

IN NAAM DER KONINGIN !

vonnis



RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht, voorzieningenrechter

zaaknummer / rolnummer: 514231 / KG ZA 12-446 HJ/MB

Vonnis in kort geding van 5 juni 2012

in de zaak van

WASI-ULLAH MALIK,
wonende te Amsterdam,
eiser bij dagvaarding van 9 mei 2012
advocaat mr. B.H.M. Schipper te Amsterdam,

tegen

1. de rechtspersoon naar Zwitsers recht
MONTA STREET GMBH,
gevestigd te Zug (Zwitserland), in deze zaak woonplaats kiezende te Amsterdam,
 2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BPC AMERSFOORT B.V.,
gevestigd te Amersfoort, in deze zaak woonplaats kiezende te Amsterdam,
 3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
DENIM DRAGON B.V.,
gevestigd te Amersfoort, in deze zaak woonplaats kiezende te Amsterdam,
- gedaagden,
advocaat mr. M. Ellens te Amsterdam

1. De procedure

Ter terechtzitting van 22 mei 2012 heeft eiser, hierna: Wasi, gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. Gedaagden, hierna gezamenlijk ook Monta c.s. en afzonderlijk Monta, BPC en Denim Dragon, hebben verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorzieningen. Wasi en Monta c.s. hebben producties en pleitnota's in het geding gebracht. De zaak is gelijktijdig behandeld met het door de fotograaf H.J.D. Lans (hierna: Lans) en de besloten vennootschap Han Lans Amsterdam B.V. (hierna:

514231 / KG ZA 12-446 HJ/MB
5 juni 2012

2

gezamenlijk; Lans c.s.) tegen Monta c.s. aangespannen kort geding met kenmerk: 514229/ KG ZA 12-445.

Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

Ter zitting waren aanwezig, voor zover hier van belang:

Wasi met mr. Schipper; en aan de zijde van gedaagden: mevrouw I. de Nobrega, verbonden aan de met Monta samenwerkende Stichting Straatvoetbal Bond Nederland (SVBN) en J.C. van der Meij, algemeen directeur van gedaagde sub 2 en indirect bestuurder van gedaagde sub 3, met mr. Ellens. Vonnis (in beide zaken) is bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. Wasi is een straatvoetballer, die zich beroepsmatig met deze sport bezig houdt. Hij figureert regelmatig als (foto)model of figurant in commerciële uitingen van derden.

2.2. Monta is (mede) opgericht ter exploitatie van het internationale straatvoetbalmerk "MONTA". De marketing rond dit merk wordt feitelijk verzorgd door New York Creatives World Wide B.V. (hierna: NYCW). Via de webshop van Monta wordt kleding met het merk MONTA verkocht.

2.3. Wasi heeft in 2006 en de jaren erna meegedaan aan sportieve en promotionele activiteiten voor Monta. Daartoe hebben Monta en Wasi op 27 juli 2006 een Promotieovereenkomst gesloten, voor de duur van twee jaren. De Promotieovereenkomst bevat onder meer de volgende bepalingen:
"1. de heer Malik (Wasi, vzt.) verbindt zich voor een periode van twee jaren (...)
a. zich exclusief te kleden in (sport)kleding en accessoires van Monta (...)
b. per jaar deel te nemen aan tenminste 4 foto- en/of videofilmshoots ter uitsluitende beoordeling van Monta. (...)
c. deel te nemen aan additionele promotionele activiteiten van Monta.
2. Voor de inspanningen van de heer Malik genoemd in artikel 1. ontvangt de heer Malik kleding (...) alsmede een financiële vergoeding van € 2.500,- (...) bruto per jaar (...).
6. Monta zal zich inspannen het imago van de heer Malik te bevorderen. Daartoe draagt de heer Malik zijn imagorechten gedurende de contractperiode exclusief over aan Monta."

Op 17 mei 2010 zijn dezelfde partijen nogmaals een promotieovereenkomst aangegaan, ditmaal voor de duur van een jaar.

2.4. Onder de gedingstukken bevindt zich een door Wasi getekende zogenoemde "Quitclaim", gedateerd 18 mei 2010, waarin het volgende staat:

"Insofar as Copyright and/or Neighboring Rights which can be exercised by the Employee arising from the nature of his activities do not already accrue to SVBN

514231 / KG ZA 12-446 HI/MB
5 juni 2012

3

(...) these rights will be transferred by signature of this agreement to SVBN without limitation as to content and territory.”; alsmede de volgende, eveneens door Wasi ondertekende verklaring;

“VERKLARING GEBRUIK IMAGO

Ondergetekende, verklaart hierbij dat Stichting Straatvoetbal Bond Nederland, haar rechtsopvolgers dan wel elke met haar verbonden, in juridische dan wel andere zin, dan wel met haar samenwerkende (rechts)persoon of onderneming, volledig gerechtigd en bevoegd is zonder enige vergoeding, financieel of anderszins (commercieel) gebruik te maken van mijn volledige imago(recht) in door haar gerealiseerde dan wel te realiseren producties.”

2.5. BPC is houdster van de domeinnamen “montajuniors.com” en “montajuniors.nl”, waaraan sinds 2010 een webshop is gekoppeld via welke producten uit de kinderkledinglijn genaamd MONTAJUNIORS worden verkocht.

2.6. Denim Dragon is op de website en in de onder 2.3 genoemde webshop van BPC vermeld als het hoofdkantoor verantwoordelijk voor aanbod, verkoop en distributie van producten uit de kinderkledinglijn MONTAJUNIORS.

2.7. Lans heeft in november 2006 en januari 2007 een tweetal fotoshoots gedaan ten behoeve van de promotie van MONTA op de website van Monta. Wasi heeft in het kader van zijn overeenkomst met Monta aan die fotoshoot meegewerkt.

2.8. Een van de tijdens de fotoshoots van Wasi gemaakte foto's is de onderstaande:



2.9. Tussen Lans c.s. en Monta zijn geschillen gerezen over de gebruikmaking door Monta van de foto's van Lans na 2008 en de vergoeding daarvoor.

514231 / KG ZA 12-446 HJ/MB
5 juni 2012

4

2.10. Op 20 januari 2010 heeft Lans c.s. (onder anderen) Monta gedagvaard in een bodemprocedure bij de rechtbank te Haarlem en onder meer gevorderd:
- een verklaring voor recht dat Monta door middel van het ongeoorloofde (her)gebruik van de foto's van Lans inbreukmakend en/of onrechtmatig heeft gehandeld jegens Lans c.s.;
- veroordeling van NYCW en Monta tot het staken en gestaakt houden van iedere inbreuk op de auteursrechten met betrekking tot de foto's van Lans c.s. en betaling van een bedrag van € 9.240,- en van de (volledige) proceskosten.

2.11. Bij vonnis van 25 mei 2011 heeft de rechtbank Haarlem voor recht verklaard dat Monta door middel van het ongeoorloofde (her)gebruik van fotografische werken van Lans inbreukmakend heeft gehandeld jegens Lans c.s. Daarnaast is Monta veroordeeld tot het staken en gestaakt houden van iedere inbreuk op de auteursrechten van Lans c.s. met betrekking tot de fotografische werken en tot betaling aan Lans c.s. van een bedrag van € 6.283,20, alsmede tot een betaling van beslag- en proceskosten.

2.12. Zowel Lans c.s. als Monta heeft tegen het onder 2.9 genoemde vonnis beroep aangetekend, bij het gerechtshof te Amsterdam. Op 24 januari 2012 is in een proces-verbaal na comparitie van partijen in die procedure het volgende, voor zover hier van belang, vastgelegd:

"Partij New York Creatives (...) en Monta staan er voor in dat er met ingang van 7 februari 2012 ieder gebruik van de litigieuze foto's, zoals aan de orde in deze procedure, zal zijn gestaakt, zulks op straffe van verbeurte van een onmiddellijk opeisbare boete van € 50,- voor iedere dag dat hierop inbreuk wordt gemaakt.

2. Monta betaalt aan partij Lans een bedrag van € 11.000,- (= elfduizend euro).

(...)

3. Partijen zijn door deze betaling over en weer jegens elkaar finaal gekweten ter zake van het gebruik van de foto's zoals dat in de onderhavige procedure aan de vordering ten grondslag is gelegd, alsmede het gebruik tot 7 februari 2012. Alle andere gebruik, zoals het eventuele gebruik van foto's ten behoeve van een logo, maakt geen onderdeel uit van de getroffen regeling en daarop heeft de finale kwijting dus geen betrekking. Partij Lans houdt zich wat dit betreft alle rechten uitdrukkelijk voor, met dien verstande dat partijen zullen pogen hieromtrent een regeling te treffen. Komen partijen niet tot een regeling dan zal partij Lans de mogelijkheid hebben om in incidenteel appel eventuele vorderingen in te stellen. Een en ander leidt daartoe dat partijen een definitieve regeling hebben getroffen wat betreft het principaal appel, dat niet zal worden ingesteld, en dat het incidenteel appel slechts betrekking zal hebben op eventueel ander gebruik zoals hiervoor genoemd. Het incidentele appel zal slechts tegen Monta worden ingesteld."

2.13. Voor de kinderkledingcollecties van MONTAJUNIORS wordt het volgende logo gebruikt:

514231 / KG ZA 12-446 HJ/MB
5 juni 2012

5



Dit logo komt ook voor op enige andere door Monta c.s. in omloop gebrachte producten, zoals verhandelde tassen, ballen en een agenda, vrijwel steeds in combinatie met het beeldmerk van Monta in de vorm van een draak.

2.14. De samenwerking tussen Monta en Wasi is in 2011 beëindigd.

2.15. Onder de gedingstukken bevindt zich een e-mail van 14 maart 2012 van Rachel Cabenda, die als grafisch vormgeefster werkzaam was bij NYCW, gericht aan Lans. Daarin staat onder meer over het onder 2.13 bedoelde logo:

"In eerste instantie zou het een label/artwork worden voor de kinderlijn. De instructies waren om het NBA logo na te maken met een silhouet van een straatvoetballer. Voor het silhouet heb ik een foto van Wasi, genomen door Han, (Lans, vzt.) overgetrokken tot vector vorm. Deze vorm is uiteindelijk voor meer doeleinden gebruikt."

2.16. Bij brieven van 14 februari 2012 heeft Lans c.s. en bij brieven van 8 maart 2012 heeft Wasi Monta c.s. gesommeerd om het gebruik van het logo te (doen) staken en gestaakt te houden en opgave te doen van de omvang van het gebruik van het logo.

2.17. Monta c.s. heeft een verslag in het geding gebracht met de resultaten van een in haar opdracht op 5 mei 2012, tijdens de zogenoemd "nationale straatvoetbal dag" gehouden marktonderzoek, uitgevoerd door Onderzoeksbureau EVA. Volgens dit verslag zijn op 4 verschillende locaties (Amsterdam, Breda, Den Haag en Schiedam) in totaal 531 jongeren (in de leeftijd van 6 tot en met 25 jaar)

514231 / KG ZA 12-446 HJ/MB
5 juni 2012

6

bevraagd over het onder 2.13 afgebeelde logo. In de resultaten van het onderzoek is vermeld dat 30% van de ondervraagde jongeren zegt het logo te kennen, waarvan 20% meldt dat dit 'merk' van Monta is. Voorts zegt 29% van de ondervraagde jongeren de voetballer in het logo te herkennen. Op de vraag welke voetballer het betreft worden vervolgens het vaakst genoemd: Cruyff (23 maal), Messi (14 maal) Touzani (14 maal) en Ronaldo (13 maal). De naam van Wasi wordt door 3 jongeren genoemd.

2.18. Wasi heeft eveneens de resultaten van een (ongedateerd) onderzoek in het geding gebracht, waarin aan 150 jongeren (3 x 50) vragen zijn gesteld. Volgens dit onderzoek herkent 78% van de (50) ondervraagden in de leeftijdscategorie van 18-35 jaar oud Wasi in het logo, van de leeftijdscategorie 13-17 jaar 66% en van de leeftijdscategorie 6-12 jaar 68%.

2.19. Monta c.s. heeft aan de onder 2.16 genoemde sommaties niet voldaan. Schikkingsonderhandelingen tussen partijen hebben niet tot resultaat geleid.

3. Het geschil

3.1. Wasi vordert – samengevat – veroordeling van Monta c.s., op straffe van verbeurte van dwangsommen, tot het (doen) staken en gestaakt te (doen) houden: iedere inbreuk op de portretrechten en op de persona van Wasi; meer in het bijzonder het staken en gestaakt houden van het (doen) verveelvoudigen, het (doen) openbaar maken en (doen) gebruiken op welke wijze dan ook van het onder 2.13 afgebeelde logo, waarin het portret van Wasi is verwerkt. Daarnaast heeft Wasi een aantal nevenvorderingen ingesteld, zoals vermeld onder B tot en met D in het petitum van de dagvaarding, waaronder (kort gezegd) het doen van opgave van alle artikelen waarop het logo is gebruikt, de artikelen terug te halen ('recall') en deze aan Wasi af te staan ter vernietiging daarvan. Voorts vordert Wasi een voorschot van € 5.000,- op de aan Wasi uit te keren schadevergoeding, alsmede veroordeling van Monta c.s. in de volledige proceskosten en de nakosten.

3.2. Wasi heeft zijn vordering, samengevat, als volgt toegelicht. Monta heeft lang niet altijd de aan Wasi op grond van de Promotieovereenkomsten toekomstige vergoedingen betaald. Vanwege de stroeve samenwerking in het verleden, wenst Wasi niet langer met Monta te worden geassocieerd. Wasi is er onlangs mee bekend geworden dat Monta c.s. met Lans c.s. in de clinch ligt over het gebruik van de foto in het logo van Monta c.s.. Evenmin als Lans c.s. heeft Wasi voor dat gebruik van de foto toestemming verleend. Het gebruik van de foto van Wasi in het logo is in strijd met het portretrecht van Wasi. Weliswaar wordt alleen zijn silhouet gebruikt, maar daaraan is Wasi vanwege zijn kenmerkende lichaamshouding en de voor hem typerende actie, herkenbaar. Wasi heeft er een redelijk belang bij zich tegen het gebruik van zijn portret te verzetten, vanwege zijn verzilverbare populariteit. Hij is een professionele straatvoetballer, die tot de

514231 / KG ZA 12-446 HJ/MB
5 juni 2012

7

absolute top van zijn sport behoort en als bedenker en grondlegger van een aantal voetbaltrucs en schijnbewegingen grote bekendheid geniet. Monta c.s. profiteert op onrechtmatige wijze van zijn bekendheid, door Wasi nog steeds als haar boegbeeld te gebruiken, ten bate van haar commerciële belangen. Ook de 'persona' van Wasi wordt daardoor aangetast. Wasi lijdt schade, die Monta c.s. dient te vergoeden. De vorderingen van Wasi moeten daarom worden toegewezen, aldus Wasi.

3.3. Monta c.s. voert verweer, waarop hierna, voor zover van belang, nader zal worden ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Omdat in dit geval sprake is van een procedure waarin een voorlopige voorziening wordt gevorderd, zal de voorzieningenrechter artikel 127a lid 1 en lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering - waarin is bepaald dat aan het niet tijdig betalen van het griffierecht consequenties worden verbonden - buiten beschouwing laten. Toepassing van deze bepaling zou immers, gelet op het belang van één of beide partijen bij de toegang tot de rechter, leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard.

4.2. De vorderingen van Wasi kunnen in dit kort geding alleen worden toegewezen, indien voldoende aannemelijk is dat de rechter in een eventuele bodemprocedure de vorderingen zal toewijzen en van Wasi niet kan worden gevergd de uitkomst van een zodanige bodemprocedure af te wachten.

4.3. Het onderhavige kort geding spitst zich toe op de vraag of Monta c.s. door het gebruik van het onder 2.13 afgebeelde logo in strijd handelt met het portretrecht van Wasi. Dat Monta c.s. anderszins gebruik zou maken van de onder 2.8 weergegeven foto van Wasi is immers gesteld, noch gebleken.

4.4. Niet in geschil is dat Monta c.s. voor het totstandbrengen van het gewraakte logo van de foto met het portret van Wasi gebruik heeft gemaakt. De ontwerpster van het logo heeft met zoveel woorden verklaard dat zij het silhouet van de foto heeft overgetrokken en Monta c.s. heeft dat niet betwist.

4.5. Voor de vraag of vervolgens met het logo inbreuk is gemaakt op het portretrecht van Wasi is allereerst van belang of Wasi op het logo herkenbaar is. Daarvoor is niet per se noodzakelijk dat het gezicht of gedeelten van het gezicht van Wasi herkenbaar zijn, zoals hier in ieder geval niet aan de orde is. Herkenbaarheid aan andere trekken, bij voorbeeld aan specifieke kenmerken en of de lichaamshouding van Wasi kan ook voldoende zijn. Dat daarvan in dit geval sprake is, heeft Wasi tegenover de gemotiveerde betwisting daarvan door Monta c.s. echter, naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter, onvoldoende aannemelijk gemaakt. De gestalte van het silhouet als geheel en de lichaamshouding van de

514231 / KG ZA 12-446 HJ/MB
5 juni 2012

8

figuur op het logo niet zodanig specifiek voor Wasi dat hij alleen daaraan herkenbaar zou zijn, laat staan dat het silhouet duidelijk alleen van Wasi kan zijn en niet van iemand anders.

4.6. Het voorgaande zou anders kunnen zijn als de foto waarvan het silhouet is overgetrokken bij het publiek bekend was. Dat is echter niet gesteld of gebleken. Monta heeft in dat kader verklaard zich niet te herinneren dat zij deze specifieke foto eerder op de website heeft gepubliceerd, en Wasi heeft het tegendeel niet aannemelijk gemaakt. In elk geval is de foto de laatste jaren niet op enige website van Monta c.s. te zien geweest.

4.7. Wasi is derhalve in het onder 2.13 afgebeelde logo onvoldoende herkenbaar om het logo als een portret van Wasi aan te merken. Daar komt nog bij dat het logo in diverse ter zitting getoonde kledingstukken een geborduurde (gestikte) vorm heeft, waardoor het silhouet meer gestileerd en grover is afgebeeld dan op de afbeelding hiervoor, waardoor een eventuele herleidbaarheid tot een bepaald persoon geminimaliseerd wordt.

4.8. Op het hiervoor overwogene stuiten de op het portretrecht van Wasi gebaseerde vorderingen reeds af.

4.9. De resultaten van de in het geding gebrachte marktonderzoeken leiden niet tot een andere conclusie. De uitkomsten daarvan zijn dermate tegenstrijdig dat niet aan een van die onderzoeken in dit kort geding een doorslaggevende betekenis kan worden toegekend. Enerzijds lijken de resultaten van het door Monta c.s. ingebrachte onderzoek (onder 531 respondenten) (2.17) erop te wijzen dat het portret van Wasi in het logo niet herkenbaar is, aangezien verreweg de meeste respondenten van degenen die in het silhouet iemand menen te herkennen de naam van een andere voetballer noemen. Anderzijds zouden de resultaten van het door Wasi in het geding gebrachte onderzoek (2.18) wel kunnen duiden op enige herkenbaarheid. Monta c.s. heeft echter terecht aangevoerd dat onduidelijk is wie dit onderzoek heeft uitgevoerd en waar en wanneer dat is gebeurd. Voorts kan niet worden uitgesloten dat sturende vragen zijn gesteld, waarin reeds melding is gemaakt van de naam Wasi. Een aanwijzing daarvoor zou kunnen zijn dat in de overgelegde productie als vraag staat vermeld: "Herkent Wasi in logo Monta?" waarop als antwoord 'Ja' of 'Nee' is genoteerd

4.10. Dat Monta c.s. door het gebruik van het logo anderszins onrechtmatig inbreuk zou maken op de rechten (de 'persona') van Wasi is niet gebleken. Zijn stelling dat Monta c.s. Wasi zonder zijn instemming als boegbeeld gebruikt, heeft Wasi tegenover de gemotiveerde betwisting daarvan door Monta c.s. niet aannemelijk gemaakt. Het enkele gebruik van het logo is daartoe in ieder geval niet voldoende. Gedurende de periode dat Wasi promotieactiviteiten verrichtte voor Monta en door Monta c.s. van zijn 'imago' gebruik werd gemaakt, was dat op basis van de met Monta en SVBN gesloten overeenkomsten. Dat Monta in de nakoming

514231 / KG ZA 12-446 HJ/MB
5 juni 2012

9

daarvan voor wat betreft haar financiële verplichtingen tekort zou zijn geschoten, heeft Wasi, tegenover de evenzeer gemotiveerde betwisting daarvan door Monta, niet aannemelijk gemaakt.

4.11. Op grond van het voorgaande zullen de vorderingen van Wasi, nu deze niet voldoen aan het onder 4.2 genoemde criterium, worden afgewezen. De overige wesen van Monta c.s. behoeven in het licht van deze uitkomst geen nadere bespreking.

4.12. Als de in het ongelijk gestelde partij zal Wasi worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. weigert de gevraagde voorzieningen;

5.2. veroordeelt Wasi in de kosten van dit geding, tot heden aan de zijde van Monta c.s. begroot op:

- € 575,= aan griffierecht en
- € 816,= aan salaris advocaat;

5.3. verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.H.C. Jongeneel, bijgestaan door mr. M. Balk, griffier, en in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier op 5 juni 2012.


UITGEGEVEN VOOR GROSSE
De griffier van de
Rechtbank Amsterdam 

type: MB

coll: 