatie met het *copyright*-teken (©) staat. Gelet daarop had P niet zonder nader onderzoek ervan uit mogen gaan dat het model de rechthebbende is.

4.3. Partijen zijn het er over eens dat V het model toestemming heeft gegeven de foto te gebruiken ten behoeve van promotie van haarzelf als model. Het verweer van P dat zijn gebruik van de foto onder die toestemming valt, moet worden verworpen. Uit de screenprints van de websites die V heeft overgelegd (producties 4 en 5 in eerste aanleg) blijkt duidelijk dat via die pagina's goud wordt aangeboden. Dergelijk gebruik van de foto moet naar het oordeel van het hof worden aangemerkt als gebruik van de foto ter promotie van goud, in plaats van het toegestane gebruik van de foto ter promotie van het model als model. Voor zover P heeft bedoeld te betwisten dat via de websites goud werd aangeboden, kan die betwisting geen stand houden in het licht van de eigen verklaring van P tijdens de comparitie in hoger beroep dat het model wat geld kon verdienen doordat zij een percentage kreeg van bijvoorbeeld het goud dat via de site werd verkocht. Aan levering van bewijs op dit punt komt het hof daarom niet toe.

inbreuk persoonlijkheidsrecht

4.4. Ook grief 2, die is gericht tegen het oordeel van de kantonrechter over de inbreuk op het persoonlijkheidsrecht, slaagt niet.

4.5. Het hof is van oordeel dat in ieder geval het toevoegen van de tekst 'Fortunate Gold' in grote letters over de foto heen kan worden aangemerkt als een wijziging in het werk in de zin van artikel 25, eerste lid, sub c van de Auteurswet. Krachtens dat artikel kan V zich tegen die wijziging verzetten tenzij dat verzet in strijd zou zijn met de redelijkheid.

4.6. Het verzet is in dit geval niet in strijd met de redelijkheid. V voert aan dat de foto een kunstzinnige uiting is en dat de publicatie van de gewijzigde versie daarvan in het kader van de activiteiten van MrFortunate afbreuk doet aan de exclusiviteitswaarde van de foto en zijn naam als fotograaf. P bestrijdt het kunstzinnige karakter van de foto niet, maar betoogt dat de foto niet dusdanig is gemanipuleerd dat het werk niet meer fatsoenlijk als kunstzinnige uiting zichtbaar bleef. Dat betoog kan niet slagen. V kan zich redelijkerwijs er tegen verzetten dat zijn kunstzinnige uiting wordt gebruikt voor, en aangepast aan het commerciële doel van de websites.

4.7. Ook staat vast dat bij tenminste een deel van de op de websites gepubliceerde foto's de op de oorspronkelijke foto weergegeven vermelding '© 2015 V' niet

zichtbaar was. In het midden kan blijven of de onzichtbaarheid van die naamsvermelding kwam doordat de foto was bijgesneden (standpunt V) of doordat de naamsvermelding wegviel achter het kader waarin de foto's werden weergegeven, maar weer zichtbaar werd als de websitebezoeker op de foto klikt (standpunt P). In beide gevallen is geen sprake van een naamsvermelding in de zin van artikel 25, eerste lid, sub a van de Auteurswet, omdat de naam niet direct zichtbaar was voor de bezoeker van de websites. Het bewijsaanbod op dit punt wordt daarom als niet relevant verworpen.

4.8. Het verzet tegen de onzichtbaarheid van de naamsvermelding is ook niet in strijd met de redelijkheid. Vast staat dat de naamsvermelding al stond op de oorspronkelijke foto. Het is niet onredelijk te eisen dat die naamsvermelding direct zichtbaar blijft bij gebruik van de foto.

schadevergoeding

4.9. Grief 3, gericht tegen het oordeel van de kantonrechter over de verschuldigde schadevergoeding, slaagt evenmin.

4.10. De kantonrechter heeft, teneinde de vergoeding te bepalen die V had kunnen krijgen als hij P een licentie zou hebben verstrekt, de tarieven van de Stichting Foto Anoniem als richtsnoer gehanteerd. P heeft onvoldoende gemotiveerd bestreden dat het redelijk en gebruikelijk is om als professioneel fotograaf tarieven te hanteren die aansluiten bij de tarieven van Stichting Foto Anoniem. P heeft niet eens benoemd welke tarieven wel redelijk en gebruikelijk zijn. Daarom, en mede gelet op het feit dat tussen partijen vast staat dat V een professioneel fotograaf is, kunnen de tarieven van de Stichting Foto Anoniem in deze zaak dienen als richtsnoer bij de bepaling van de door V geleden schade.

4.11. Bij de berekening van de hoogte van de vergoeding kan in het midden blijven of de foto maanden op de websites heeft gestaan of dat P die na enkele dagen heeft verwijderd. De door de kantonrechter toegewezen vergoeding is namelijk gebaseerd op het tarief voor de kortst mogelijke periode, te weten de gebruiksperiode tot een week.

proceskosten

4.12. Ook grief 4 over de proceskostenveroordeling treft geen doel. P betoogt dat de gevorderde en toegewezen kosten buitenproportioneel zijn en pleit voor toepassing van de indicatietarieven die de rechtbanken hanteren. Het indicatietarief voor een eenvoudige bodemzaak bedraagt echter € 8.000,-. De toegewezen vergoeding ligt daar dus juist ruim onder. In dat licht zijn de door P genoemde omstandigheden onvoldoende om aan te nemen dat die vergoeding buitenproportioneel is.

4.13. Voor zover P heeft bedoeld te betogen dat deze zaak moet worden aangemerkt als een zeer eenvoudige, niet bewerkelijke zaak in de zin van de sinds 2017 geldende indicatietarieven, kan dat niet leiden tot een andere conclusie. Daargelaten dat die tarieven pas van toepassing zijn geworden nadat de kantonrechter vonnis had gewezen, valt deze zaak naar het oordeel van het hof niet in deze categorie. Als onweersproken staat namelijk vast dat P de foto heeft gebruikt in het kader van het (concept) bedrijf MrFortunate, dat P aanvankelijk geen reactie heeft gegeven op de sommatie, dat meerdere reminders nodig waren en dat de foto na verwijdering opnieuw op de Facebookpagina van P is verschenen.

conclusie

4.14. Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat geen van de grieven slaagt en dat de bestreden vonnissen dus moeten worden bekrachtigd.

4.15. P. zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep. Die kosten moeten worden begroot aan de hand van artikel 1019h Rv. Bij memorie van antwoord heeft V zijn proceskosten gespecificeerd en begroot op een bedrag van in totaal € 5.442,67. Omdat Piek nog niet heeft kunnen reageren op die specificatie zal de zaak naar de rol worden verwezen voor een akte waarin P zich daarover alsnog kan uitlaten, waarna V desgewenst bij antwoordakte kan reageren op de akte van P. In verband daarmee zullen alle overige beslissingen worden aangehouden.

5. De beslissing

Het hof

5.1. verwijst de zaak naar de rol van 31 juli 2018 voor een akte van P waarin hij zich kan uitlaten over de proceskosten van V in hoger beroep zoals gespecificeerd bij memorie van antwoord;

5.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mr. P.H. Blok, mr. M.P.J. Ruijpers en mr. C.J.J.C. van Nispen en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 3 juli 2018 in aanwezigheid van de griffier.

Voor afschrift,
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag