

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.177.754/01

zaaknummer rechtbank Amsterdam : C/13/591385 / KG ZA 15-945 CB/JWR

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 3 mei 2016

inzake

PRIVATESCAN B.V.,
gevestigd te Hengelo (O),
appellante,
tevens incidenteel geïntimeerde,
advocaat: mr. R.J. Leijssen te Enschede,

tegen

✕
wonend te Hilversum,
geïntimeerde,
tevens incidenteel appellante,
advocaat: mr. M.C.S. de Boer te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna Privatescan en ✕ genoemd.

Privatescan is bij dagvaarding van 24 september 2015 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam (hierna: de voorzieningenrechter) van 9 september 2015, onder bovenvermeld zaaknummer in kort geding gewezen tussen ✕ als eiseres en Privatescan als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, met producties;
- memorie van antwoord in incidenteel appel.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 24 februari 2016 doen bepleiten door hun advocaten, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Privatescan heeft nog producties in het geding gebracht.

Ten slotte is arrest gevraagd.

Privatescan heeft in het principale appel geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van X zal afwijzen, haar zal veroordelen (eventueel) betaalde dwangsommen terug te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente, en haar zal verbieden dwangsommen te executeren, met veroordeling van X in de kosten van het geding in beide instanties.

X heeft in het principale appel geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring van Privatescan daarin, dan wel tot afwijzing van de grieven, met - uitvoerbaar bij voorraad - veroordeling van Privatescan in de kosten van het geding, zo begrijpt het hof, in het principale beroep.

X heeft in incidentele appel gevorderd dat het hof - uitvoerbaar bij voorraad - Privatescan zal veroordelen (a) binnen 48 uur na betekening van het te dezen te wijzen arrest iedere openbaarmaking of verveelvuldiging van de litigieuze bedrijfsfilm op de www.privatescan.nl te staken en gestaakt te houden, op straffe van een dwangsom van € 1.000,- per dag; (b) binnen 48 uur na betekening van het te dezen te wijzen arrest de volgende rectificatie op de homepage van haar website www.privatescan.nl te plaatsen, op straffe van een dwangsom van € 1.000,- per dag dat zij niet aan deze veroordeling voldoet, gedurende tenminste drie maanden, in duidelijk leesbare letters en zonder enig commentaar: "*Rectificatie. Hierbij delen wij u mede dat wij sinds de zomer van 2014 zonder toestemming van presentatrice X een film op onze website hebben geplaatst, waarin onder meer te zien [is] dat zij een body scan ondergaat. Daarnaast hebben wij zonder toestemming van X haar portret gebruikt in onze nieuwsbrieven. Wij betreuren dat wij hiermee in strijd hebben gehandeld met de portretrechten van X en bieden haar hierbij onze welgemeende excuses aan. Directie Privatescan BV*" en voor het overige het vonnis van de voorzieningenrechter te bekrachtigen, met zo begrijpt het hof, veroordeling van Privatescan in de kosten van het geding in het incidentele beroep.

2. Feiten

2.1 De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 9 de feiten vermeld die hij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil zodat ook het hof daarvan uitgaat.

2.2 Het gaat in deze zaak om het volgende.

2.3 X is een presentatrice van televisieprogramma's, waaronder "Health Travel" en "Medical Travel". Ook treedt zij op als actrice en neemt zij deel aan tv-shows.

2.4 Privatescan exploiteert een onderneming die zogenoemde total body scans aanbiedt op de Nederlandse markt.

2.5 B. (hierna:), een cameraman/producer, heeft Privatescan en met elkaar in contact gebracht.

2.6 Privatescan en hebben op 24 juni 2009 een overeenkomst gesloten, die is vastgelegd in een door Privatescan aan gezonden brief met onder meer de volgende inhoud:

"Hierbij bevestigen wij uw opdracht voor het laten uitvoeren van een Total Body Scan met aanvullend bloedonderzoek (...) In overleg met de heer is overeengekomen dat het onderzoek u kosteloos wordt aangeboden door PrivateScan B.V. [e]n dat u een eenmalige netto vergoeding van € 600,00 incl. 19% BTW ontvangt op een door u opgegeven bankrekeningnummer. Middels dit akkoord geeft u PrivateScan B.V. toestemming om de gemaakte videobeelden van uw onderzoek (niet uw MRI beelden), een door u aangeleverde portretfoto en quootjes van u exclusief (dwz uitsluitend) te mogen gebruiken op de website www.privatescan.nl. PrivateScan B.V. dient in geval zij bovenstaande materialen wens[te] in te zetten in andere media kanalen dan haar eigen website uw uitdrukkelijke en schriftelijke toestemming daarvoor te hebben. (...)"

2.7 Het in de overeenkomst bedoelde onderzoek is uitgevoerd en een video-opname daarvan (hierna: de video-opname) - waarbij als cameraman optrad - is op de website van Privatescan geplaatst.

2.8 heeft op 20 oktober 2009 per e-mail aan , directeur van Privatescan, geschreven: *"hoi hierbij de factuur per mail hij komt ook nog per post. Uiteraard is het geen probleem dat jullie de film met ook op jullie eigen Social media kanalen zetten en gebruiken in jullie nieuwsbrieven. Ik begreep van dat [zij] dit met jou ook zo heeft afgesproken en goedgekeurd. Zelf had ik de film al laten plaatsen in het Youtube kanaal van Lifestyleexperience. [https://www.youtube.com/watch \(...\)](https://www.youtube.com/watch (...)). groet*

2.9 In de zomer van 2014 heeft contact opgenomen met Privatescan en verzocht het gebruik van de video-opname op de website te staken. Privatescan heeft vervolgens gedurende ongeveer een half jaar een video-opname waarin een andere persoon te zien was op haar website getoond. Daarna is Privatescan weer overgegaan tot het gebruik van de video-opname van .

2.10 Privatescan verzendt digitale nieuwsbrieven. In een aantal daarvan is een portret van afgebeeld, met een link naar de video-opname op de website.

2.11 heeft in juni 2015 Privatescan verzocht het gebruik van de video-opname en van haar portret te staken. Bij brief van haar advocaat van 26 juni 2015 aan Privatescan heeft de overeenkomst van 24 juni 2009, voor zover deze niet reeds zou zijn beëindigd, ontbonden dan wel met onmiddellijke ingang opgezegd.

2.12 Privatescan heeft daarop laten weten dat zij zich gerechtigd acht het gebruik van de video-opname op haar website te continueren alsook het gebruik van de portretfoto in de nieuwsbrieven.

2.13 Op 16 november 2015 heeft **Y** aan de advocaat van Privatescan een brief geschreven met onder andere de volgende inhoud: *“De email d.d. 20 oktober 2009, waarin ik de heer **Z** bericht dat hij de bedrijfsfilm mocht inzetten op de sociale mediakanalen en de nieuwsbrief van Privatescan berust op een vergissing. Ik was immers niet op de hoogte van de tussen mevrouw **X** en de heer **Z** gemaakte afspraken inzake het gebruik van de gemaakte beelden.”*

3. Beoordeling

3.1 **X** heeft in eerste aanleg gevorderd dat, uitvoerbaar bij voorraad, (a) Privatescan wordt veroordeeld tot i. het staken en gestaakt houden van iedere inbreuk op haar portretrecht, ii. in het bijzonder door iedere openbaarmaking van de video-opname op de website van Privatescan en via alle andere media; (b) Privatescan wordt veroordeeld een schriftelijke opgave te doen van ieder gebruik dat Privatescan heeft gemaakt van het portret van **X**, anders dan door het toegestane gebruik van de video-opname op de website van Privatescan, welke opgave voorzien dient te zijn van een goedkeurende verklaring van een accountant; (c) Privatescan wordt veroordeeld de ook in hoger beroep gevorderde rectificatie te plaatsen; (d) Privatescan wordt veroordeeld tot betaling van een voorschot op de schadevergoeding waar zij in een bodemprocedure aanspraak op zal kunnen maken wegens inbreuk op haar portretrecht, ten bedrage van € 5.000,-, althans een in goede justitie te bepalen bedrag; (e) Privatescan wordt veroordeeld tot betaling van een dwangsom voor overtreding van de veroordelingen a tot en met c van € 10.000,- per overtreding en van € 1.000,- voor iedere dag dat de overtreding voortduurt en (f) Privatescan wordt veroordeeld in de proceskosten.

3.2 Privatescan heeft tegen deze vorderingen verweer gevoerd.

3.3 De voorzieningenrechter heeft Privatescan, uitvoerbaar bij voorraad, veroordeeld (i) ieder gebruik van de video-opname en de door **X** aangeleverde portretfoto en quotjes te staken en gestaakt te houden, behoudens voor zover dit het gebruik op de website www.privatescan.nl betreft, zulks op straffe van een dwangsom van € 1.000,- voor iedere dag met een maximum van € 50.000,- dat Privatescan niet aan deze veroordeling voldoet; (ii) een schriftelijke opgave te doen van ieder gebruik van de video-opname en de door **X** aangeleverde portretfoto en quotjes anders dan op de website www.privatescan.nl, wat betreft het gebruik in nieuwsbrieven voorzien van het aantal edities en de totale oplage per nieuwsbrief en wat betreft de overige uitingen voorzien van ene beschrijving daarvan en de omvang, locatie en duur van het gebruik, welke opgave voorzien dienen te zijn van een goedkeurende verklaring van een accountant, zulks op straffe van een dwangsom van € 100,- voor iedere dag met een maximum van € 5.000,- dat Privatescan niet aan deze

veroordeling voldoet; (iii) tot betaling aan van een bedrag van € 250,-; (iv) tot betaling van de proceskosten en (v) het meer of anders gevorderde afgewezen.

3.4 Tegen bovenstaande beslissingen en de gronden waarop zij berusten richten zich het principale en het incidentele beroep. In de grieven I en II in principaal appel richt Privatescan zich tegen de overweging van de voorzieningenrechter dat geen toestemming heeft gegeven om de gemaakte videobeelden in te zetten in andere mediakanalen dan de website van Privatescan. Grief III in principaal appel komt erop neer dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld het niet aannemelijk te achten dat het beroep op artikel 6:89 BW (rechtsverlies door niet-protesteren) door de bodemrechter zal worden gehonoreerd. In grief IV in principaal appel wordt verwezen naar de Svensson-uitspraak van het Europese Hof van Justitie van 13 februari 2014 (C-466/12). Grief V in principaal appel heeft betrekking op de overweging van de voorzieningenrechter dat een redelijk belang heeft om zich tegen het opnemen van haar foto in de nieuwsbrief van Privatescan te verzetten. Grief VI in principaal appel (abusievelijk genummerd IV, randnummers 127 tot en met 133 van de memorie van grieven) is gericht tegen de veroordeling van Privatescan om opgave te doen van het gebruik van de video-opnamen en de aangeleverde portretfoto's, anders dan op de website www.privatescan.nl. De grieven VII en VIII in principaal appel (abusievelijk genummerd V, randnummers 146 tot en met 165 van de memorie van grieven) hebben betrekking op de proceskostenveroordeling.

3.5 heeft incidenteel hoger beroep ingesteld. In grief I stelt zij dat de voorzieningen-rechter de vordering tot het staken van de openbaarmaking van de film ten onrechte heeft afgewezen. Grief II komt op tegen de afwijzing van de gevorderde rectificatie en grief III klaagt over de omvang van de maximering van de dwangsommen die zijn verbonden aan het niet voldoen aan de veroordeling tot bekendmaking van de gegevens zoals genoemd in 3.3 onder ii van dit arrest.

3.6 Het hof zal eerst grief I in incidenteel appel behandelen.

3.6.1 Privatescan heeft medio 2009 de op grond van de overeenkomst van 24 juni 2009 gemaakte video-opname op haar website geplaatst. heeft medio 2014 verzocht deze video-opname van de website te verwijderen omdat die video-opname "lang genoeg" op de website geplaatst was geweest. Privatescan heeft de video-opname vervolgens van haar website verwijderd. voert aan dat partijen daarmee de overeenkomst uit 2009 met wederzijds goedvinden hebben beëindigd. Privatescan stelt dat zij de video-opname medio 2014 van haar website heeft afgehaald maar dat zij daarbij het voorbehoud heeft gemaakt dat deze teruggeplaatst zou kunnen worden indien de vervangende video-opname met een andere met name genoemde persoon geen succes zou blijken te hebben. Vast staat dat de video-opname in of kort na juni 2014 van de website van Privatescan is verwijderd. Daarmee heeft , nu van het door Privatescan gestelde voorbehoud onvoldoende is gebleken, vooralsnog aannemelijk gemaakt dat tussen partijen in juni 2014 een nadere overeenkomst (hierna: nadere overeenkomst) is gesloten, op grond waarvan de overeenkomst van 2009 tot een einde is gekomen. Dat partijen een dergelijke nadere afspraak hebben gemaakt acht het hof temeer aannemelijk gelet op

de (lange) duur, te weten van 2009 tot 2014, van de periode waarin de video-opname op de website van Privatescan te zien was en de bescheiden vergoeding van € 600,- die voor haar medewerking aan het maken van de video-opname heeft ontvangen, welke bescheiden vergoeding beëindiging van het gebruik van de opname na verloop van tijd in de rede doet liggen. Nu het hof het aldus voldoende aannemelijk acht dat partijen in 2014 een nadere overeenkomst hebben gesloten houdende beëindiging van de in 2009 gesloten overeenkomst, stond het Privatescan niet vrij in 2015 de video-opname opnieuw op haar website te plaatsen, nu dat in strijd is met het portretrecht van . Grief I in incidenteel appel slaagt. Privatescan wordt bevolen de video-opname van haar website te verwijderen. Op niet-nakoming van dit bevel zal een dwangsom worden gesteld van € 1.000,- per dag met een maximum van € 50.000,-.

3.6.2 De grieven I tot en met VI in principaal appel hebben betrekking op het gebruik van de portretfoto van in de nieuwsbrief van Privatescan en van de video-opname via andere social media kanalen dan de website van Privatescan. Zij zullen gezamenlijk worden behandeld. Privatescan voert allereerst aan dat volgens het Svensson-arrest het gehele internet als één kanaal moet worden gezien. Voorts voert Privatescan aan dat expliciet toestemming heeft gegeven voor het gebruik van de foto en de videobeelden via andere media-kanalen, althans dat Privatescan er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat die toestemming had gegeven.

3.6.3 Het hof is van oordeel dat, nu tussen partijen bij de overeenkomst van 24 juni 2009 was overeengekomen dat Privatescan de "uitdrukkelijke en schriftelijke" toestemming behoefde van voor het gebruik van de portretfoto en de video-opname anders dan op de website van Privatescan, het gebruik van de foto en het via andere kanalen inzetten van de video-opname zonder expliciete toestemming van niet was toegestaan. Hetgeen is beslist in het Svensson-arrest doet daaraan niet af. Het maakt immers verschil of de video-opname alleen te zien is via een bezoek aan de website van Privatescan of dat deze video-opname ook via Facebook of andere sociale media is te raadplegen. Partijen zijn overeengekomen dat alleen het eerste was toegestaan, behoudens uitdrukkelijke toestemming van .

3.6.4 Privatescan heeft zich er verder op beroepen dat die expliciete toestemming op 30 juli 2009 mondeling heeft gegeven, maar zulks wordt door betwist. Dat een dergelijke toestemming mondeling zou hebben gegeven is in dit kort geding niet komen vast te staan. Bovendien is volgens de overeenkomst schriftelijke toestemming van nodig en van enig schriftelijk bericht van dienaangaande is niet gebleken. Verder voert Privatescan aan dat bij zijn e-mail van 20 oktober 2009 namens de desbetreffende toestemming heeft gegeven. Dit valt naar het oordeel van het hof niet in deze e-mail van te lezen. was maker van de video-opname en daarmee rechthebbende in de zin van de Auteurswet. Hij schrijft dat hij het geen probleem vindt indien de video-opname via eigen social media kanalen van Privatescan zou worden geplaatst. Kennelijk heeft daarbij het oog gehad

op zijn positie als rechthebbende van het auteursrecht op die video-opname. Verder schrijft hij dat hij van begrepen heeft dat zij dat ook zo met Privatescan had afgesproken. Daarmee stelt zich niet op als vertegenwoordiger van - noch mocht Privatescan redelijkerwijs uit een gedraging van laatstgenoemde begrijpen dat hij als zodanig handelde -, maar geeft hij zijn indruk over wat tussen Privatescan en zou zijn afgesproken. Het had op de weg van Privatescan gelegen te verifiëren bij of deze weergave juist was en of zij inderdaad akkoord ging - hetgeen volgens het tussen Privatescan en gesloten contract vereist was - met de wens van Privatescan tot plaatsing van de foto het gebruik van de video-opname op andere sociale mediakanalen. Niet is gesteld dat Privatescan dat nadien bij heeft geverifieerd. Het hof concludeert daarom dat voorshands niet gebleken is dat de vereiste toestemming heeft gegeven.

3.6.5 Privatescan voert verder met een beroep op artikel 6:89 BW aan dat , door pas in 2015 te stellen dat haar foto en de link naar de video-opname ten onrechte in de nieuwsbrieven van Privatescan was opgenomen, niet tijdig heeft geklaagd, nu zij al vanaf 2009 van de inhoud van die nieuwsbrieven op de hoogte was. Het hof verwerpt dit betoog. heeft betwist kennis genomen te hebben van de inhoud van de nieuwsbrieven. Dat zij in weerwil hiervan op de hoogte was van de inhoud van de nieuwsbrieven is niet komen vast te staan. Nog afgezien daarvan is het antwoord op de vraag of tijdig is geklaagd afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Tot die omstandigheden behoort of de schuldenaar nadeel lijdt door het (late) tijdstip waarop de schuldenaar heeft geklaagd. Niet is gebleken dat Privatescan in het kader van de vraag of de foto en verwijzing naar de video-opname via de sociale media dienen te worden verwijderd, nadeel heeft geleden door het gestelde (late) tijdstip van klagen door . Het betoog van Privatescan faalt.

3.6.6 heeft naar het oordeel van het hof er een redelijk belang bij zich tegen opname van haar portret in de nieuwsbrief van Privatescan te verzetten. Deze opname, waarvoor geen toestemming is verleend, is immers in strijd met haar portretrecht.

3.6.7 Het hof acht daarmee niet voldoende aannemelijk dat in een bodemprocedure zal worden geoordeeld dat Privatescan vanaf 2009 gerechtigd was de foto van alsmede de video-opname te gebruiken anders dan uitsluitend op de website van Privatescan. De grieven I tot en met VI in principaal appel falen.

3.6.8 voert in grief II in incidenteel appel aan dat haar vordering tot rectificatie ten onrechte is afgewezen. Privatescan heeft tegen deze vordering gemotiveerd verweer gevoerd. Naar het oordeel van het hof heeft onvoldoende onderbouwd welk belang zij heeft bij de gevorderde rectificatie. De grief faalt reeds hierom.

3.6.9 In grief III in incidenteel appel voert aan dat Privatescan de in 3.3 onder ii genoemde informatie niet heeft verstrekt en dat de in dat vonnis bepaalde maximum dwangsom dus onvoldoende effect heeft gehad. Privatescan heeft dat niet

voldoende gemotiveerd weersproken. Op het niet nakomen van de hiervoor genoemde veroordeling zal het maximum van de te verbeuren dwangsommen daarom worden verhoogd tot € 50.000,- als hierna te vermelden.

3.6.10 De grieven VII en VIII in principaal appel hebben betrekking op de proceskostenveroordeling. Gelet op hetgeen hierboven is overwogen heeft de voorzieningenrechter Privatescan terecht in de proceskosten in eerste aanleg veroordeeld. De grieven falen dus.

3.7 De grieven I en III in het incidentele appel slagen en de overige grieven, ook die in het principale appel falen. Privatescan zal, als de in principaal en in overwegende mate in incidenteel hoger beroep in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van het hoger beroep worden veroordeeld.

4. Beslissing

Het hof:

vernietigt het bestreden vonnis met inachtneming van het volgende en

in zoverre opnieuw rechtdoende:

veroordeelt Privatescan binnen 48 uur na betekening van dit arrest iedere openbaarmaking of verveelvuldiging van de video-opname op de website www.privatescan.nl te staken en gestaakt te houden;

veroordeelt Privatescan aan een dwangsom te betalen van € 1.000,- voor iedere dag - een gedeelte van een dag daaronder begrepen - dat Privatescan niet aan deze veroordeling voldoet, met een maximum van € 50.000,-;

stelt de maximaal door Privatescan wegens niet-voldoening aan de in het dictum van het bestreden vonnis onder 5.4 vermelde veroordeling nader vast op € 50.000,-, zulks met dien verstande dat naast en boven de eventueel reeds door Privatescan in dit verband verbeurde dwangsommen nadere dwangsommen worden verbeurd voor iedere dag - een gedeelte van een dag daaronder begrepen - dat Privatescan daarmee 48 uur na betekening van dit arrest in gebreke blijft;

bekrachtigt het bestreden vonnis voor het overige;

veroordeelt Privatescan in de kosten van het geding, tot op heden aan de zijde van in principaal appel begroot op € 311,- aan verschotten en € 2.682,- voor salaris en in incidenteel appel op € 1.341,- voor salaris;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. W.H.F.M. Cortenraad, S.F. Schütz en G.C. Boot en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 3 mei 2016.



mr. J.C.W. Rang

AFGECE... BOSSE
AAN: MK. MCS. de Boer
DE G... AR

