

Rb Den Bosch, 17 september 2008, Maxim



## PORTRETRECHT

### Redelijk financieel belang

Vooropgesteld wordt dat [X] als beroepsmodel een redelijk financieel belang heeft om zich te verzetten tegen gebruik van zijn portret dat verder gaat dan waarvoor hij zelf toestemming heeft gegeven.

Partijen zijn het erover eens dat [X] vóór de fotosessie alleen toestemming heeft gegeven voor standaardgebruik van zijn portret als bedoeld onder 2.4. Partijen twisten over de vraag of [X] bij de fotosessie impliciet toestemming heeft gegeven voor uitgebreidere publicatie van zijn portret.

### Geen impliciete toestemming grootschalig gebruik

Afspraken over publicatie werden tussen het reclamebureau en de fotograaf gemaakt, die op zijn beurt daarover afspraken met het modellenbureau maakte. Gelet op deze - gebruikelijke - gang van zaken dient niet snel te worden aangenomen dat tussen neus en lippen door bij de fotosessie door het model [X] toestemming voor uitgebreider gebruik van zijn portret is verleend.

[X] stelt dat gebruikelijk is dat de afspraken over het gebruik van het portret van een beroepsmodel door de opdrachtgever niet met het model zelf, maar met het modellenbureau worden gemaakt. De fotograaf de heer [E] (die met instemming van partijen mede als informant in de hoofdzaak heeft verklaard) heeft dit bevestigd. Hij heeft eraan toegevoegd dat wat met de foto's gebeurt, tijdens de fotoshoot vaak nog niet vast staat. De heer [K] (die ook met instemming van partijen mede als informant in de hoofdzaak heeft verklaard) heeft verklaard dat Max Advertising afspraken over het gebruik van foto's in de regel niet met het model, maar met het modellenbureau of de fotograaf maakt. Hij heeft er overigens aan toegevoegd dat in zijn vak geen enkele werkwijze gebruikelijk is. Maxim heeft de stelling van [X] niet betwist.

Op grond van het voorgaande neemt de rechtbank als vaststaand aan dat de gebruikelijke gang van zaken is dat de afspraken over het gebruik van de foto's niet met het model, maar met het modellenbureau worden gemaakt. Indien de opdrachtgever een portret op grotere schaal wil publiceren dan aanvankelijk was overeengekomen, ligt het voor de hand dat aanvullende afspraken

daarover met het modellenbureau worden gemaakt. Ook in dit geval is voorafgaand aan de fotosessie geen rechtstreekse overeenkomst tussen Maxim of Max Advertising en [X] gesloten. Afspraken over publicatie werden tussen het reclamebureau en de fotograaf gemaakt, die op zijn beurt daarover afspraken met het modellenbureau maakte. Gelet op deze - gebruikelijke - gang van zaken dient niet snel te worden aangenomen dat tussen neus en lippen door bij de fotosessie door het model [X] toestemming voor uitgebreider gebruik van zijn portret is verleend. Belangrijk is dat toestemming tot portretteren niet gelijk kan worden gesteld met toestemming tot publiceren. Dat [X] zich op een bepaalde manier heeft laten portretteren, betekent niet dat hij er daarmee toestemming voor heeft gegeven dat zijn portret, zonder nadere afspraken en een aanvullende vergoeding daarvoor, op andere wijze en op een veel grotere schaal zou worden gepubliceerd dan vooraf expliciet met het modellenbureau is overeengekomen. Dat wordt niet anders als mevrouw [V] en de heer [K] inderdaad bij de fotosessie opmerkingen over het voorgenomen grootschalige gebruik van het portret tegen [X] hebben gemaakt (wat [X] overigens ontkent). Het was immers goed denkbaar dat achteraf nog aanvullende afspraken over uitgebreidere publicatie en een daarbij passende vergoeding zouden worden gemaakt. Het verweer van Maxim dat [X] (impliciet) toestemming heeft gegeven voor het grootschalige gebruik van zijn portret, faalt op grond van al het voorgaande.

### Inbreuk te goeder trouw

In die periode mocht Maxim er op grond van de tussen haar en het reclamebureau Max Advertising gesloten overeenkomst, die ook betrekking had op gebruik van het fotomateriaal, op vertrouwen dat er sprake was van rechtmatig gebruik van het portret op de verpakkingen

Het verweer slaagt naar het oordeel van de rechtbank alleen voor gebruik van het portret van [X] op verpakkingen, in de periode tot 16 augustus 2005. Dat gebruik is weliswaar onrechtmatig, maar kan inderdaad niet aan Maxim worden toegerekend. In die periode mocht Maxim er op grond van de tussen haar en het reclamebureau Max Advertising gesloten overeenkomst, die ook betrekking had op gebruik van het fotomateriaal, op vertrouwen dat er sprake was van rechtmatig gebruik van het portret op de verpakkingen. Er zijn door [X] onvoldoende feiten of omstandigheden gesteld op grond waarvan Maxim in die periode rekening had moeten houden met een mogelijke inbreuk op zijn portretrecht. Vooral heeft hij onvoldoende gesteld om de conclusie te kunnen rechtvaardigen dat Maxim er niet van uit mocht gaan dat het door haar voor fotografie betaalde bedrag van EUR 1.500,00 toereikend was voor het beoogde gebruik van de foto's. Als [X] destijds een veelgevraagd model was die hoge bedragen voor het gebruik van zijn portret ontving, wil dat niet zeggen dat ook Maxim daarvan op de hoogte had moeten zijn.

### Vrijwaring – aansprakelijkheid Max Advertising

**Wat Max Advertising omtrent het toegestane gebruik aan Maxim heeft laten weten, klopte dus niet**

Max Advertising heeft aan Maxim laten weten dat dit gebruik wereldwijd was toegestaan. [X] heeft echter voorafgaand aan de fotosessie geen toestemming voor dit gebruik gegeven en hij heeft evenmin bij de fotosessie impliciet toestemming daarvoor gegeven. De rechtbank verwijst naar wat zij onder 4.1 tot 4.5 hieromtrent heeft overwogen. Wat Max Advertising omtrent het toegestane gebruik aan Maxim heeft laten weten, klopte dus niet. Dat levert een tekortkoming van Max Advertising tegenover Maxim op. Op grond daarvan is zij in beginsel verplicht om de schadevergoeding die Maxim aan [X] moet betalen voor het gebruik van zijn portret op de verpakkingen, aan Maxim te betalen.

**Ondervrijwaring****De rechtbank acht Max Advertising niet geslaagd in het haar opgedragen bewijs.**

Vindplaatsen: LJN: [BF3922](#)

**Rb Den Bosch, 17 september 2008**

(J.F.M. Pols)

RECHTBANK 'S-HERTOGENBOSCH

Sector civiel recht

Vonnis in hoofdzaak, vrijwaring en ondervrijwaring van 17 september 2008

in de zaak met zaaknummer / rolnummer: 138555 / HA ZA 06-375 van

[X], wonende te [woonplaats],

eiser,

advocaat mr. N.J.W.M. de Leeuw,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

MAXIM EUROPE B.V.,

gevestigd te Helmond,

gedaagde,

advocaat mr. P.C.M. van der Ven,

en in de zaak met zaaknummer / rolnummer 152879 / HA ZA 07-73 van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

MAXIM EUROPE B.V.,

gevestigd te Helmond,

eiseres,

advocaat mr. P.C.M. van der Ven,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

MAX ADVERTISING EINDHOVEN B.V.,

gevestigd te Eindhoven,

gedaagde,

advocaat mr. K.L.M. Corstiaans

en in de zaak met zaaknummer / rolnummer: 158480 / HA ZA 07-886

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

MAX ADVERTISING EINDHOVEN B.V.

gevestigd te Eindhoven,

eiseres,

advocaat mr. K.L.M. Corstiaans

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

SCALA PHOTOGRAPHY B.V.

gevestigd te Nuenen,

advocaat mr. A.M.H.C. Coppens.

Partijen zullen hierna [X], Maxim, Max Advertising en Scala genoemd worden.

**1. De procedure**

Het verloop van de procedure in de hoofdzaak, vrijwaring en ondervrijwaring blijkt uit:

- het tussenvonnis van 11 juli 2007;

- het proces-verbaal van comparitie van 8 november 2007;

- het proces-verbaal van voortzetting van comparitie, tevens houdende mondeling vonnis in ondervrijwaring en getuigenverhoren in ondervrijwaring van 7 maart 2008.

Max Advertising heeft in ondervrijwaring een conclusie na getuigenverhoren genomen, waarop Scala bij antwoordconclusie heeft gereageerd.

Vervolgens heeft Maxim in de hoofdzaak verzocht toegelaten te worden tot pleidooi. [X] heeft zich verzet tegen toewijzing van dit verzoek. De rechtbank heeft het verzoek van Maxim afgewezen.

Ten slotte is vonnis bepaald.

**2. De feiten in de hoofdzaak, vrijwaring en ondervrijwaring**

2.1. [X] werkt al vele jaren als professioneel fotomodel en staat ingeschreven bij diverse modellenbureaus.

2.2. Maxim houdt zich onder meer bezig met de handel in sportvoedingsproducten. Maxim heeft medio 2002 aan het reclamebureau Max Advertising opdracht gegeven een nieuw ontwerp voor de verpakkingen van al haar producten te maken. Onderdeel van die opdracht was het gebruik van foto's in het verpakkingontwerp. Daarbij is tussen Maxim en Max Advertising afgesproken dat die foto's wereldwijd op verpakkingen van Maxim mochten worden gebruikt. Max Advertising heeft EUR 1.500,00 exclusief BTW aan Maxim in rekening gebracht voor "Fotografie, serie sporters, toepasbaar op alle verpakkingen zoals afgesproken" (factuur 12 september 2002, productie 1 Maxim in de hoofdzaak).

2.3. Max Advertising heeft in verband met de opdracht van Maxim op haar beurt een overeenkomst gesloten met de fotograaf, Scala. Op de begroting van 30 augustus 2002 die Scala aan Max Advertising heeft verstrekt is opgenomen: "Model op basis van halve dag EUR 385,-" (exclusief BTW). Dit bedrag maakt ook onderdeel uit van de factuur van Scala aan Max Advertising van 12 september 2002 (productie 1 bij de dagvaarding in de hoofdzaak).

2.4. Scala heeft ter uitvoering van haar opdracht een overeenkomst gesloten met het modellenbureau Creative Connections te Eindhoven, dat geen partij is bij deze procedure (verder ook: het modellenbureau). Daarbij heeft zij [X] als model geboekt. Tussen Scala en het modellenbureau is afgesproken dat slechts standaardgebruik mocht worden gemaakt van het portret van [X]. Standaardgebruik houdt in deze branche in dat een portret gedurende een jaar in Nederland voor maximaal 850.000 gedrukte exemplaren in dag- en weekbladen en

folders mag worden gebruikt. Op de opdrachtbevestiging van het modellenbureau is opgenomen: "Voor afwijkend gebruik dient een aparte overeenkomst te worden gesloten." (productie 3 bij dagvaarding in de hoofdzaak).

2.5. Het modellenbureau heeft op haar beurt een overeenkomst gesloten met [X]. Deze overeenkomst had ook alleen betrekking op een halve dag werkzaamheden en bovengenoemd standaardgebruik van het portret van [X]. [X] kreeg daarvoor een vergoeding van EUR 275,00 exclusief BTW.

2.6. Op 3 september 2002 vond de fotosessie plaats, waarbij [X] door de heer [E] van Scala werd gefotografeerd. Daarbij waren ook een voormalig medewerkster van Maxim (mevrouw [V]) en de directeur van Max Advertising (de heer [K]) aanwezig. [X] moest daarbij onder meer de pose aannemen die op een grote, door Max Advertising verstrekte voorbeeldverpakking van Maxim stond. Bij het fotograferen werd onder meer een ellipsvorm van een voorbeeldverpakking van Maxim gebruikt. De heer [K] heeft bij de fotosessie aan mevrouw [V] meegedeeld dat de foto's niet op internet en in brochures, maar alleen op verpakkingen mochten worden gebruikt.

2.7. Maxim heeft het portret van [X] vervolgens meerdere jaren in vele landen in Europa, Amerika en Australië gebruikt. Het portret werd gebruikt op de verpakkingen van Maxim, in tijdschriftenadvertenties, op internet en op een pop die op beurzen werd ingezet en die "Mr. Maxim" werd genoemd. Het gebruik van het portret in tijdschriftadvertenties, op internet en op de pop betrof deels afbeeldingen van de verpakkingen van Maxim, waarop het portret van [X] stond.

2.8. [X] heeft Maxim bij brief van 15 augustus 2005 laten weten dat Maxim naar zijn oordeel onrechtmatig gebruik maakte van zijn portret. Daarbij heeft hij Maxim onder meer (zonder succes) gesommeerd gegevens te verstrekken en heeft hij een voorschot op schadevergoeding geëist.

### **3. Het geschil in de hoofdzaak in conventie**

3.1. [X] vordert in conventie samengevat - dat de rechtbank

1) voor recht verklaart dat het gebruik van het portret van [X] door Maxim onrechtmatig is, behoudens voor zover dat gaat om standaardgebruik als genoemd onder 2.4 in de periode gedurende één jaar na 3 september 2002, en dat [X] voor al het overige gebruik van zijn portret recht heeft op een passende (schade)vergoeding van Maxim;

2) Maxim veroordeelt het gebruik van zijn portret binnen vijf dagen na het vonnis te staken en gestaakt te houden, onder oplegging van een dwangsom van EUR 10.000,00 per overtreding of per dag dat deze voortduurt;

3) Maxim veroordeelt tot het betalen van schadevergoeding, nader op te maken bij staat, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 3 september 2003 over de niet uitgekeerde vergoedingen over het eerste jaar, vanaf 3

september 2004 over het tweede jaar en zo naar de toekomst toe voor ieder jaar;

4) Maxim veroordeelt tot het betalen van een voorschot op schadevergoeding;

5) Maxim beveelt binnen een maand na het vonnis een door een registeraccountant geaccordeerde opgave te vertrekken van het gebruik van het portret van [X], onder oplegging van een dwangsom van EUR 10.000,00 per dag;

6) Maxim veroordeelt tot het betalen van buitengerechtelijke kosten;

7) Maxim veroordeelt in de proceskosten.

3.2. [X] legt daaraan ten grondslag dat Maxim inbreuk heeft gemaakt op zijn portretrecht door veel uitgebreider gebruik te maken van zijn portret dan het standaardgebruik waarvoor hij toestemming had verleend.

3.3. Maxim voert kort gezegd het volgende verweer.

[X] heeft (impliciet) toestemming gegeven voor publicatie van zijn portret op de verpakkingen van Maxim.

Ook indien niet vast komt te staan dat [X] toestemming voor het gebruik van zijn portret heeft gegeven, is Maxim geen schadevergoeding verschuldigd, omdat zij te goeder trouw was bij het gebruik van het portret van [X].

De door [X] gestelde schade, buitengerechtelijke kosten en de ingangsdatum van de gevorderde wettelijke rente worden betwist.

#### **in reconventie**

3.4. In voorwaardelijke reconventie vordert Maxim dat, indien de rechtbank haar veroordeelt tot het betalen van een voorschot op de schadevergoeding, [X] wordt veroordeeld om zekerheid te stellen door middel van een bankgarantie. Daartegen voert [X] verweer.

#### **in de vrijwaringszaak**

3.5. Maxim vordert dat Max Advertising wordt veroordeeld om aan Maxim te betalen al hetgeen waartoe Maxim in de hoofdzaak mocht worden veroordeeld, met veroordeling van Max Advertising in de buitengerechtelijke kosten ad EUR 1.542,00 te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de dag van dagvaarding en de kosten van de hoofdzaak en de vrijwaring.

3.6. Max Advertising voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### **in de ondervrijwaringszaak**

3.7. Max Advertising vordert op haar beurt dat Scala wordt veroordeeld om aan Max Advertising te betalen al hetgeen waartoe Max Advertising in de vrijwaringszaak mocht worden veroordeeld, inclusief de proceskosten in de hoofdzaak.

3.8. Scala voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling in de hoofdzaak (tussen [X] en Maxim)

#### **in conventie**

##### **Toestemming?**

4.1. Vooropgesteld wordt dat [X] als beroepsmodel een redelijk financieel belang heeft om zich te verzetten tegen gebruik van zijn portret dat verder gaat dan waarvoor hij zelf toestemming heeft gegeven. Partijen

zijn het erover eens dat [X] vóór de fotosessie alleen toestemming heeft gegeven voor standaardgebruik van zijn portret als bedoeld onder 2.4. Partijen twisten over de vraag of [X] bij de fotosessie impliciet toestemming heeft gegeven voor uitgebreidere publicatie van zijn portret.

4.2. Volgens Maxim moet [X] door de gang van zaken rond de fotosessie geacht worden (impliciet) toestemming te hebben gegeven voor wereldwijd gebruik van zijn portret op verpakkingen van Maxim. Zij stelt dat haar eigen medewerkster mevrouw [V] en de heer [K] van Max Advertising bij of kort na de fotosessie op 3 september 2002 tegen [X] hebben gezegd dat zijn portret op verpakkingen zou worden gebruikt, en dat dit in vele landen zou worden gebruikt. Verder betoogt zij dat voor [X] duidelijk moest zijn dat zijn portret op verpakkingen zou worden gebruikt, omdat hij bij de fotosessie de pose moest aannemen die op een verpakking van Maxim voorkomt, terwijl daarbij een grote voorbeeldverpakking en de op de verpakkingen voorkomende ellipsvorm werden gebruikt. Als [X] het met dit voorgenomen gebruik niet eens was, had hij aan de bel moeten trekken, aldus Maxim.

4.3. [X] ontkent niet dat hij tijdens de fotosessie de op de verpakkingen voorkomende pose moest aannemen en dat een voorbeeldverpakking en ellipsvorm zijn gebruikt. Dat is volgens hem een gebruikelijke manier van werken. Hij ontkent dat door mevrouw [V] en de heer [K] zou zijn gezegd dat zijn portret op de verpakkingen zou worden gebruikt. [X] benadrukt dat de gebruikelijke gang van zaken is dat afspraken over het gebruik van het portret van een beroepsmodel met het modellenbureau worden gemaakt, niet met het model. Dat geldt ook voor nadere afspraken over uitgebreider gebruik dan aanvankelijk was overeengekomen. Uit de omstandigheden rond de fotosessie werd hem niet duidelijk dat de foto's zonder nadere afspraken voor een ander doel zouden worden gebruikt dan vooraf was overeengekomen, aldus [X].

4.4. De rechtbank overweegt als volgt. [X] stelt dat gebruikelijk is dat de afspraken over het gebruik van het portret van een beroepsmodel door de opdrachtgever niet met het model zelf, maar met het modellenbureau worden gemaakt. De fotograaf de heer [E] (die met instemming van partijen mede als informant in de hoofdzaak heeft verklaard) heeft dit bevestigd. Hij heeft eraan toegevoegd dat wat met de foto's gebeurt, tijdens de fotoshoot vaak nog niet vast staat. De heer [K] (die ook met instemming van partijen mede als informant in de hoofdzaak heeft verklaard) heeft verklaard dat Max Advertising afspraken over het gebruik van foto's in de regel niet met het model, maar met het modellenbureau of de fotograaf maakt. Hij heeft er overigens aan toegevoegd dat in zijn vak geen enkele werkwijze gebruikelijk is. Maxim heeft de stelling van [X] niet betwist.

Op grond van het voorgaande neemt de rechtbank als vaststaand aan dat de gebruikelijke gang van zaken is dat de afspraken over het gebruik van de foto's niet met het model, maar met het modellenbureau worden gemaakt. Indien de opdrachtgever een portret op grotere

schaal wil publiceren dan aanvankelijk was overeengekomen, ligt het voor de hand dat aanvullende afspraken daarover met het modellenbureau worden gemaakt. Ook in dit geval is voorafgaand aan de fotosessie geen rechtstreekse overeenkomst tussen Maxim of Max Advertising en [X] gesloten. Afspraken over publicatie werden tussen het reclamebureau en de fotograaf gemaakt, die op zijn beurt daarover afspraken met het modellenbureau maakte. Gelet op deze - gebruikelijke - gang van zaken dient niet snel te worden aangenomen dat tussen neus en lippen door bij de fotosessie door het model [X] toestemming voor uitgebreider gebruik van zijn portret is verleend. Belangrijk is dat toestemming tot portretteren niet gelijk kan worden gesteld met toestemming tot publiceren. Dat [X] zich op een bepaalde manier heeft laten portretteren, betekent niet dat hij er daarmee toestemming voor heeft gegeven dat zijn portret, zonder nadere afspraken en een aanvullende vergoeding daarvoor, op andere wijze en op een veel grotere schaal zou worden gepubliceerd dan vooraf expliciet met het modellenbureau is overeengekomen. Dat wordt niet anders als mevrouw [V] en de heer [K] inderdaad bij de fotosessie opmerkingen over het voorgenomen grootschalige gebruik van het portret tegen [X] hebben gemaakt (wat [X] overigens ontkent). Het was immers goed denkbaar dat achteraf nog aanvullende afspraken over uitgebreidere publicatie en een daarbij passende vergoeding zouden worden gemaakt. Het verweer van Maxim dat [X] (impliciet) toestemming heeft gegeven voor het grootschalige gebruik van zijn portret, faalt op grond van al het voorgaande.

4.5. Voor zover het gebruik van het portret van [X] het overeengekomen standaardgebruik te buiten gaat, is er sprake van onrechtmatig gebruik van zijn portret. De daarop gerichte verklaring voor recht zal worden uitgesproken. Dat geldt ook voor het gevorderde verbod op verder gebruik en het gevorderde bevel tot verstrekken van gegevens. Voor zover Maxim van oordeel is dat een deel van het gebruik onder het standaardgebruik valt, dient zij ook daarvan opgave te doen, zodat voor [X] inzichtelijk wordt op welke manier zijn portret is gebruikt. De rechtbank zal een dwangsom opleggen, maar deze beperken als onder de beslissing weergegeven.

#### **Goede trouw?**

4.6. Maxim is verplicht de schade die [X] door inbreuk op zijn portretrecht lijdt te vergoeden, voor zover die inbreuk aan Maxim kan worden toegerekend. Maxim voert hierover het volgende aan. Maxim handelde te goeder trouw. Zij heeft Max Advertising als professioneel reclamebureau voor het nieuwe ontwerp van haar verpakkingen ingeschakeld en Max Advertising was verantwoordelijk voor het verkrijgen van de foto's en de rechten daarop. Maxim mocht er dus van uit gaan dat zij het portret ongelimiteerd en wereldwijd op haar verpakkingen mocht gebruiken, conform de opdracht aan Max Advertising. Na ontvangst van de sommatiebrief van 15 augustus 2005 heeft Maxim direct contact opgenomen met Max Advertising. Max Advertising verzekerde haar dat zij een juiste opdracht aan de fotograaf heeft gegeven en liet weten dat een eventuele fout

in deze waarschijnlijk bij de fotograaf of het modellenbureau zou liggen.

4.7. [X] voert daartegen aan dat Maxim als eindgebruiker van zijn portret zich niet achter vermeende afspraken met Max Advertising kan verschuilen. In hoeverre Maxim verhaal kan nemen op Max Advertising is een kwestie waar hij buiten staat.

4.8. Het verweer slaagt naar het oordeel van de rechtbank alleen voor gebruik van het portret van [X] op verpakkingen, in de periode tot 16 augustus 2005. Dat gebruik is weliswaar onrechtmatig, maar kan inderdaad niet aan Maxim worden toegerekend. In die periode mocht Maxim er op grond van de tussen haar en het reclamebureau Max Advertising gesloten overeenkomst, die ook betrekking had op gebruik van het fotomateriaal, op vertrouwen dat er sprake was van rechtmatig gebruik van het portret op de verpakkingen. Er zijn door [X] onvoldoende feiten of omstandigheden gesteld op grond waarvan Maxim in die periode rekening had moeten houden met een mogelijke inbreuk op zijn portretrecht. Vooral heeft hij onvoldoende gesteld om de conclusie te kunnen rechtvaardigen dat Maxim er niet van uit mocht gaan dat het door haar voor fotografie betaalde bedrag van EUR 1.500,00 toereikend was voor het beoogde gebruik van de foto's. Als [X] destijds een veelgevraagd model was die hoge bedragen voor het gebruik van zijn portret ontving, wil dat niet zeggen dat ook Maxim daarvan op de hoogte had moeten zijn.

Denkbaar is overigens dat Max Advertising wel rechtstreeks jegens [X] aansprakelijk is voor deze schade (door gebruik van zijn portret op verpakkingen tot 16 augustus 2005) en dat Maxim daar als opdrachtgever ook voor aansprakelijk is op grond van artikel 6:171 BW, maar [X] heeft deze mogelijkheid niet ten grondslag gelegd aan zijn vordering. Aan de rechtbank is dus geen oordeel hierover gevraagd.

4.9. Het verweer van Maxim wordt verworpen voor zover het gaat om het gebruik van het portret door Maxim in de periode nadat zij de sommatiebrief van [X] had ontvangen, dus vanaf 16 augustus 2005. [X] heeft bij die brief duidelijk gemaakt dat er zijn inziens sprake was van inbreuk op zijn portretrecht. Op grond van de reactie van Max Advertising had Maxim er rekening mee moeten houden dat [X] geen toestemming had verleend voor het grootschalige gebruik van zijn portret en dat één van de andere partijen een fout had gemaakt. In het emailbericht van Max Advertising van 19 augustus 2005 aan Maxim staat zelfs dat "blijkt dat de fotograaf waarschijnlijk een foute boeking heeft gedaan" (productie 2 Maxim). Het lag dus op de weg van Maxim, als gebruiker van het portret, om nader onderzoek te doen naar de vereiste toestemming. Zij kon niet volstaan met het stellen van vragen aan Max Advertising en vervolgens voortzetten van (een deel van) het gebruik van het portret.

4.10. Het verweer faalt ook voor zover het portret anders dan voor verpakkingen is gebruikt. Vast staat namelijk dat de directeur van Max Advertising al bij de fotosessie in september 2002 aan de daarbij aanwezige medewerkster van Maxim heeft meegedeeld dat de fo-

to's (volgens hem) niet op internet en in brochures mochten worden gebruikt, maar alleen op verpakkingen.

4.11. Het verweer van Maxim dat zij te goeder trouw was, slaagt dus alleen voor het gebruik van het portret van [X] op verpakkingen tot 16 augustus 2005, niet voor het overige gebruik (buiten het standaardgebruik). Dat overige gebruik kan aan Maxim worden toegerekend en zij is aansprakelijk voor de schade die [X] daardoor heeft geleden.

#### **Schade?**

4.12. [X] voert aan dat hij aanzienlijke schade heeft geleden doordat Maxim inbreuk op zijn portretrecht heeft gemaakt. EUR 40.000,00 schadevergoeding is wellicht nog aan de lage kant als vergoeding voor het grootschalige gebruik van zijn portret, zo betoogt hij.

4.13. Maxim betwist dat [X] enige schade heeft geleden. Zij voert aan dat zij een volstrekt normaal en redelijk tarief aan Max Advertising heeft betaald voor het gebruik van de foto's en betwist dat [X] in de relevante periode een veelgevraagd model was.

4.14. De rechtbank acht aannemelijk dat [X] schade heeft geleden doordat zijn portret op een veel grotere schaal is gebruikt dan waarvoor hij toestemming had verleend. Zoals [X] heeft gevorderd, zal de rechtbank Maxim veroordelen tot het vergoeden van schade, op te maken in een schadestaatprocedure.

4.15. [X] heeft ook een voorschot op schadevergoeding gevorderd, maar de door hem genoemde bedragen zijn onvoldoende onderbouwd, gelet op de gemotiveerde betwisting daarvan. Hij heeft niet duidelijk gemaakt waarom een schadevergoeding van duizenden of zelfs tienduizenden euro's voor het uitgebreide gebruik van zijn portret aan de orde zou zijn, terwijl hij heeft ingestemd met een vergoeding van EUR 275,00 voor zijn werkzaamheden en het recht op standaardgebruik van zijn portret. De vordering tot betaling van een voorschot op schadevergoeding zal daarom worden afgewezen.

#### **Wettelijke rente**

4.16. [X] vordert wettelijke rente met ingang van 3 september 2003 over misgelopen inkomsten over het eerste jaar, met ingang van 3 september 2004 over het tweede jaar enz. Maxim voert aan dat zij eerst rente verschuldigd is vanaf dat de datum waarop zij de eerste sommatiebrief heeft ontvangen, aangezien zij voor die tijd te goeder trouw was. De rechtbank verwijst naar de overwegingen 4.6 tot 4.11 over de goede trouw. Voor schade door het gebruik van de foto's op de verpakkingen tot 16 augustus 2005 is Maxim niet aansprakelijk. Voor schade door het overige gebruik (buiten het standaardgebruik) is zij wel aansprakelijk, en daarover is wettelijke rente verschuldigd met ingang van het moment van opeisbaarheid van de schadevergoeding. Dat is afhankelijk van de manier waarop de schade zal worden begroot.

#### **Kosten**

4.17. [X] heeft een vergoeding van buitengerechtelijke kosten gevorderd. Hij heeft echter niet gesteld, noch is anderszins gebleken, dat door hem buitengerechtelijke kosten zijn gemaakt die niet worden gedekt door de

voorwaardelijke toevoeging van 19 december 2005 die hem is verleend op grond van de Wet op de rechtsbijstand. Dit onderdeel van de vordering zal dus worden afgewezen

4.18. Maxim zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten in de hoofdzaak worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [X] worden begroot op:

- dagvaarding EUR 84,87
- overige exploitkosten 0,00
- betaald vast recht 62,00
- in debet gesteld vast recht 186,00
- getuigenkosten 0,00
- deskundigen 0,00
- overige kosten 0,00
- salaris advocaat 1.356,00 (3,0 punten × tarief EUR 452,00)

Totaal EUR 1.688,87

4.19. Nu [X] in het vrijwaringsincident in het ongelijk is gesteld, terwijl Maxim in de hoofdzaak grotendeels in het ongelijk is gesteld, worden de proceskosten in dat incident gecompenseerd: elk van partijen dient de eigen kosten van het incident te dragen.

#### **in reconventie**

4.20. De voorwaarde voor de eis is reconventie wordt niet vervuld, want de eis van [X] tot betaling van een voorschot op de schadevergoeding wordt afgewezen. Dat betekent dat de vordering in reconventie niet verder hoeft te worden behandeld. Ook in reconventie worden de kosten gecompenseerd, in die zin dat elk van partijen de eigen kosten moet dragen.

#### **in conventie en in reconventie**

4.21 Met het oog op de vrijwaring worden de kosten van Maxim begroot op

- vast recht 248,00
- salaris advocaat 1.808,00 (4,0 punten × tarief EUR 452,00)

Totaal EUR 2.056,00

### **5. Beoordeling in de vrijwaringszaak (tussen Maxim en Max Advertising)**

5.1. Maxim voert ter onderbouwing van haar vordering in vrijwaring het volgende aan.

Maxim heeft Max Advertising uitdrukkelijk opdracht gegeven om foto's te laten maken voor wereldwijd gebruik van haar verpakkingsmateriaal. Als vast komt te staan dat Max Advertising foto's aan Maxim heeft geleverd die daar niet voor mochten worden gebruikt, is Max Advertising tekortgeschoten in haar verplichtingen tegenover Maxim. Maxim heeft Max Advertising bij brief van 5 mei 2006 voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk gesteld. Mocht er sprake zijn van onjuiste en/of onvolledige afspraken tussen de fotograaf, het modellenbureau en/of [X], dan is Max Advertising daarvoor op grond van artikel 6:76 BW (tevens) aansprakelijk. Ook is zij aansprakelijk voor de buitengerechtigde kosten die Maxim heeft gemaakt.

5.2. De rechtbank overweegt het volgende omtrent het gebruik van het portret op verpakkingen van Max Advertising. Max Advertising heeft aan Maxim laten weten dat dit gebruik wereldwijd was toegestaan. [X] heeft echter voorafgaand aan de fotosessie geen toe-

stemming voor dit gebruik gegeven en hij heeft evenmin bij de fotosessie impliciet toestemming daarvoor gegeven. De rechtbank verwijst naar wat zij onder 4.1 tot 4.5 hieromtrent heeft overwogen. Wat Max Advertising omtrent het toegestane gebruik aan Maxim heeft laten weten, klopte dus niet. Dat levert een tekortkoming van Max Advertising tegenover Maxim op. Op grond daarvan is zij in beginsel verplicht om de schadevergoeding die Maxim aan [X] moet betalen voor het gebruik van zijn portret op de verpakkingen, aan Maxim te betalen.

5.3. Volgens Max Advertising kan de tekortkoming niet aan haar worden toegerekend, omdat zij met Scala had afgesproken dat de rechten op het gebruik van het portret op verpakkingen werden afgekocht. De fout lag dus volgens Max Advertising niet bij haar, maar bij Scala. Dit verweer slaagt niet. Max Advertising heeft Scala immers als hulppersoon ingeschakeld. Mocht er sprake zijn van een fout van Scala, dan is Max Advertising daarvoor op grond van artikel 6:76 BW tegenover [X] aansprakelijk.

5.4. Max Advertising beroept zich verder op gerechtvaardigd vertrouwen aan haar kant dat [X] akkoord was met gebruik van zijn portret op verpakkingen. De rechtbank overweegt daarover het volgende. Max Advertising is een professioneel reclamebureau. Afspraken over het gebruik van foto's maakt zij in de regel niet met het model maar met de fotograaf of het modellenbureau, heeft haar directeur ter zitting verklaard. Zij mocht er naar het oordeel van de rechtbank op grond van de door haar gestelde gang van zaken rond de fotosessie niet op vertrouwen dat [X] akkoord ging met een veel uitgebreider gebruik van zijn portret dan met hem was afgesproken, zonder dat daar enige aanvullende vergoeding tegenover stond.

5.5. Max Advertising voert verder aan dat zij aan Maxim heeft duidelijk gemaakt dat het portret niet op internet of in brochures mocht worden gebruikt. Maxim heeft dat ter zitting erkend. Dit verweer van Max Advertising treft doel: zij is tegenover Maxim alleen aansprakelijk voor de schadevergoeding voor het gebruik van het portret op verpakkingen, niet voor het overige gebruik.

5.6. Volgens Max Advertising lijdt Maxim geen schade. Als Maxim schadevergoeding moet betalen, betaalt zij voor wat zij heeft gekregen, namelijk het recht op het uitgebreide gebruik van het portret van [X], aldus Max Advertising. Dit verweer zou naar het oordeel van de rechtbank kunnen slagen als vast zou staan a) dat Maxim en Max Advertising in 2002 voor [X] zouden hebben gekozen ondanks de toeslagen die zij voor uitgebreid gebruik van zijn portret hadden moeten betalen óf b) dat het gebruik van het portret van [X] voor Maxim extra voordeel heeft opgeleverd, bijvoorbeeld door verkoop van meer verpakkingen dan het geval zou zijn geweest bij een 'goedkoper' model. Hieromtrent heeft Max Advertising echter onvoldoende gesteld. Dit verweer van Max Advertising valt bovendien niet te rijmen met haar stelling dat zij voor haar opdrachtgevers altijd op zoek gaat naar (goedkopere) alternatieven

als een model toeslagen eist. Het verweer wordt verworpen.

5.7. De rechtbank komt tot de conclusie dat Max Advertising de schadevergoeding die Maxim aan [X] zal moeten betalen voor het gebruik van het portret van [X] op verpakkingen, aan Maxim moet vergoeden. Voor schade terzake het overige onrechtmatige gebruik van het portret is zij niet tegenover Maxim aansprakelijk. Zoals Max Advertising heeft betoogd, kan zij niet worden gehouden om eventueel door Maxim verbeurde dwangsommen te vergoeden.

Maxim heeft onweersproken gesteld dat zij buitengerechtelijke kosten heeft gemaakt.

Haar vordering op dit punt wordt toegewezen tot een bedrag van EUR 904,00, te vermeerderen met de wettelijke rente, overeenkomstig het door de rechtbank gehanteerde Rapport VoorWerk II.

5.8. De vordering van Maxim omvat de veroordeling van Max Advertising tot vergoeding van de proceskosten in de hoofdzaak. Het door Maxim in de hoofdzaak gevoerde verweer diende mede ter verdediging van de belangen van Max Advertising. Aangezien Max Advertising in vrijwaring wordt veroordeeld een deel van de door Maxim te betalen schadevergoeding aan Maxim te betalen, terwijl een deel voor rekening van Maxim blijft, zal de rechtbank bepalen dat Max Advertising de helft van de proceskosten in de hoofdzaak aan Maxim moet vergoeden. De hiervoor door Max Advertising aan Maxim te betalen vergoeding bedraagt  $0,5 \times (\text{EUR } 1.688,87 \text{ terzake kosten [X]} + \text{EUR } 2.056,00 \text{ terzake kosten Maxim}) = \text{EUR } 1.872,44$ .

5.9. Aangezien Max Advertising slechts voor een deel van de door Maxim te betalen schadevergoeding tegenover Maxim aansprakelijk is, zal zij worden veroordeeld tot betaling van de helft van de proceskosten van Maxim in de vrijwaringszaak (waaronder het door Max Advertising opgeworpen vrijwaringsincident). De rechtbank begroot het door Max Advertising aan Maxim te betalen gedeelte van deze proceskosten als volgt:

- dagvaarding EUR 71,32
- overige exploitkosten 0,00
- vast recht 0,00
- getuigenkosten 0,00
- deskundigen 0,00
- overige kosten 0,00
- salaris advocaat 1.356,00 (3,0 punten  $\times$  tarief EUR 452,00)

Totaal EUR 1.427,32  $\times$  0,5 = EUR 713,66.

## **6. Beoordeling in de ondervrijwaringszaak (tussen Max Advertising en Scala)**

6.1. Max Advertising voert ter onderbouwing van haar vordering het volgende aan.

Max Advertising heeft voorafgaand aan de fotosessie aan Scala meegedeeld dat het te maken portret van [X] bestemd was voor wereldwijd gebruik op verpakkingen. De overeenkomst tussen Max Advertising en Scala hield onder meer in dat alle gebruiksrechten voor het gebruik op verpakkingsmateriaal waren afgekocht. Blijkbaar heeft Scala de opdracht niet juist weergegeven aan het modellenbureau of aan [X]. Er is dus

sprake van een tekortkoming van Scala, op grond waarvan zij aansprakelijk is voor de door Max Advertising geleden en te lijden schade. Voor zover de fout niet bij Scala maar bij het modellenbureau ligt, is Scala daarvoor tegenover Max Advertising op grond van artikel 6:76 BW aansprakelijk.

6.2. Scala betwist gemotiveerd dat Max Advertising haar heeft meegedeeld dat het te maken portret bestemd was voor wereldwijd gebruik op verpakkingen. De bewijslast rust overeenkomstig artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering (Rv.) op Max Advertising. De rechtbank heeft Max Advertising bij mondeling vonnis van 7 maart 2008 op dit punt een bewijsopdracht gegeven.

6.3. Max Advertising heeft als getuige haar statutair directeur, de heer [K] laten horen. Hij heeft op dit punt kort gezegd het volgende verklaard. De heer [M] van Scala is voor deze opdracht bij [K] langsgekomen. Daarbij hebben zij schetsen van de verpakkingen besproken. Uit een lijstje met modellen heeft [K] vervolgens [X] uitgekozen. Omdat er tussen [K] en [M] over verpakkingen is gesproken en de prijs hem niet vreemd voorkwam, is hij ervan uitgegaan dat de prijs in de offerte (EUR 390,00) ook betrekking had op gebruik op verpakkingen.

6.4. Scala heeft in een tegenverhoor haar statutair directeur, de heer [M] laten horen. Hij heeft op dit punt kort gezegd het volgende verklaard. De bespreking tussen [K] en [M] vond telefonisch plaats. Het was [M] niet bekend dat het om foto's voor gebruik op verpakkingen ging. Hij heeft ook geen schetsen gezien waaruit dat zou blijken. Iedereen die in de branche werkt, weet dat EUR 385,00 alleen staat voor gewerkte uren en standaardgebruik en dat nadere afspraken moeten worden gemaakt voor uitgebreider gebruik. Als het [M] bekend was dat het portret op verpakkingen zou worden afgebeeld, zou hij aan de bel hebben getrokken, want daarvoor staan andere tarieven.

6.5. Wanneer het gaat om een verklaring over een door een partij te bewijzen feiten, kan de verklaring van een partijgetuige geen bewijs in het voordeel van die partij opleveren indien geen aanvullende bewijzen voorhanden zijn die zodanig sterk zijn en zodanig essentiële punten betreffen, dat zij de partijverklaring voldoende geloofwaardig maken (artikel 164 lid 2 Rv.). De heer [K] is partijgetuige voor Max Advertising, op wie de bewijslast rust. Aan zijn verklaring komt dus slechts beperkte bewijskracht toe. Aanvullend bewijs is door Max Advertising niet geleverd. Bovendien staat tegenover de verklaring van de heer [K] inhoudende dat over verpakkingen is gesproken de verklaring van de heer [M]. De rechtbank acht Max Advertising niet geslaagd in het haar opgedragen bewijs.

6.6. Max Advertising heeft nog aangevoerd dat Scala haar had moeten melden dat zij slechts het beperkte publicatierecht kon overdragen. Daarmee draait Max Advertising de zaak naar het oordeel van de rechtbank om: Max Advertising was degene die voor haar opdrachtgever Maxim het recht wenste om gedurende een lange periode wereldwijd het portret op verpakkingen te gebruiken en zij moest dit recht zien te verwerven.

Het gewenste gebruik ging veel verder dat het in de branche bekende standaardgebruik (overweging 2.4). Max Advertising moest hierover duidelijke afspraken maken en zonodig doorvragen. Overigens blijkt uit de verklaring van de directeur van Max Advertising dat zij wel degelijk wist dat het recht op gebruik van het portret van [X] beperkt was (zij het dat Max Advertising ervan uit ging dat het recht beperkt was tot gebruik op verpakkingen, terwijl het beperkt was tot standaardgebruik).

6.7. Max Advertising kan Scala dus niet met succes aanspreken om aan haar te vergoeden wat zijzelf aan Maxim moet betalen. Haar vordering in ondervrijwaring zal worden afgewezen. Max Advertising zal als de in de ondervrijwaring in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten, aan de zijde van Scala tot op heden begroot op:

- vast recht 248,00
- getuigenkosten 0,00
- deskundigen 0,00
- overige kosten 0,00
- salaris advocaat 1.356,00 (3,0 punten × tarief EUR 452,00)

Totaal EUR 1.604,00

## **7. De beslissing**

### **in de hoofdzaak**

#### **in conventie**

7.1. verklaart voor recht dat het gebruik van het portret van [X] door Maxim onrechtmatig is, behoudens het standaardgebruik als genoemd onder overweging 2.4,

7.2. verklaart voor recht dat [X] recht heeft op een door Maxim te betalen passende (schade)vergoeding

- voor het gebruik van zijn portret op verpakkingen vanaf 16 augustus 2005 en

- voor het gebruik van zijn portret anders dan op verpakkingen, dat valt buiten het standaardgebruik (als genoemd onder 2.4),

7.3. veroordeelt Maxim het gebruik van het portret van [X] binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis te staken en gestaakt te houden,

7.4. veroordeelt Maxim tot het betalen van schadevergoeding, nader op te maken bij staat, vermeerderd met de wettelijke rente,

7.5. beveelt Maxim binnen een maand na betekening van dit vonnis een door een registeraccountant geacordeerde opgave te verstrekken van

- het gebruik van het portret van [X] op verpakkingen vanaf 16 augustus 2005 en

- het gebruik van het portret van [X] anders dan op verpakkingen,

7.6. bepaalt dat Maxim voor iedere dag of keer dat zij in strijd handelt met het onder 7.3 of 7.5 bepaalde, aan [X] een dwangsom verbeurt van EUR 1.000,00, tot een maximum van EUR 100.000,00,

7.7. bepaalt dat deze dwangsom vatbaar zal zijn voor matiging door de rechter, voorzover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, in aanmerking genomen de mate waarin aan het vonnis is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreding,

7.8. veroordeelt Maxim in de proceskosten in de hoofdzaak, aan de zijde van [X] tot op heden begroot op EUR 1.688,87 te voldoen aan de griffier door overmaking op rekeningnummer 19.23.25.787 ten name van Arrondissement 536 's-Hertogenbosch onder vermelding van "proceskostenveroordeling" en het zaak- en rolnummer,

7.9. verklaart dit vonnis in deze zaak tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

7.10. compenseert de proceskosten in het vrijwaringsincident, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt,

7.11. wijst het meer of anders gevorderde af,

#### **in reconventie**

7.12. compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt,

#### **in de zaak in vrijwaring**

7.13. veroordeelt Max Advertising aan Maxim te betalen de door Maxim aan [X] te betalen schadevergoeding voor het gebruik van het portret van [X] op verpakkingen van Maxim vanaf 16 augustus 2005, vermeerderd met de wettelijke rente,

7.14. veroordeelt Max Advertising in de buitengerechtelijke kosten aan de zijde van Maxim begroot op EUR 904,00,

7.15. veroordeelt Max Advertising aan Maxim te betalen de helft van de proceskosten van [X] en Maxim in de hoofdzaak, welk gedeelte tot op heden wordt begroot op EUR 1.872,44,

7.16. veroordeelt Max Advertising in haar eigen proceskosten en de helft van de proceskosten van Maxim in de vrijwaringszaak, welk gedeelte aan de zijde van Maxim tot op heden wordt begroot op EUR 713,66,

7.17. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad,

7.18. wijst het meer of anders gevorderde af,

#### **in de zaak in ondervrijwaring**

7.19. wijst de vordering van Max Advertising af,

7.20. veroordeelt Max Advertising in de proceskosten in de ondervrijwaringszaak, aan de zijde van Scala tot op heden begroot op EUR 1.604,00.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.F.M. Pols en in het openbaar uitgesproken op 17 september 2008.