



De Rijdende Rechter

Zaaknummer : S21-71
Datum uitspraak : 18 januari 2017
Plaats uitspraak : Zeist

Bindend Advies

in het geschil tussen:

J. Kuiper te Apeldoorn

verder te noemen: **Kuiper**

en

Hollandse Hoogte te Den Haag/**Permission Machine** te Mechelen

Hierbij vertegenwoordigd door de algemeen directeur van Hollandse hoogte, de heer B. van Beek en de algemeen directeur van Permission Machine de heer G. Luyckx

verder te noemen **Hollandse Hoogte/Permission Machine**

gegeven door mr J.S. Reid, verder te noemen de rijdende rechter.

De procedure.

Partijen zijn schriftelijk overeengekomen dit geschil door middel van een bindend advies op basis van het bindend adviesreglement "De Rijdende Rechter" te laten beslechten.

De rijdende rechter heeft kennisgenomen van alle door partijen overgelegde stukken.

Het geschil is behandeld op de hoorzitting van 18 november 2016, die is gehouden te Den Haag.

Partijen zijn behoorlijk opgeroepen voor de hoorzitting.

Voorafgaande daaraan heeft de rijdende rechter zich begeven naar de burelen van Hollandse Hoogte alwaar inzichtelijk is gemaakt hoe Kuiper foto's voor haar website selecteert, hoe de fotograaf Ton Poortvliet te werk gaat bij het bedenken van een concept voor zijn foto's en hoe Permission Machine mogelijke inbreuken op het auteursrecht opspoorde.

Partijen zijn in de gelegenheid gesteld op- en aanmerkingen te maken.

Partijen zijn op de hoorzitting verschenen en hebben hun standpunten toegelicht.

Op de hoorzitting was als deskundige aanwezig mr. D.J.G. Visser, hoogleraar intellectueel eigendomsrecht.

Hierna is de uitspraak bepaald op vandaag.

Vaststaande feiten.

In deze procedure mag van de volgende feiten worden uitgegaan, omdat deze voldoende zijn komen vast te staan.

1. Kuiper is zelfstandig ondernemer. Zij voert een praktijk als doula, trainer, uitvaartbegeleider en *lifecoach*.
2. Op haar website doula.jettykuiper.nl/2007/07/soms-gaat-het-anders.html had Kuiper een foto van een gebroken beschuitje geplaatst, die afkomstig is van de website Dutchfreecard.nl. De foto heeft 8 à 9 jaar op haar website gestaan.
3. De fotograaf van deze foto is Ton Poortvliet. Hij wordt voor de exploitatie van zijn werk vertegenwoordigd door Hollandse Hoogte/Permission Machine
4. Op 7 april 2016 heeft Permission Machine onder de naam Graphic Detective Kuiper aangeschreven en haar een licentie voor de foto aangeboden van

€ 260,-, inclusief verhoging en BTW. Daarop heeft Kuiper niet gereageerd. Op de herinnering(en) reageerde zij slechts met de zin dat de foto van de website Dutchfreecard.nl kwam.

5. Bij brief van 12 oktober 2016 stelde zich een advocaat voor Hollandse Hoogte/Permission Machine. Hij stelde dat zijn cliënt recht had op een schadevergoeding van € 820,- van Kuiper. De advocaat deed daarbij voorts een schikkingsvoorstel van € 615,-.
6. Partijen hebben geen regeling getroffen.

De vorderingen/standpunten van Kuiper

Kuiper vordert een verklaring van recht dat zij geen auteursrechtelijke inbreuk heeft gemaakt. Zij was te goeder trouw. De foto's zijn op Dutchfreecard vrij van alle rechten en gratis aangeboden.

Kuiper vordert voorts een verklaring van recht dat zij niet onrechtmatig heeft gehandeld.

Kuiper vordert verder een verklaring van recht dat zij geen betaling aan Hollandse Hoogte/Permission Machine verschuldigd is.

De vorderingen/standpunten van Hollandse Hoogte/Permission Machine

Hollandse Hoogte/Permission Machine vorderen van Kuiper een bedrag van € 615,- als vergoeding voor geleden schade.

Dit is niet de daadwerkelijke schadebedrag maar het schikkingsvoorstel van 12 oktober 2016. De schade die zij geleden hebben bestaat uit;

Misgelopen licentie inkomsten: € 200,-;

Opslag door het zonder toestemming publiceren van de foto: € 200,-;

Opslag voor geen naamsvermelding: € 50,-;

Opslag door verminking van het werk aangezien Kuiper een uitsnede van de foto gemaakt zou hebben: € 50,-;

Kosten voor het vaststellen van de inbreuk: € 70,-;

en tenslotte de kosten van juridische bijstand: € 250,-.

Het werkelijke schadebedrag is € 820,-.

Hollandse Hoogte/Permission Machine vorderen dat Kuiper het gebruik van de foto definitief staakt en alle kopieën hiervan die zij eventueel in bezit heeft, vernietigt. Zij heeft immers geen licentie aangeschaft.

Hollandse Hoogte legt aan haar vordering het volgende ten grondslag. Kuiper heeft

inbreuk heeft gemaakt op de auteurs- en persoonlijkheidsrechten van Poortvliet door de foto zonder toestemming en naamsvermelding en na een niet toegestane bewerking op de website te gebruiken. Kuiper is aldus op grond van onrechtmatig handelen schadeplichtig jegens Hollandse Hoogte.

Kuiper voert verweer en concludeert tot afwijzing van het gevorderde. Kuiper stelt dat zij dacht dat het haar vrij stond om foto's die op de site Dutchfreecards.nl stonden op te slaan en (al dan niet na bewerking) te gebruiken voor haar website. Zij is ook niet bereid om te betalen voor het plaatsen van foto's op de website. Nu Kuiper de foto direct na ontvangst van de eerste brief van Hollandse Hoogte van de website heeft verwijderd, is zij naar haar mening dan ook geen vergoeding aan Hollandse Hoogte verschuldigd. Zij handelde volstrekt te goeder trouw.

Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

De deskundige

Mr. D.J.G. Visser heeft – kort samengevat – het volgende verklaard:

Mevrouw Kuiper heeft een driedubbele inbreuk gemaakt op het auteursrecht van de fotograaf.

Zij heeft zonder toestemming van de fotograaf de foto gepubliceerd op haar blog. Dit deed zij zonder naamsvermelding en zij heeft de foto bijgesneden.

Voor het gebruik van auteursrechtelijk beschermd foto's moet betaald worden, en mensen mogen er niet van uit gaan dat foto's op het web rechtevrij zijn. Wat een billijke schadevergoeding is voor een degelijke inbreuk is moeilijk te zeggen. De werkelijk geleden schade is immers niet vast te stellen.

De beoordeling

Kuiper heeft wellicht gedacht dat de foto's op Dutchfreecard.nl gratis te gebruiken waren en dat de brieven van Permission Machine onder de naam 'Graphic Detective' spookfacturen waren. Dit brengt echter niet mee dat zij niet schadeplichtig is. Bij een auteursrechtelijke schending maakt goede trouw niet uit. Opzet op de inbreuk van het auteursrecht is niet vereist. De enkele inbreuk is onrechtmatig.

Kuiper stelt dat niet zij, maar Dutchfreecards de eerst aangesproken partij had moeten zijn. Of de website waar Kuiper de foto van afgehaald zich mogelijk ook van schending van het auteursrecht schuldig maakte is hier echter niet van belang. Zij is ten eerste geen partij in deze zaak. Hollandse Hoogte/Permission Machine hebben voorts gesteld dat zij een beleid voeren waarbij in principe alleen commercieel gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal door hen wordt aangepakt. Dat staat hun vrij.

Gesteld noch gebleken is dat Dutchfreecards – in tegenstelling tot Kuiper – een commercieel doel nastreeft.

Dat Ton Poortvliet het auteursrecht heeft op de foto staat niet ter discussie. Op grond van artikel 1 Auteurswet (hierna: Aw) heeft hij als auteursrechthebbende het uitsluitend recht om de foto openbaar te maken en te verveelvoudigen. Anderen mogen dit in beginsel alleen met voorafgaande toestemming van Hollandse Hoogte, Poortvliets vertegenwoordiger. Voorts komt de auteursrechthebbende op grond van artikel 25 lid 1 sub a en c Aw in beginsel het recht toe op vermelding van zijn naam als maker bij de foto, en het recht om zich te verzetten tegen het wijzigen van de foto.

inbreuk

Tussen partijen staat vast dat de foto zonder toestemming van Hollandse Hoogte door Kuiper is bewerkt en vervolgens op de website openbaar is gemaakt zonder vermelding van de naam van Poortvliet als maker. Gelet daarop is er sprake van een inbreuk op de auteurs- en persoonlijkheidsrechten van Poortvliet en daarmee van onrechtmatig handelen van Kuiper jegens hem op grond waarvan Kuiper schadeplichtig is. De vermeende onwetendheid van Kuiper ter zake van de auteursrechtelijke bescherming die op de foto rust, doet hier niets aan af. Ook het onbewust schenden van het auteursrecht komt voor rekening en risico van de inbreukmaker.

schade

De rijdende rechter is van oordeel dat Hollandse Hoogte voldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld op grond waarvan kan worden aangenomen dat als gevolg van de geconstateerde inbreuk schade is geleden. Hollandse Hoogte heeft gemotiveerd gesteld dat Poortvliet met zijn foto's inkomsten genereert en dat de foto in opdracht is gemaakt en dat hij daarvoor gebruikelijk vergoedingen ontvangt. Dit is door Kuiper ook niet bestreden. Nu de schade niet exact is vast te stellen, zal deze op de voet van artikel 6:97 BW begroot moeten worden op een wijze die het meest in overeenstemming is met de aard van de geleden schade.

Schadevergoeding

Schadevergoeding misgelopen licentie inkomsten

De rijdende rechter neemt voor de begroting van de schade als uitgangspunt dat Hollandse Hoogte ten minste aanspraak kan maken op een schadevergoeding gelijk aan de gebruikelijke licentievergoeding die Kuiper verschuldigd zou zijn geweest indien zij voorafgaand aan de plaatsing op haar website toestemming had gevraagd. Door Kuiper is niet betwist dat Hollandse Hoogte aan gebruik van zijn foto's de tarieven verbindt zoals vermeld op de prijslijst op haar website en dat het tarief voor gebruik van de foto € 200,00 exclusief btw bedraagt. Schadevergoeding die als gevolg van

een onrechtmatige daad is toegekend, vormt geen belastbare vergoeding voor de btw, zodat ter zake € 200,00 wordt toegekend.

Met betrekking tot de overig gevorderde schadevergoeding overweegt de rijdende rechter als volgt.

Schadevergoeding voor het zonder toestemming publiceren van de foto

Als slechts de misgelopen licentievergoeding als schade zou worden toegewezen, zou schending van het auteursrecht voor de dader een 'niet-geschoten-is-altijd-mis' kwestie worden. De schadevergoeding zal daarom in ieder geval hoger moeten zijn dan de niet-betaalde licentievergoeding. De rijdende rechter zal van het door Hollandse Hoogte gevorderde bedrag een bedrag van € 200,00 als vergoeding voor de auteursrechtinbreuk toewijzen.

Schadevergoeding door het ontbreken van naamsvermelding/ Schadevergoeding voor vermindering van het werk

De rijdende rechter acht het in dit geval redelijk om naast genoemde bedragen een opslag te hanteren als vergoeding voor geleden schade vanwege misgelopen *exposure* als gevolg van het ontbreken van de naamsvermelding en vanwege de aangebrachte wijzigingen in het werk.

Deze schade begroot de rijdende rechter *ex aequo et bono* op € 100,00.

Schadevergoeding kosten vaststellen inbreuk/ kosten van juridische bijstand

Hollandse Hoogte/Permission Machine heeft door deelname aan deze, voor partijen in principe kosteloze, bindend adviesprocedure de kans gekregen om aan meer dan een miljoen mensen duidelijk te maken dat het gebruik van foto's van het internet voor commerciële doeleinden een aanzienlijk risico tot schadelijking meebrengt. In dat licht acht de rijdende rechter het redelijk dat zij in deze zaak de kosten (van juridische bijstand) zelf draagt.

Gelet op het vorenstaande bepaalt de rijdende rechter de door Kuiper te vergoeden schade op een bedrag van € 500,00. De vordering is in zoverre toewijsbaar.

Vernietiging alle in het bezit zijnde kopieën en staking gebruik foto

Hollandse Hoogte/Permission Machine doelt hiermee op het feit dat ten tijde van het locatiebezoek Kuiper de foto weliswaar van haar blog had verwijderd maar de bewuste foto nog op haar server had staan.

De link http://upload.jettykuiper.nl/doula/uploaded_images/S5002301-715200.jpg was namelijk nog actief.

Kuiper heeft gezegd zich daar niet van bewust te zijn geweest en opdracht te geven om deze link uit de lucht te halen. De rijdende rechter gaat ervan uit dat Kuiper haar belofte

nakomt en dat op deze vordering geen beslissing meer hoeft te volgen.

BESLISSING

De rijdende rechter

Veroordeelt Kuiper tot het betalen van € 500,- euro aan schadevergoeding aan Hollandse Hoogte/Permission Machine.

Wijst iedere andere vordering af.

Dit bindend advies is gegeven door mr J.S. Reid als rijdende rechter en uitgesproken te Zeist op 18 januari 2017.

Bindend Adviseur

Secretaris

mr. J.S. Reid

mr. C.M. Sharif