

Rechtspraak in het kort, actualiteiten, agenda

Onder (eind)redactie van J.H. Spoor en C.B. van der Net

Rechtspraak

Nederland

Vzr. Rb. Amsterdam 18 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1482
(Vincent Mentzel/InBev)

Hoogte schadevergoeding bij openbaarmaking gefotoshopte foto. Bierbrouwer InBev moet een voorschot van € 40.000 schadevergoeding betalen aan fotograaf Vincent Mentzel. Mentzel had in 2012 slechts een eenmalige licentie aan de bierbrouwer gegeven, voor gebruik van zijn foto (zie bovenste foto) in een kantoorruimte. De foto is als wanddecoratie gebruikt op zeven locaties. Bovendien is de foto gemanipuleerd door er flesjes van het biermerk Jupiler in aan te brengen (zie onderste foto).

Rb. 4.9. Partijen zijn het er in beginsel ook over eens dat InBev aan [eiser] voor het gebruik van de foto (aanvullende) vergoedingen dient te betalen. Over de hoogte daarvan lopen de meningen echter uiteen.

4.10. Bij het bepalen van de hoogte van (het voorschot op) een schadevergoeding kan worden aangeknoopt bij het aanvankelijke tarief van de foto, € 825,-, waarop volgens de bij Hollandse Hoogte gebruikelijke algemene voorwaarden (aangehaald bij 2.4) voor een gebruik zonder toestemming en zonder naamsvermelding al (tenminste) een vermenigvuldigingsfactor 4 kan worden losgelaten. Dit zou al een vergoeding van € 3.300,- per foto rechtvaardigen.

Daar komt bij dat niet alleen sprake is geweest van het vertonen van de foto's zonder toestemming, maar ook van het veranderen van de foto, hetgeen als een vermindering of aantasting van de foto in de zin van artikel 25 lid 1 d van de Auteurswet kan worden aangemerkt. Anders dan InBev heeft betoogd, is aanmerkelijk dat dit een aantasting betreft die nadeel zou kunnen toebrengen aan de naam

van de maker, nu door het aanbrengen van de flesjes Jupiler de foto als een commerciële uiting kan worden gezien, terwijl dat geenszins de intentie was van [eiser]. Dat ook het merk Oranjeboom een (oud) merk is van InBev doet daar niet aan af. Dat zou mogelijk anders zijn, indien [eiser] indertijd toestemming zou hebben verleend om de foto te gebruiken als reclame voor het merk Oranjeboom, maar daarvan was geen sprake.

4.11. Ook is van belang dat partijen voor het gebruik van de gemanipuleerde foto in [restaurant] een vergoeding van € 3.000,- zijn overeengekomen, waarbij zij ervan uitgingen dat dit om een eenmalig gebruik ging en bovendien was afgesproken dat InBev andere foto's van Hollandse Hoogte zou afnemen, waar het uiteindelijk niet van is gekomen.

4.12. Alle hiervoor geschetste omstandigheden in aanmerking genomen, komt een vergoeding van (tenminste) € 5.000,- per foto redelijk voor. Dat een hogere vergoeding geïndiceerd zou zijn omdat voor vergelijkbare reclamefoto's van bijvoorbeeld Erwin Olaf tenminste € 15.000,- per foto wordt betaald – zoals [eiser], met onderbouwing heeft gesteld – wordt niet gevolgd, omdat InBev terecht heeft betoogd dat de foto's niet zijn gebruikt voor een specifieke marketingcampagne en niet onder een groot publiek zijn verspreid.

Wel ligt (naast 7 x € 5.000,-) een aanvullende vergoeding van (in totaal) € 5.000,- voor het gebruik van de foto op de websites van [horecagelegenheid] en [café] en op de menukaarten van [horecagelegenheid] in de rede.

4.13. Al met al betekent dat dat voldoende aanmerkelijk wordt geacht dat de rechter in een eventuele bodemprocedure tenminste een vergoeding van (8 x € 5.000,- =) € 40.000,- zal toewijzen, zodat dit bedrag in kort geding als voorschot op de uiteindelijke schadevergoeding eveneens toewijsbaar is. [eiser] heeft bij toekenning van dit voorschot een spoedeisend belang, ter compensatie van de gepleegde inbreuken op zijn auteursrechten, waaraan geen einde lijkt te komen. De omstandigheid dat de tot heden boven water gekomen gemanipuleerde foto's voor zover bekend inmiddels zijn verwijderd, maakt dat niet anders.

Noot

Vergoeding bij inbreuk op persoonlijkheidsrechten en vergoeding van morele schade

De toegewezen vergoeding is hoog, maar deels contractueel bepaald en de maker is een beroemde fotograaf. De vergoeding behelst een exploitatie- en een persoonlijkheidsrechtelijke component. De exploitatie-component is uit te rekenen op basis van de eerdere afspraken. Dat is in mindere mate het geval met de persoonlijkheidsrechtelijke component. De hoogte daarvan is in dit geval een restschuld om het zo maar eens te zeggen, die overblijft nadat de materiële schade is uitgerekend en er een kop bovenop is gezet omdat er net iets meer aan de hand is dan louter inbreuk op de exploitatierechten. Het photoshopgedoe wekt de indruk dat Mentzel zijn werk voor commerciële doeleinden heeft afgestaan en dat is uitdrukkelijk niet het geval. Daardoor is sprake van inbreuk op zijn persoonlijkheidsrechten. Er is echter nog een hierop gelijkende tussenvorm: in HvJEU 17 maart 2016, C-99/15, ECLI:EU:C:2016:173 (*Liffers/Mandarina*) heeft het Hof geoordeeld dat artikel 13 lid 1 van Richtlijn 2004/48 (de Handhavingsrichtlijn) zo moet worden uitgelegd dat de rechthebbende bij inbreuk op zijn rechten boven op de hypothetische royaltyvergoeding waarmee de



materiële exploitatieschade gedekt is, ook bevoegd is vergoeding van zogenoemde *morele schade* te vorderen. Die schade bestaat onder andere uit afbreuk aan de reputatie van de auteur. Voor toewijzing van de gehele vordering zou in ons geval dus, gezien *Liffers/Mandarina*, geen inbreuk op een persoonlijkheidsrecht hoeven te worden aangetoond. Samen met HvJEU 3 september 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (*Deckmyn/VanderSteen*) worden hier bouwstenen geleverd voor de constructie van persoonlijkheidsrechtelijke aanspraken in Europees verband. De vergoeding van deze morele schade kan alleen ingesteld worden bij een inbreuk op de exploitatierechten. Voor schadevergoeding bij inbreuk op persoonlijkheidsrechten is zulks niet vereist. Rest de vraag hoe de restschuld, gebaseerd op een inbreuk op nationale persoonlijkheidsrechten of op de verplichting tot vergoeding van de morele schade op basis van de uitleg van artikel 13 lid 1 Richtlijn 2004/48, wordt uitgerekend. Er is weinig rekenmateriaal. Toen we nog dachten dat vernietiging van een kunstwerk – de rechter heeft in dit geval de foto als een kunstobject gekwalificeerd, zie r.o. 4.1, hier niet geciteerd – ook viel onder artikel 25 lid 1 sub d Aw, kon op basis van *Ulrich/De Haas* (Rb. Amsterdam 15 november 1978, *Auteursrecht* 1979, nr. 2, blz. 32) nog de som worden gemaakt van 4/3 van de oorspronkelijk voor het werk betaalde prijs. Dat zou in ons geval uitkomen op ofwel 4/3 van € 825 (de oorspronkelijke prijs, zie r.o.4.10) ofwel op 4/3 van € 3300 (de vergoeding voor gebruik zonder toestemming en zonder naamsvermelding, zie r.o. 4.10) ofwel op 4/3 van € 3000 (de overeengekomen prijs voor het gebruik van de gemanipuleerde foto, zie r.o. 4.11). De rechter gaat op € 5000 zitten. Dat spoort het meest met de tweede variant. Ik zou dus steeds als aanknopingspunt voor de berekening van de morele schade 4/3 van de vergoeding voor de inbreuk op de exploitatierechten gebruiken. Daarmee is de restschuld beter bepaald. Het aardige in ons geval is dat we geen rekening meer hoeven te houden met de persoonlijkheidsrechten, als het maar zo is dat in ieder geval inbreuk is gemaakt op de exploitatierechten. Dat helpt ons helaas niet verder bij een vordering tot schadevergoeding in geval van algehele vernietiging van een werk, want dan is er immers niets meer openbaar gemaakt (zie mijn noot bij Rb. Amsterdam 21 maart 2016 (*Van Huut/CRI*) in het vorige nummer van dit blad).

JK

Ktr. Rb. Noord-Holland 17 maart 2016, IEF 15909 (Dijkstra/gedaagde)

Gedaagde plaatst foto van de hand van Roel Dijkstra op haar website, naar eigen zeggen als 'test' en op een webpagina, waarvan zij zegt dat die alleen intern zichtbaar is en niet vindbaar voor de gewone internetgebruiker. Dijkstra meent dat er sprake is van openbaarmaking en vordert een verklaring voor recht en schadevergoeding. De kantonrechter wijst de vorderingen van Dijkstra toe. Gedaagde wordt veroordeeld tot betaling van € 540 aan schadevergoeding en – op grond van artikel 1019h Rv – € 1.700,84 aan proceskosten.

Rb. 5.2 Dat Dijkstra het auteursrecht heeft op de foto staat niet ter discussie. [Gedaagde] heeft niet weersproken dat Dijkstra de foto via Google Afbeeldingen heeft gevonden en dat ook de gemachtigde van Dijkstra via een doorgestuurde link de foto heeft gezien. [Gedaagde] stelt dat de foto niet beschikbaar was via haar openbare website; de website was nog in ontwikkeling en was slechts intern zichtbaar. Er was geen sprake van openbaarmaking, aldus [gedaagde]. Gelet op de door Dijkstra overgelegde print screen van de foto met daarop zichtbaar de URL, valt dit verweer niet te begrijpen. Hoewel het misschien niet de bedoeling was dat de foto via haar website zichtbaar was, moet dit wel het geval zijn geweest, anders had Dijkstra de foto immers niet kunnen traceren. Niet althans onvoldoende betwist is dat Dijkstra de foto heeft kunnen traceren

via een normale zoekmachine Google Afbeeldingen, en daardoor geen speciale middelen nodig waren. [Gedaagde] heeft haar verweer dat de foto slechts zichtbaar was op een interne website ook onvoldoende onderbouwd. Het had op haar weg gelegen haar verweer nader te concretiseren en met relevante stukken te onderbouwen, hetgeen zij heeft nagelaten. Dat [gedaagde] niet de intentie heeft gehad de foto te gebruiken is niet relevant, nu ook het onbewust schenden van het auteursrecht voor rekening en risico komt van [gedaagde]. De Auteurswet stelt geen vormvereisten voor het ontstaan of handhaven van auteursrecht. Van [gedaagde] als ondernemer mag verwacht worden dat zij zich ervan vergewist of de foto auteursrechtelijk beschermd is en wie de maker is van de foto alvorens gebruik te maken van een foto. Aan deze onderzoeksplicht heeft [gedaagde] niet voldaan en zij heeft daarmee bewust het risico genomen van auteursrechtinbreuk.

5.3 Gelet op het voorgaande is er sprake van een inbreuk op het auteursrecht van Dijkstra en daarmee van onrechtmatig handelen van [gedaagde] jegens Dijkstra, op grond waarvan [gedaagde] schadelijkt is. Over de hoogte van de toe te wijzen schadevergoeding overweegt de kantonrechter dat de algemene voorwaarden weliswaar niet van toepassing zijn op de (niet-contractuele) relatie tussen Dijkstra en [gedaagde], maar dat zij wel een rechtens aanvaardbaar uitgangspunt vormen om op die basis de schade van Dijkstra te begroten. Dijkstra vordert in deze procedure twee maal de misgelopen licentievergoeding welke als niet weersproken conform de richtprijzen fotografie 2012 E270,00 bedraagt, hetgeen naar het oordeel van de kantonrechter redelijk is. Hierbij wordt overwogen dat de inbreuk op het auteursrecht een hogere schadevergoeding rechtvaardigt dan enkel het honorarium dat Dijkstra bij regulier gebruik van de foto zou hebben ontvangen.

Noot

Inbreuk auteursrecht op foto; schadevergoeding

Het gebeurt aan de lopende band: online gebruik van foto's zonder dat daarvoor toestemming is gevraagd. Vaak levert dat inbreuk op auteursrechten op; soms is de gebruiker zich daarvan bewust, soms niet. Er zijn inmiddels professionals (fotografen, maar ook advocaten) die een bedrijfsmodel hebben opgebouwd met het opsporen en aanschrijven van gebruikers van fotomateriaal. Vaak komen deze kwesties niet voor de rechter, soms wel, zoals in dit geval.

De kantonrechter oordeelt dat er sprake is van openbaarmaking, omdat gedaagde onvoldoende heeft weerlegd dat de webpagina, waarop de foto zichtbaar was, vindbaar was via Google afbeeldingen. Ook oordeelt de kantonrechter – vermoedelijk niet op de hoogte van de controverse op dat punt inzake *Sanoma/Geen Stijl* – dat doorslaggevend is dat de pagina waarop de foto zichtbaar was een URL heeft.

Voorts veroordeelt de kantonrechter gedaagde tot betaling van een schadevergoeding, gebaseerd op de richtprijzen Fotografie. Over de toepasselijkheid van deze richtprijzen in dit soort situaties wordt nogal wisselend geoordeeld (zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 10 juli 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX0988). Opmerkelijk is dat de kantonrechter overweegt dat de inbreuk een hogere schadevergoeding rechtvaardigt dan enkel het bedrag dat Dijkstra aan honorarium is misgelopen. Ook daarover wordt verschillend gedacht (zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 26 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8092), en de vraag dringt zich op of dat niet een vorm van 'punitive damages' is. Sowieso lijkt het oordeel over de schadevergoeding wat streng, in aanmerking genomen dat gedaagde had aangevoerd de foto niet bewust openbaar te hebben gemaakt. Maar wellicht heeft het verweer op dit punt de rechter niet overtuigd.

SvL