

**LJN: BQ7276, Voorzieningenrechter Rechtbank Breda , 235147 KGZA 11-275**

Datum 01-06-2011  
uitspraak:  
Datum 07-06-2011  
publicatie:  
Rechtsgebied: Civiel overig  
Soort procedure: Voorlopige voorziening  
Inhoudsindicatie: Auteursrecht, portret in de zin van de artt. 19-21 Aw; gegeven toestemming tot openbaarmaking.

**Uitspraak**

vonnis  
RECHTBANK BREDA

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 235147 / KG ZA 11-275

Vonnis in kort geding van 1 juni 2011

in de zaak van

1. [eiseres],  
wonende te [woonplaats],  
2. [eiser],  
wonende te [woonplaats],  
eisers,  
advocaat mr. J. Streefkerk,

tegen

[gedaagde] HODN [gedaagde] FOTODESIGN,  
wonende te [woonplaats],  
gedaagde,  
verschenen in persoon.

Partijen zullen hierna [eiseres], [eiser] en [gedaagde] genoemd worden.

**1. De procedure**

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van de zijde van [eiseres] en [eiser]
- de door [gedaagde] in het geding gebrachte producties.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

**2. Het geschil**

2.1. [eiseres] en [eiser] vorderen bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. [gedaagde] te veroordelen om binnen 24 uur na betekening van het in deze zaak uit te spreken vonnis de in het geding zijnde foto te (doen) verwijderen uit de etalage van de bedrijfsruimte van [gedaagde] en daaruit verwijderd te houden en niet anderszins te openbaren, zulks onder verbeurte van een dwangsom van Euro 5.000,00 voor elke dag (een gedeelte van een dag daaronder begrepen) dat [gedaagde] hiermee in gebreke blijft en/of in strijd handelt met het uit te spreken vonnis;
2. [gedaagde] te veroordelen tot vergoeding van een bedrag van Euro 595,00 ten titel van buitengerechtigde kosten, te voldoen binnen twee weken na het in dezen uit te spreken vonnis;
3. [gedaagde] te veroordelen in de kosten van dit kort geding.

2.2. [gedaagde] voert verweer.

2.3. [gedaagde] heeft ter zitting mondeling verzocht om [eiseres] en [eiser] te veroordelen om de door hem aan deze zaak bestede uren aan hem te vergoeden.

Dit verzoek wordt door de voorzieningenrechter buiten beschouwing gelaten omdat dit gezien dient te worden als een eis in reconventie die op schrift gesteld dient te zijn en bovendien alleen kan worden ingesteld door een partij die bij advocaat is verschenen. [gedaagde] is daarom niet ontvankelijk in die vordering.

**3. De beoordeling**

3.1. Tussen partijen staat het volgende vast:

- a. [gedaagde] is professioneel fotograaf.
- b. In oktober 2009 hebben [eiseres] en haar partner [eiser] aan [gedaagde] opdracht gegeven om enkele foto's van hen te maken. Ten tijde van dit verzoek en het uitvoeren van de opdracht was [eiseres] hoogzwanger.
- c. [gedaagde] heeft een foto gemaakt waarop [eiseres] en [eiser] zijn afgebeeld zonder kleding en van [eiseres] de buik en een gedeelte van de borsten en armen zijn te zien en van [eiser] een gedeelte van het gezicht, een schouder en een arm. De foto heeft onmiskenbaar een zeer persoonlijk en intiem karakter.
- d. De foto is afgebeeld op het in de kring van familie, vrienden en kennissen verspreide geboortekaartje waarmee [eiseres] en [eiser] kennis hebben gegeven van de geboorte van hun zoon.
- e. De foto is door [gedaagde] na een technische bewerking in de etalage van zijn bedrijfsruimte geplaatst.

3.2. [eiseres] en [eiser] leggen aan hun vorderingen ten grondslag dat [gedaagde] zonder hun toestemming de foto in de etalage heeft geplaatst en dat hij door deze wijze van openbaarmaking hun portretrecht schendt. Vanwege de schending van het portretrecht handelt [gedaagde] ook onrechtmatig jegens hen. [eiseres] en [eiser] stellen dat [gedaagde] daarnaast ook onrechtmatig handelt omdat hij de privacy van [eiseres] en [eiser] schendt zonder dat hij daartoe gerechtigd is. [gedaagde] handelt in strijd met hetgeen maatschappelijk betamelijk is door een dergelijke intieme en persoonlijke foto openbaar te maken zonder eerst toestemming te hebben verkregen. Voor zover wel toestemming zou zijn gegeven beroepen [eiseres] en [eiser] zich op vernietiging van de toestemmingsclausule wegens het onredelijk bezwarend karakter daarvan, dwaling, bedrog en misbruik van omstandigheden.

3.3. [gedaagde] betwist dat sprake is van schending van het portretrecht omdat de in de etalage geplaatste foto door een technische bewerking donkerder is dan de door [eiseres] en [eiser] in het geding gebrachte fotokopie van de foto, waardoor [eiseres] en [eiser] niet, althans veel minder, herkenbaar zijn. [gedaagde] voert voorts aan dat [eiseres] en [eiser] toestemming voor openbaarmaking hebben gegeven.

3.4. Beoordeeld dient allereerst te worden of sprake is van een portret in de zin van de artt. 19-21 Aw.

De voorzieningenrechter dient bij die beoordeling uit te gaan van de bewerkte versie van de foto zoals die in de etalage van [gedaagde] is tentoongesteld. Die foto is echter ter zitting niet getoond ofschoon dat wel mogelijk was geweest.

[gedaagde] heeft aangevoerd dat de gelaatstreken van [eiser] op die in de etalage geplaatste foto - juist als gevolg van de daarop gerichte technische bewerking van de foto - niet herkenbaar zijn en dat daarmee ook de link naar [eiseres], als op de foto afgebeelde partner van [eiser], door de toeschouwer niet gelegd zal worden.

De voorzieningenrechter duidt deze stellingen als betwisting van de grondslag van de vordering van [eiseres] en [eiser] dat sprake zou zijn van een portret.

Daarmee zijn schending van portretrecht of onrechtmatige schending van de privacy niet aan de orde, zo wil [gedaagde] betogen.

Die betwisting is evenwel naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende onderbouwd.

Dat de foto in bewerkte vorm in de etalage is geplaatst hebben [eiseres] en [eiser] erkend maar dat het gelaat van [eiser] door die bewerking niet herkenbaar is, hebben [eiseres] en [eiser] bestreden.

[gedaagde] heeft ter zitting slechts kopieën van foto's van de etalage overgelegd en hij heeft op zijn mobiele telefoon de volgens zijn stellingen in de etalage getoonde bewerking van de foto laten zien, maar de kwaliteit daarvan is onvoldoende om vast te kunnen stellen of inderdaad voor het publiek de foto in de etalage geen herkenbare gelaatstreken afbeeldt. Het had op de weg van [gedaagde] gelegen om zijn stelling te onderbouwen door ter zitting de tentoongestelde bewerking uit de etalage te tonen hetgeen hij evenwel heeft nagelaten. De voorzieningenrechter gaat er daarom van uit dat de technische bewerking niet heeft geleid tot een - ten opzichte van de door [eiseres] en [eiser] in het geding gebrachte kopie van de in hun opdracht gemaakte foto - verminderde herkenbaarheid van het gelaat van [eiser].

Op die door [eiseres] en [eiser] overgelegde versie van de foto is een groot deel van het gezicht van [eiser] zodanig scherp zichtbaar dat hij herkenbaar is. Ondanks het feit dat het gezicht van [eiseres] op de foto niet zichtbaar is, zal ook zij herkend worden, gelet op het feit dat haar partner [eiser] herkenbaar is en hetgeen de afbeelding verder toont. Er is dan ook sprake van een portret van beiden in de zin van de artt. 19-21 Aw.

3.5. Nu tussen partijen vaststaat dat het portret in opdracht van [eiseres] en [eiser] door [gedaagde] is gemaakt, is [gedaagde] ingevolge art. 20 Aw niet bevoegd om zonder toestemming van [eiseres] en [eiser] het portret openbaar te maken.

[gedaagde] heeft ter onderbouwing van zijn verweer dat [eiseres] en [eiser] toestemming hebben gegeven de factuur d.d. 16 oktober 2009 overgelegd, die na uitvoering van de opdracht is opgemaakt. Op deze factuur staat voor zover van belang het volgende vermeld: "Belangrijk:

(...)

[voornaam] [gedaagde] mag het beeldmateriaal als voorbeeld gebruiken ter promotie van zijn werk. Als beloning wordt een kopie van het beeldbestand meegeleverd. (Doorhalen indien niet accoord)

Naam:

(rechtbank: gevolgd door de handgeschreven naam "[eiseres]")

Handtekening voor accoord:

(rechtbank: gevolgd door de handtekening van [eiseres])"

De voorzieningenrechter is, met inachtneming van de Haviltex-maatstaf, van oordeel dat [eiseres] hiermee toestemming heeft gegeven voor plaatsing van de foto in de etalage van [gedaagde]. Immers, het gebruik van een foto ter promotie van het werk van een fotograaf impliceert uiteraard de meest voor de hand liggende wijzen van promotie waaronder in elk geval begrepen, het etaleren van de foto in de etalage van de zaak.

[eiseres] en [eiser] hebben ter zitting desgevraagd meegedeeld dat [eiseres] na overleg en met instemming van [eiser] de factuur heeft ondertekend, zodat ook hij toestemming heeft gegeven.

De voorzieningenrechter gaat voorbij aan de in tweede instantie ter zitting geponeerde stelling van [eiser], dat aan [gedaagde] is meegedeeld dat deze privéfoto niet openbaar gemaakt mag worden en dat [gedaagde] heeft gezegd dat hij de foto enkel als voorbeeld aan klanten zou tonen.

[gedaagde] heeft dit betwist, zodat bewijsvoering noodzakelijk is en daarvoor leent de procedure in kort geding zich niet. Bovendien hebben [eiseres] en [eiser] eerder ter zitting bij monde van hun advocaat het standpunt ingenomen, dat tussen partijen in het geheel niet is gesproken over openbaarmaking van de foto. In het licht van de zware eisen die gesteld worden aan bewijs dat beoogt uit schriftelijke stukken blijvende stellingen te ontkrachten, wordt voorshands geoordeeld dat deze nadere stelling in het kader van dit kort geding onvoldoende onderbouwd is.

3.6. Uit het vorenstaande volgt dat, gegeven de toestemming, geen sprake is van inbreuk op het portretrecht van [eiseres] en [eiser].

3.7. Nu [eiseres] en [eiser] toestemming hebben gegeven is evenmin sprake van onrechtmatig handelen. De wijze van openbaarmaking is immers geheel in lijn met hetgeen te verwachten was op grond van die toestemming.

3.8. Het beroep van [eiseres] en [eiser] op vernietiging wordt eveneens gepasseerd en daartoe wordt het volgende overwogen.

3.9. De stelling van [eiseres] en [eiser] dat de betreffende bepaling een algemene voorwaarde is, wordt gepasseerd. De gevraagde toestemming is niet aan te merken als een beding bij de totstandkoming van de opdracht. De toestemming is immers achteraf, bij het factureren, gevraagd en verkregen en is daarmee geen (algemene) voorwaarde. Bovendien is expliciet de mogelijkheid geboden het beding, door doorhaling van de betreffende clausule, niet te aanvaarden zonder effect voor de verbintenis voor het overige. Ook om die reden kan het niet als algemene voorwaarde gelden. Tenslotte betreft het beding, dat immers juist (tevens) expliciet op het verlenen van toestemming ziet tegenover het verkrijgen van een kopie van het beeldbestand, om die reden een kernbeding.

3.10. [eiseres] en [eiser] stellen dat zij hebben gedwaald ten aanzien van de inhoud en gevolgen van contractsbepaling omdat [gedaagde] heeft verzuimd om hen deugdelijk in te lichten over de consequenties van de ondertekening en zij mede daarom niet hebben begrepen dat de ondertekening aan [gedaagde] de mogelijkheid zou verschaffen om de foto zonder hun toestemming openbaar te maken. De voorzieningenrechter is van oordeel dat geen sprake is van dwaling omdat de betreffende bepaling duidelijk is en geen nadere uitleg behoeft.

3.11. [eiseres] en [eiser] stellen dat sprake is van bedrog omdat de consequenties die voortvloeien uit ondertekening van de factuur door [gedaagde] opzettelijk zijn verzwegen. Ook hier geldt dat de betreffende bepaling duidelijk is en [gedaagde] niets heeft verzwegen. Er is dan ook geen sprake van bedrog.

3.12. [eiseres] en [eiser] stellen tenslotte dat sprake is van misbruik van omstandigheden omdat zij onervaren waren op het gebied van het auteurs- en portretrecht en [gedaagde] hen niet op deugdelijke wijze heeft geïnformeerd over zijn bedoelingen en over de consequenties van het ondertekenen van de factuur. Het beroep op misbruik van

omstandigheden faalt eveneens omdat de betreffende bepaling ook duidelijk is voor diegene die geen specifieke kennis heeft van het auteurs- en portretrecht.

3.13. Uit het vorenstaande volgt dat de vorderingen van [eiseres] en [eiser] worden afgewezen.

3.14. [eiseres] en [eiser] zullen als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [gedaagde] worden begroot op Euro 258,00 aan griffierecht.

4. De beslissing  
De voorzieningenrechter

4.1. wijst de vorderingen af,

4.2. veroordeelt [eiseres] en [eiser] in de proceskosten, aan de zijde van [gedaagde] tot op heden begroot op Euro 258,00,

4.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. Van der Weide en bij vervroeging in het openbaar uitgesproken op 1 juni 2011.