

Rb Rotterdam, 30 juli 2008, Foto Fysiotherapeut**PORTRETRECHT****Redelijk belang****[Als onafhankelijk adviseur heeft eiseres er belang bij om niet geassocieerd te worden met een bepaalde producent van die apparatuur](#)**

Vervolgens is aan de orde de vraag of [eiseres] een redelijk belang heeft zich te verzetten tegen publicatie van haar foto in de folder. Te dien aanzien overweegt de rechtbank als volgt. Als onvoldoende gemotiveerd betwist staat vast dat [eiseres] thans werkzaam is als onafhankelijk adviseur en dat haar cliëntèle met name bestaat uit fysiotherapeuten. Daarbij komt het voor dat zij fysiotherapeuten adviseert omtrent aan te schaffen apparatuur. Gelet hierop heeft zij er belang bij om niet geassocieerd te worden met een bepaalde producent van die apparatuur. Dat door de litigieuze folder een verband wordt gelegd tussen [eiseres] en [gedaagde-1] als producent is evident, nu het logo met naam van [gedaagde-1] prominent op de voorzijde van de folder onder de foto van [eiseres] is vermeld. Door het aangeschreven publiek, de fysiotherapeuten, zal dit worden opgevat als een ondersteuning van de producten van [gedaagde-1]. Deze associatie wordt niet weggenomen door het feit dat de folder ter promotie van de AED is uitgegeven door [gedaagde-2] in het kader van de ideale doelstelling de eerste hulp aan personen die getroffen worden door een hartstilstand te verbeteren. De conclusie moet dan ook zijn dat door de in de folder opgewekte associatie met [gedaagde-1] inbreuk wordt gemaakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van [eiseres] in die zin dat haar reputatie als onafhankelijk adviseur wordt aangetast, zodat zij een redelijk belang heeft zich tegen publicatie van haar foto op de folder te verzetten. Dat zij geen verzilverbare populariteit geniet is daarbij - anders dan [gedaagde-2] kennelijk meent - niet relevant.

Geen toerekening aan gedaagde-2**[Naar ter zitting door \[gedaagde-1\] is bevestigd, heeft \[gedaagde-2\] \[gedaagde-1\] nadrukkelijk gevraagd om foto's die zij voor deze campagne mocht gebruiken.](#)**

Vaststaat verder dat de foto deel uitmaakt van eerder door [gedaagde-1] zelf gebruikt reclamemateriaal, zodat [gedaagde-2] mocht aannemen dat [eiseres] in ieder geval daarmee had ingestemd. De foto is naar zijn aard onschuldig in die zin dat de foto op zichzelf beschouwd niet direct aanleiding geeft te veronderstellen dat de geportretteerde een redelijk belang zou kunnen hebben bij niet-publicatie daarvan in de folder. Deze omstandigheden tezamen maken dat [gedaagde-2] erop mocht vertrouwen dat [eiseres] aan [gedaagde-1] toestemming had verleend voor het beoogde gebruik van de foto en voor zover nodig [gedaagde-1] zich daarvan had verzekerd. Dat behoefde [gedaagde-2] niet zelf te doen. Het onrechtmatig handelen kan [gedaagde-2] dan ook niet worden toegerekend, zodat zij niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de dientengevolge door [eise-

res] geleden schade en deze geheel voor rekening van [gedaagde-1] dient te blijven.

Vindplaatsen: LJN: [BD9665](#)

Rb Rotterdam, 30 juli 2008

(G.J. Heevel)

Sector civiel recht

Zaak-/rolnummer: 298792 / HA ZA 08-82

Uitspraak: 30 juli 2008

VONNIS van de enkelvoudige kamer in de zaak van:

[eiseres],

wonende te Den Haag,

eiseres,

procureur mr. P.H.Ch.M. van Swaaij,

- tegen -

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [gedaagde-1] B.V.,

gevestigd te Rotterdam,

2. de stichting STICHTING [gedaagde-2],

gevestigd te Haren (Groningen),

gedaagden,

procureur mr. M. Bouma.

Eiseres wordt hierna aangeduid als "[eiseres]"; gedaagden worden hierna aan geduid als "[gedaagde-1]" respectievelijk "[gedaagde-2]" en gezamenlijk als "[gedaagden]".

1 Het verloop van het geding

De rechtbank heeft kennisgenomen van de volgende stukken:

dagvaardingen van 18 december 2007;

akte overlegging producties zijdens [eiseres];

conclusie van antwoord, met producties;

tussenvonnis van deze rechtbank d.d. 5 maart 2008, waarbij een comparitie van partijen is gelast;

akte zijdens [eiseres] met productie;

proces-verbaal van de comparitie van partijen, gehouden op 18 juni 2008.

2 De vaststaande feiten

Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken, gelet ook op de in zoverre niet betwiste inhoud van de in het geding gebrachte producties, staat tussen partijen - voor zover van belang - het volgende vast:

2.1 [eiseres] is in de periode 2004-2006 werkzaam geweest bij [gedaagde-1] als marketeer/commercieel medewerkster. [eiseres] is thans werkzaam als zelfstandig, onafhankelijk consultant en interimmanager in de gezondheidszorg, in welke hoedanigheid zij in het bijzonder fysiotherapiepraktijken adviseert op het gebied van marketing, beleid, strategie en onderzoek.

2.2 [gedaagde-1] is een onderneming die zich bezig houdt met inkoop en verkoop van medische apparatuur en hulpmiddelen, waaronder apparatuur voor fysiotherapie en revalidatie.

2.3 [gedaagde-2] is een stichting met een ideële doelstelling die zich onder meer bezighoudt met de promotie en implementatie van de Automatische Externe Defibrillator (hierna: de AED) om de eerste hulp aan personen die getroffen worden door een hartstilstand in den lande te verbeteren.

2.4 In 2005 is met toestemming van [eiseres] door [gedaagde-1] een foto van haar gemaakt waarop zij als fysiotherapeut is afgebeeld en een patiënt behandelt die ligt op de massagebank van [gedaagde-1] (hierna: de foto). De foto is daarna met haar toestemming gebruikt in commerciële uitingen van [gedaagde-1] ter promotie van de massagebank.

2.5 In 2007 heeft [gedaagde-1] [gedaagde-2] toestemming verleend voornoemde foto te plaatsen op de voorzijde van een folder ter promotie van de AED onder fysiotherapeuten (hierna: de folder). [gedaagde-1] heeft de folder bekostigd, in ruil waarvoor op de voorzijde van de folder onder de foto het logo met naam van [gedaagde-1] is vermeld, elders in de folder andere productfoto's van [gedaagde-1] zijn geplaatst en [gedaagde-1] het recht verwierf om de folder ook voor promotie van haar eigen producten te gebruiken.

2.6 In het najaar van 2007 is de folder eenmalig verspreid onder 7000 fysiotherapeuten in Nederland.

2.7 [eiseres] is in november 2007 door een fysiotherapeut geattendeerd op de afbeelding van haar foto op de folder.

2.8 Bij brieven van 20 november 2007 en van 27 november 2007 is [gedaagde-2] respectievelijk [gedaagde-1] namens [eiseres] gesommeerd om het gebruik van de foto van [eiseres] te staken en om [eiseres] € 15.000,= als voorschot op schadevergoeding te betalen.

3 De vordering

De gewijzigde vordering luidt om bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

[gedaag[gedaagden] te veroordelen ieder gebruik van de inbreukmakende reclame-uitingen te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden;

[gedaag[gedaagden] te veroordelen om alle inbreukmakende reclame-uitingen uiterlijk binnen 14 dagen af te leveren op het adres van de advocaat van [eiseres];

te bepalen dat [gedaag[gedaagden] een dwangsom verbuurt bij iedere gehele of gedeeltelijke overtreding van de verzochte veroordeling van € 10.000,= per dag of gedeelte daarvan en € 1.000,= per reclame-uiting; [gedaagde-1] en [gedaagde-2] hoofdelijk te veroordelen om aan [eiseres] te betalen een bedrag van € 556,50 wegens buitengerechtelijke kosten;

[gedaag[gedaagden] te bevelen om alle door [eiseres] geleden schade te vergoeden, welke schade is begroot op minimaal € 15.000,=;

[gedaag[gedaagden] te veroordelen in de volledige kosten van dit geding.

Tegen de achtergrond van de vaststaande feiten heeft [eiseres] - kort en zakelijk weergegeven - het volgende aan haar vordering ten grondslag gelegd:

3.1 [eiseres] heeft aan [gedaag[gedaagden] uitsluitend toestemming gegeven om de foto te gebruiken voor de toenmalige actie ter promotie van de op die foto afgebeelde massagebank.

3.2 [gedaagde-2] heeft nagelaten om deugdelijk te onderzoeken of de afgebeelde persoon wel toestemming heeft verleend.

3.3 Met het plaatsen van de foto op de voorzijde van de folder wordt ten onrechte de suggestie gewekt dat [eise-

res] op enigerlei wijze betrokken is bij [gedaagde-1] of [gedaagde-2]. [eiseres] heeft - gelet op haar huidige functie - een redelijk belang zich tegen dit gebruik van de foto te verzetten.

3.4 Door voornoemd handelen heeft [gedaag[gedaagden] inbreuk gemaakt op het portretrecht van [eiseres] en onrechtmatig jegens haar gehandeld.

3.5 [eiseres] heeft door voornoemd handelen schade geleden. Deze schade bestaat uit reputatieschade en inkomensverlies en wordt door [eiseres] vooralsnog begroot op € 15.000,=.

3.6 [gedaag[gedaagden] dient zowel de buitengerechtelijke kosten als ook de volledige proceskosten van [eiseres] te vergoeden.

4 Het verweer

Het verweer strekt tot afwijzing van de vordering, met veroordeling bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad van [eiseres] in de kosten van het geding. [gedaag[gedaagden] heeft daartoe - samengevat - het volgende aangevoerd:

4.1 De foto is met toestemming van [eiseres] en tijdens haar dienstverband bij [gedaagde-1] gemaakt ten behoeve van commerciële uitingen zijdens [gedaagde-1]. Daaraan heeft [eiseres] geen nadere voorwaarden gesteld.

4.2 [eiseres] heeft geen redelijk belang zich te verzetten tegen het gebruik van de foto. [eiseres] geniet geen verzilverbare bekendheid. Hoogstens wordt [eiseres] in verband gebracht met een ideëel doel, waarmee zij geen affiniteit heeft.

4.3 Voor zover er al sprake is van associatie met [gedaagde-1] en/of [gedaagde-2], heeft [eiseres] daar geen schade door geleden. Bovendien heeft [eiseres] niet voldaan aan haar stelplicht ter zake.

4.4 Dat [eiseres] buitengerechtelijke kosten heeft gemaakt, wordt betwist.

4.5 [eiseres] kan geen aanspraak maken op volledige vergoeding van de proceskosten, omdat het portretrecht geen intellectueel eigendomsrecht is als bedoeld in artikel 1019 Rv.

5 De beoordeling

5.1 Kern van het geschil is de vraag of [eiseres] zich kan verzetten tegen het gebruik van haar foto op de folder.

5.2 Uitgangspunt is dat degene die op een foto is afgebeeld, zonder dat hij daartoe opdracht heeft gegeven, zich op grond van artikel 21 van de Auteurswet tegen publicatie daarvan door de auteursrechthebbende dan wel een derde kan verzetten, indien hij daarbij een redelijk belang heeft, zoals zijn recht op privacy, de bescherming van zijn eer en goede naam en/of een financieel belang. Indien de geportretteerde echter toestemming heeft gegeven tot het publiceren van de foto, heeft hij daarmee afstand gedaan van een beroep op artikel 21 Aw. Van toestemming is alleen dan sprake indien de geportretteerde met de wijze waarop de foto is gepubliceerd expliciet heeft ingestemd dan wel geacht moet worden daarmee impliciet te hebben ingestemd. Bij de beoordeling van dit laatste komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en

gedragingen mochten toekennen en op wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de publicatie, zal de gebruiker van de foto zich er voldoende van moeten vergewissen dat toestemming voor de betreffende publicatie inderdaad door de geportretteerde is gegeven.

5.3 Vaststaat dat de omstreden foto in 2005 specifiek is gemaakt voor te publiceren promotiemateriaal van de tevens daarop afgebeelde massagebank van [gedaagde-1]. Naar [eiseres] stelt, is daarbij overeengekomen de foto uitsluitend te gebruiken voor de toenmalige actie met bijbehorende folder. Dit is echter door [gedaagde-1] betwist. Wat daarvan zij, op basis van hetgeen zijdens beide partijen ter comparitie van partijen is verklaard, kan als vaststaand worden aangenomen dat aan [eiseres] in ieder geval niet expliciet is gevraagd of de foto nogmaals en/of voor andere doeleinden dan ter promotie van de massagebank gebruikt mocht worden en zo ja, voor hoelang. Niet in geschil is dat de folder diende ter promotie van het gebruik van de AED en is uitgegeven na beëindiging van het dienstverband van [eiseres] bij [gedaagde-1]. Een en ander in onderling verband en samenhang beschouwd brengen de rechtbank tot het oordeel dat [gedaagde-1] in redelijkheid niet heeft mogen aannemen dat [eiseres] destijds impliciet toestemming heeft gegeven voor publicatie van haar foto in de folder.

5.4 Vervolgens is aan de orde de vraag of [eiseres] een redelijk belang heeft zich te verzetten tegen publicatie van haar foto in de folder. Te dien aanzien overweegt de rechtbank als volgt. Als onvoldoende gemotiveerd betwist staat vast dat [eiseres] thans werkzaam is als onafhankelijk adviseur en dat haar clientèle met name bestaat uit fysiotherapeuten. Daarbij komt het voor dat zij fysiotherapeuten adviseert omtrent aan te schaffen apparatuur. Gelet hierop heeft zij er belang bij om niet geassocieerd te worden met een bepaalde producent van die apparatuur. Dat door de litigieuze folder een verband wordt gelegd tussen [eiseres] en [gedaagde-1] als producent is evident, nu het logo met naam van [gedaagde-1] prominent op de voorzijde van de folder onder de foto van [eiseres] is vermeld. Door het aangeschreven publiek, de fysiotherapeuten, zal dit worden opgevat als een ondersteuning van de producten van [gedaagde-1]. Deze associatie wordt niet weggenomen door het feit dat de folder ter promotie van de AED is uitgegeven door [gedaagde-2] in het kader van de ideale doelstelling de eerste hulp aan personen die getroffen worden door een hartstilstand te verbeteren. De conclusie moet dan ook zijn dat door de in de folder opgewekte associatie met [gedaagde-1] inbreuk wordt gemaakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van [eiseres] in die zin dat haar reputatie als onafhankelijk adviseur wordt aangetast, zodat zij een redelijk belang heeft zich tegen publicatie van haar foto op de folder te verzetten. Dat zij geen verzilverbare populariteit geniet is daarbij - anders dan [gedaagde-2] kennelijk meent - niet relevant.

5.5 Het hiervoor overwogene brengt met zich dat [gedaagde-1] en [gedaagde-2] met het ter publicatie

aanbieden respectievelijk met de publicatie van de foto op de folder inbreuk hebben gemaakt op het portretrecht van [eiseres] en daarmee onrechtmatig jegens haar hebben gehandeld.

5.6 [gedaagde-2] heeft ter comparitie van partijen nog aangevoerd dat een en ander haar niet kan worden toegerekend. Ter beoordeling daarvan zijn de navolgende omstandigheden van belang.

Naar ter zitting door [gedaagde-1] is bevestigd, heeft [gedaagde-2] [gedaagde-1] nadrukkelijk gevraagd om foto's die zij voor deze campagne mocht gebruiken. Vaststaat verder dat de foto deel uitmaakt van eerder door [gedaagde-1] zelf gebruikt reclamemateriaal, zodat [gedaagde-2] mocht aannemen dat [eiseres] in ieder geval daarmee had ingestemd. De foto is naar zijn aard onschuldig in die zin dat de foto op zichzelf beschouwd niet direct aanleiding geeft te veronderstellen dat de geportretteerde een redelijk belang zou kunnen hebben bij niet-publicatie daarvan in de folder. Deze omstandigheden tezamen maken dat [gedaagde-2] erop mocht vertrouwen dat [eiseres] aan [gedaagde-1] toestemming had verleend voor het beoogde gebruik van de foto en voor zover nodig [gedaagde-1] zich daarvan had verzekerd. Dat behoefde [gedaagde-2] niet zelf te doen. Het onrechtmatig handelen kan [gedaagde-2] dan ook niet worden toegerekend, zodat zij niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de dientengevolge door [eiseres] geleden schade en deze geheel voor rekening van [gedaagde-1] dient te blijven.

5.7 Op grond van het voorafgaande ligt de vordering tot het staken en gestaakt te doen houden van het gebruik van het inbreukmakend materiaal voor toewijzing gereed. Een gebod tot het inleveren van alle door [gedaagde-2] verzonden exemplaren acht de rechtbank niet reëel, nu de folder eenmalig is verspreid en naar onweersproken zijdens [gedaagde-2] is gesteld de omloopsnelheid van dergelijk materiaal hoog is. Gelet hierop alsmede gelet op het belang van [eiseres] acht de rechtbank het voldoende dat [gedaagde-2] een schrijven richt aan de in haar adressenbestand voorkomende fysiotherapeuten aan wie zij destijds de folder gestuurd onder vermelding van a) het feit dat [eiseres] zich tegen het gebruik van de foto op de folder heeft verzet, b) deze folder als niet verzonden beschouwd dient te worden en c) het verzoek de folder voor zover nog aanwezig te vernietigen. Betreft de nog bij [gedaagde-2] aanwezige exemplaren is nog van belang dat ter comparitie van partijen zijdens [gedaagde-1] is verklaard dat [gedaagde-1] geen folders meer in haar bezit heeft. Zijdens [gedaagde-2] is verklaard dat zij nog wel over enkele exemplaren beschikt. Ter zitting heeft [eiseres] ingestemd met het verzoek van [gedaagde-2] twee exemplaren voor eigen archief te mogen behouden. Het gevorderde gebod is daarom slechts toewijsbaar als hierna bepaald. De onder gevorderde dwangsom zal worden gematigd en gemaximeerd als hierna bepaald.

5.8 Aangaande de vordering tot betaling van alle door [eiseres] geleden schade, door haar begroot op € 15.000,=, overweegt de rechtbank als volgt. [eiseres] heeft haar stelling dat zij materiële schade heeft gele-

den doordat klanten zijn weggebleven, niet onderbouwd met concrete feiten of omstandigheden die aannemelijk maken dat zij daadwerkelijk schade in deze vorm heeft geleden. Aan bewijslevering op dit punt komt de rechtbank dan ook niet toe. [eiseres] heeft daarnaast gesteld immateriële schade te hebben geleden. Gelet op de in de folder opgewekte associatie en het feit dat deze folder onder alle fysiotherapeuten in Nederland is verspreid, is voldoende aannemelijk dat [eiseres] enige reputatieschade heeft geleden. De omvang van een dergelijke schade laat zich in het algemeen lastig concretiseren. Rekening houdend met de prominente plaats van de foto op de folder en de omvang van de verspreiding van de folder enerzijds en anderzijds de eenmaligheid van de verspreiding en de hoge omloopsnelheid van een folder als de onderhavige, wordt deze schade ex aequo et bono vastgesteld op € 2.500,=. De vordering is - mede gelet op hetgeen hiervoor onder 5.6 reeds is overwogen - dan ook slechts toewijsbaar tot dit bedrag en uitsluitend voor zover deze is gericht tegen [gedaagde-1].

5.9 De gevorderde vergoeding van buitengerechtelijke kosten zal worden afgewezen, nu onvoldoende is gesteld en evenmin is gebleken - ook niet uit de door [eiseres] nog overgelegde specificatie van de kosten - dat het gaat om verrichtingen die meeromvattend zijn dan het versturen van een enkele standaardsommatie en andere verrichtingen waarvoor de artikelen 237-240 Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering bedoelde kosten een vergoeding plegen in te sluiten.

5.10 Nu [gedaag[gedaagden] in het ongelijk is gesteld en voor de zijdens [eiseres] geleden schade uitsluitend [gedaagde-1] aansprakelijk kan worden gehouden, dient [gedaagde-1] te worden veroordeeld in de kosten van dit geding. [eiseres] heeft volledige vergoeding van de proceskosten gevorderd op grond van artikel 1019h Rv. Daarvoor is in het onderhavige geding echter geen plaats. Het portretrecht is geen intellectueel eigendomsrecht, maar een beperking op het auteursrecht ter bescherming van de geportretteerde tegen onrechtmatige schending van zijn recht op privacy of andere met de publicatie van het portret geschonden belangen, derhalve een species van de gewone onrechtmatige daad. Het enkele feit dat het portretrecht in de Auteurswet is opgenomen kan daaraan niet afdoen en is dan ook onvoldoende om een vordering wegens inbreuk op het portretrecht te kwalificeren als een vordering die is gericht op handhaving van een intellectueel eigendomsrecht als bedoeld in artikel 1019 Rv of artikel 2 lid 1 van de Handhavingsrichtlijn (richtlijn 2004/48/EG). [gedaagde-1] zal worden veroordeeld in de proceskosten begroot op basis van het "normale" liquidatietarief.

6 De beslissing

De rechtbank,

I beveelt [gedaag[gedaagden] ieder gebruik van de inbreukmakende reclame-uitingen te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden;

II beveelt [gedaag[gedaagden] om binnen twee weken na betekening van dit vonnis alle fysiotherapeuten uit haar bestand een brief te sturen met daarin vermelding

van de onder 5.7 genoemde punten alsmede om alle nog bij [gedaagde-1] en [gedaagde-2] aanwezige exemplaren op twee na - af te leveren op adres van de advocaat van [eiseres] aan de [adres] te [postcode] Amsterdam op het adres van de advocaat van [eiseres];

III bepaalt dat [gedaag[gedaagden] een dwangsom verbeurt voor iedere dag - een gedeelte van een dag voor een hele dag te rekenen - dat zij nalaat aan het onder I of II vermelde bevel te voldoen, ter hoogte van € 2.500,= per dag met een maximum van € 50.000,= in totaal;

IV veroordeelt [gedaagde-1] om binnen twee weken na betekening van dit vonnis aan [eiseres] te betalen het bedrag van € 2.500,= (zegge: tweeduizendvijfhonderd Euro);

V veroordeelt [gedaagde-1] in de proceskosten, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [eiseres] bepaald op € 340,= aan vast recht, op € 84,31 aan overige verschotten en op € 904,= aan salaris voor de procureur;

verklaart dit vonnis voor zover het de veroordelingen betreft uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. G.J. Heevel.