

University of Groningen

Case note: ECLI:NL:GHAMS:2022:2920

Geerts, Paul; van Kampen, Jeroen

Published in:
Intellectuele eigendom en reclamerecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2023

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Geerts, P., & van Kampen, J. (2023). Case note: ECLI:NL:GHAMS:2022:2920. IER 2023/2. Casenote over: Hof Amsterdam, 11/11/2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2920 *Intellectuele eigendom en reclamerecht*, 2023(1), 4-9.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Auteursrecht

IER 2023/2

HOF AMSTERDAM

11 oktober 2022

(Mrs. P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten, E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell en G.J. Heevel)

m.nt. P.G.F.A. Geerts & J. van Kampen¹

X/DutchNews

Er is sprake van een in opdracht vervaardigde portretfoto in de zin van art. 19 lid 4 Aw en het digitaal hergebruiken van deze foto is ex art. 19 lid 3 Aw toegestaan.

Art. 19 lid 3 Aw

200.268.606/01

ECLI:NL:GHAMS:2022:2920

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 11 oktober 2022

inzake

X

wonend te [...]

appellant,

tevens incidenteel geïntimeerde,

advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

tegen:

DUTCHNEWS B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde,

tevens incidenteel appellante,

advocaat: mr. C.H. Kan te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna X en DutchNews genoemd.

Bij dagvaarding van 27 september 2019 is X in hoger beroep gekomen van een vonnis van de kantonrechter in de rechtbank te Amsterdam van 12 juli 2019 onder bovengenoemd rol/zaaknummer gewezen tussen X als eiser en DutchNews als gedaagde.

In deze zaak is op 19 november 2019 een tussenarrest uitgesproken. Daarin is een comparitie van partijen gelast. Het proces-verbaal van deze op 28 september 2020 gehouden comparitie bevindt zich bij de stukken.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;

- memorie van antwoord in principaal appel tevens memorie van grieven in incidenteel appel, met producties;
- memorie van antwoord in incidenteel appel tevens akte uitlating producties in principaal appel, met een productie.

De mondelinge behandeling van deze zaak heeft plaatsgevonden op 4 november 2021. Namens X is gepleit door mr. K.M. van Boven, advocaat te Uitgeest, namens DutchNews is gepleit door mr. Kan voornoemd, ieder aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities. Bij die gelegenheid hebben partijen nog nadere producties in het geding gebracht. Vervolgens is arrest gevraagd.

X concludeert, zakelijk samengevat, dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en – uitvoerbaar bij voorraad – zijn vorderingen alsnog zal toewijzen, met veroordeling van DutchNews tot terugbetaling van hetgeen X ter uitvoering van het bestreden vonnis aan haar heeft voldaan, met rente en met beslissing over de proceskosten.

DutchNews concludeert, zakelijk samengevat, dat het hof het bestreden vonnis zal bekrachtigen, behoudens wat de kostenveroordeling betreft, en met vernietiging van het vonnis in zoverre en uitvoerbaar bij voorraad, deze kosten alsnog op de voet van artikel 1019h Rv zal toewijzen, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2. De zaak in het kort en de feiten

2.1 X, fotograaf van beroep, heeft in het kader van de publicatie van een interview met econoom en journalist Mathijs Bouman (hierna: Bouman) in AssurantieMagazine van deze een portretfoto gemaakt. De opdracht daartoe is aan X verstrekt door AssurantieMagazine. Bouman heeft deze portretfoto vervolgens aan DutchNews ter beschikking gesteld teneinde deze op haar website te publiceren tezamen met columns van zijn hand. X stelt zich op het standpunt dat DutchNews door de (herhaalde) publicatie van de foto op haar website inbreuk maakt op zijn auteursrecht op de foto.

2.2. De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis onder 1.1 tot en met 1.10 de vaststaande feiten vermeld die hij bij de beoordeling van deze zaak tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn niet in geschil en dienen ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met feiten die eveneens tussen partijen vaststaan komen deze neer op het volgende.

- X is professioneel fotograaf en handelt onder de naam [...] Persfotografie.
- DutchNews is een nieuwsplatform dat tot doel heeft Nederlands nieuws toegankelijker en begrijpelijker te maken voor Engelstalige inwoners en expats. Zij exploiteert de website www.dutchnews.nl.
- X auteursrechthebbende op de foto 'Mathijs Bouman' (hierna: de foto of de portretfoto). Deze is door hem in 2013 gemaakt in opdracht van AssurantieMaga-

¹ Paul Geerts is redacteur van dit blad en Jeroen van Kampen is oud-student aan de RUG en thans advocaat te Zwolle.

zine teneinde te worden gepubliceerd bij een in dat tijdschrift te verschijnen interview met Bouman.

- (iv) DutchNews heeft de foto tenminste 20 keer bij artikelen (al deze artikelen zijn geschreven door Bouman, maar vertaald in het Engels) op haar website gebruikt, zonder toestemming en naamsvermelding van [...].
- (v) DutchNews heeft de foto toegestuurd gekregen van de geportretteerde, Bouman. Bouman heeft DutchNews toestemming gegeven de foto op haar website te gebruiken bij zijn columns.
- (vi) De gemachtigde van [...] heeft DutchNews bij brief van 2 januari 2018 aangeschreven wegens inbreuk op auteursrecht.
- (vii) DutchNews heeft daarop op 5 januari 2018 laten weten dat de foto is verwijderd van de website.
- (viii) Op 16 januari 2018 heeft DutchNews inhoudelijk gereageerd en aangevoerd dat de foto is verstrekt door de geportretteerde en dat deze toestemming heeft gegeven om de foto te gebruiken op de website.
- (ix) Bij brief van 23 juni 2018 heeft Bouman voor zover relevant het volgende aan X bericht, naar aanleiding van [...]’s auteursrechtclaim jegens DutchNews: ‘In 2013 maakte u enkele portretfoto’s van mij, in opdracht van een derde partij. (...) ik heb u nooit toestemming gegeven om mijn portret door te verkopen of op andere wijze commercieel te gebruiken, anders dan voor de eenmalige publicatie waarvoor de foto’s in 2013 werden genomen. (...) Daarom verzoek ik u per direct:
 1. mijn portret van uw website te verwijderen.
 2. mijn portret niet langer commercieel te gebruiken.
 3. te stoppen met het stalken van partijen die zonder commercieel oogmerk en in goed vertrouwen een van de foto’s een paar keer op hun website hebben geplaatst en op uw verzoek direct verwijderd.’
- (x) Op 23 juli 2018 heeft Bouman voor zover relevant nog het volgende aan de gemachtigde van [...] bericht: ‘Impliciet heb ik natuurlijk ingestemd met publiceren in de publicatie waarvoor de foto’s in opdracht waren gemaakt, want het was in mijn belang dat er goede foto’s bij een interview met mij zouden worden geplaatst, onder andere vanwege het promotionele karakter van een dergelijke publicatie voor mijn bedrijf, maar heb nooit – impliciet of expliciet – ingestemd met andere publicatie. (...)’

3. Beoordeling

3.1. X vordert in dit geding, samengevat, een verklaring voor recht dat DutchNews inbreuk heeft gemaakt op zijn auteursrechten en persoonlijkheidsrechten en haar veroordeling tot betaling van schadevergoeding uit hoofde daarvan.

De kantonrechter heeft de vordering van X afgewezen. Tegen deze beslissing komt X in hoger beroep met twee grieven op.

3.2. De kantonrechter heeft aan zijn beslissing ten grondslag gelegd dat sprake is van de in artikel 19 lid 3 Auteurswet genoemde uitzonderingssituatie die meebrengt dat het de publicatie van het door X vervaardigde portret van Bouman op de website van DutchNews niet als inbreuk op de auteursrechten (en daarvan deel uitmakende persoonlijkheidsrechten) van [...] kan worden beschouwd. Het hof acht dit oordeel juist. Daarvoor is het volgende redengevend.

3.3. Zoals X in zijn eerste grief (onder meer) aan de orde stelt is blijkens het bepaalde in artikel 19 lid 4 Auteurswet voor een geslaagd beroep op de in artikel 19 lid 3 Auteurswet neergelegde beperking van het recht van de maker van een portret vereist, dat het desbetreffende portret is vervaardigd ingevolge een opdracht die door of vanwege de geportretteerde persoon of ten behoeve van deze aan de maker is gegeven.

Niet in geschil is dat de opdracht tot het maken van het fotografisch portret van Bouman indertijd door AssurantieMagazine is verstrekt. DutchNews heeft echter voldoende feitelijk onderbouwd (onder meer door het in het geding brengen van een verklaring van Bouman) dat een en ander in samenspraak met Bouman is geschied, welke laatste er (om redenen van promotionele en bedrijfsmatige aard) belang bij had dat een goede portretfoto bij het in AssurantieMagazine te publiceren interview werd geplaatst, zulks mede in het kader van de aankondiging van een door AssurantieMagazine georganiseerd evenement waarbij Bouman als dagvoorzitter zou optreden. Het staat ook vast dat Bouman X voor het maken van portretfoto’s heeft toegelaten tot zijn woonomgeving en de locatie van de te nemen foto’s heeft voorgesteld. In het licht hiervan stelt DutchNews zich terecht op het standpunt dat de opdracht tot het maken van het desbetreffende portret (in ieder geval mede) ten behoeve van Bouman is gegeven. Anders dan X verdedigt is daarvoor geen voorwaarde dat door de maker aan de geportretteerde een fysiek exemplaar van het portret wordt verstrekt; het vereiste belang van een geportretteerde als Bouman kan immers ook gelegen zijn in een openbaarmaking van zijn portret elders.

De door X nog aangevoerde omstandigheid dat het hier een beperking betreft van de rechten van de maker noopt niet tot een andere uitleg. De ratio van deze beperking staat daaraan in de weg; de wetgever heeft immers de belangen van de maker afgewogen tegen die van de opdrachtgever en de geportretteerde. In die zin is van een eng uit te leggen uitzondering geen sprake.

Ook in de daarnaast nog door X aangevoerde omstandigheden dat X met AssurantieMagazine (zonder dat Bouman daarbij betrokken was) afspraken heeft gemaakt die inhielden dat de foto door AssurantieMagazine louter voor publicatie bij het interview zou worden gebruikt, dat X (in beginsel) de foto zelf zou mogen exploiteren en dat daarbij niet is afgesproken dat de foto aan Bouman zou worden verstrekt, is geen reden gelegen om de portretfoto in relatie tot Bouman (en een van hem afgeleide gebruiker als DutchNews) als niet (mede) ten behoeve van hem ge-

maakt te beschouwen. Niet valt in te zien dat het bestaan van dergelijke afspraken – waarmee afbreuk aan de rechten van de geportretteerde wordt gedaan, zonder dat deze daarbij betrokken is geweest – ertoe zou kunnen leiden dat aan het in de wet gebruikte begrip ‘ten behoeve van’ een beperktere betekenis dan de normaal gangbare moet worden toegekend. Evenmin valt in te zien dat dergelijke afspraken een derde als DutchNews zouden regarderden.

3.4. Niet in geschil is dat Bouman de portretfoto aan DutchNews heeft toegestuurd en DutchNews toestemming heeft verleend om deze op haar nieuwssite openbaar te maken.

X heeft er op gewezen dat voor een geslaagd beroep op artikel 19 lid 3 Auteurswet tevens is vereist dat daarbij de naam van de maker vermeld wordt. Ingevolge deze bepaling geldt deze verplichting echter alleen als deze naam op of bij het portret is aangeduid.

De onderhavige foto was niet voorzien van een naam en is, zoals gezegd, door Bouman aan DutchNews met het oog de publicatie van zijn columns verstrekt zonder dat hij – hoewel dat in de gegeven omstandigheden mogelijk wel op zijn weg had gelegen – aan DutchNews iets omtrent de maker daarvan heeft medegedeeld. Het feit dat, zoals X aanvoert, in de aflevering van AssurantieMagazine waarin de foto oorspronkelijk is gepubliceerd (waaraan, naar tussen partijen vast staat, DutchNews de foto niet heeft ontleend) in de colofon onder fotografie twee fotografen zijn vermeld, onder wie X valt niet aan te merken als aanduiding ‘bij het portret’, althans niet als een zodanig duidelijke en voor DutchNews kenbare aanduiding dat dit in de gegeven omstandigheden aan een geslaagd beroep op artikel 19 lid 3 Auteursrecht wegens het ontbreken van naamsvermelding in de weg staat.

3.5. Dit brengt mee dat het hof met de kantonrechter tot de conclusie komt dat van inbreuk op de auteursrechten van X door DutchNews geen sprake is. Partijen hebben geen feiten gesteld die indien bewezen tot een andere uitkomst van het geding kunnen leiden, hun bewijsaanbiedingen worden derhalve gepasseerd.

De vorderingen van X zijn terecht niet toewijsbaar geoordeeld. Het vonnis van de kantonrechter zal in zoverre worden bekrachtigd.

3.6. DutchNews heeft in incidenteel appel gegriefd tegen de kostenveroordeling. Volgens haar had de kantonrechter, nu het geding betrekking heeft op de handhaving van auteursrechten, deze op de voet van artikel 1019 h Rv dienen te begroten en de redelijke en evenredige kosten dienen toe te wijzen. Deze grief slaagt. Het hof zal de kosten in beide instanties begroten op basis van het indicietarief in IE-zaken voor een eenvoudige bodemprocedure. Gelet hierop en in aanmerking genomen de overgelegde kostenspecificaties en de in appel gemaakte prijsafsprake zal in eerste aanleg een bedrag van € 5.000,- voor advocaatkosten worden toegewezen en in hoger beroep (in principaal en incidenteel appel) voor advocaatkosten een bedrag van € 8.000,-, te vermeerderen met een bedrag van € 741,- aan verschotten.

4. Beslissing

Het hof:

rechtdoende in het principaal en incidenteel appel; vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover het de daarin uitgesproken kostenveroordeling betreft; bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor het overige; veroordeelt X in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg begroot op € 5.000,- voor salaris en in hoger beroep tot op heden op € 741,- aan verschotten en op € 8.000,- voor salaris;

verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het anders of meer gevorderde.

Noot

1. Negen van de tien portretrechtzaken gaan over niet in opdracht vervaardigde portretten (art. 21 Aw). Zeldzaam zijn procedures (zoals de onderhavige) over in opdracht vervaardigde portretten (art. 19-20 Aw). Ter illustratie: in het handboek Auteursrecht worden bijna veertig pagina's gewijd aan art. 21 Aw en slechts twee aan art. 19-20 Aw.²

2. De feiten. X, fotograaf van beroep, heeft in het kader van de publicatie van een interview met econoom en journalist Mathijs Bouman (hierna: Bouman) in AssurantieMagazine van Bouman een portretfoto gemaakt. De opdracht daartoe is aan X verstrekt door AssurantieMagazine. Bouman heeft deze portretfoto vervolgens aan DutchNews ter beschikking gesteld teneinde deze op haar website/nieuwssite te publiceren tezamen met columns van zijn hand. DutchNews heeft de foto ten minste twintig keer bij artikelen van Bouman op haar website gebruikt, zonder toestemming en naamsvermelding van X. Fotograaf X stelt zich op het standpunt dat DutchNews door de (herhaalde) publicatie van de foto op haar website/nieuwssite inbreuk maakt op zijn auteursrecht op de portretfoto.³ DutchNews is van mening dat dit niet het geval is omdat het auteursrecht van X wordt beperkt door art. 19 lid 3 Aw: in opdracht gemaakte (fotografische) portretten mogen zonder toestemming van de auteursrechthebber door de geportretteerde aan nieuwsbladen of tijdschriften worden aangeboden en door deze worden openbaar gemaakt, mits daarbij de naam van de maker, voor zover deze op of bij het portret is aangeduid, vermeld wordt.

3. Centraal staat dus de vraag of de bewuste portretfoto van Bouman als een in opdracht vervaardigd portret in de zin van art. 19 Aw kan worden aangemerkt. Dat zijn – aldus art. 19 lid 4 Aw – portretten “welke vervaardigd zijn ingevolge eene opdracht, door of vanwege de geportretteerde personen, of te hunnen behoeve aan den

² Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (2019), nr. 6.1 e.v.

³ Zie over de auteursrechtelijke status van portretfoto's onder meer HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (*Eva-Maria Painer*).

maker gegeven.” Hoewel vaststaat dat de opdracht tot het maken van de portretfoto door AssurantieMagazine aan fotograaf X is verstrekt, kunnen wij – afgaande op de feiten zoals die in het arrest (r.o. 3.3) worden omschreven – ons goed vinden in het oordeel van het hof dat die opdracht in ieder geval (mede) *ten behoeve* van Bouman is gegeven: AssurantieMagazine heeft de opdracht in samspraak met Bouman aan fotograaf X verstrekt en Bouman heeft X voor het maken van portretfoto's toegelaten tot zijn woonomgeving en de locatie van de te nemen foto's voorgesteld. Deze feitenconstellatie brengt mee dat de portretfoto's ten behoeve van Bouman zijn gemaakt.⁴ Het feit dat aan Bouman geen fysiek exemplaar van de portretfoto's is verstrekt – zoals door de fotograaf is bevestigd – maakt dat niet anders.

4. Met de vaststelling dat sprake is van een in opdracht vervaardigd portret valt volgens het hof het doek voor fotograaf X. Niet in geschil is immers dat Bouman de portretfoto aan DutchNews heeft toegestuurd en DutchNews toestemming heeft verleend om deze foto op haar website/nieuwssite openbaar te maken, hetgeen betekent dat DutchNews een geslaagd beroep op art. 19 lid 3 Aw kan doen. Dat DutchNews de naam van fotograaf X niet heeft vermeld brengt daarin geen verandering omdat diens naam bij de foto in de aflevering van AssurantieMagazine niet op of bij het portret was aangeduid. Het feit – aldus het hof in r.o. 3.4 – dat in de aflevering van AssurantieMagazine waarin de foto oorspronkelijk is gepubliceerd in de colofon onder fotografie twee fotografen zijn vermeld, onder wie X, valt niet aan te merken als aanduiding 'bij het portret', althans niet als een zodanig duidelijke en voor DutchNews kenbare aanduiding dat dit in de gegeven omstandigheden aan een geslaagd beroep op art. 19 lid 3 Aw wegens het ontbreken van naamsvermelding in de weg staat.

5. Fotograaf X trekt dus aan het kortste eind: zijn verklaring voor recht wordt afgewezen en hij wordt veroordeeld in de proceskosten. Maar: had hij wellicht niet betere kaarten in handen? Wij vragen ons namelijk af of er niet een belangrijke vraag onaangeroerd is gebleven, namelijk wat *na invoering* van de Auteursrechtlijn (ARL) nog de reikwijdte van de in art. 19 lid 3 Aw neergelegde beperking is. Die richtlijn is op 22 juni 2002 in werking getreden en vervolgens op 1 september 2004 in onze auteurswet geïmplementeerd. Art. 3 ARL kent aan auteurs het recht op mededeling aan het publiek toe, wat onder meer het recht omvat om een werk op een website/nieuwssite toegankelijk te maken. Dat recht kan worden beperkt, maar alleen door de in art. 5 ARL genoemde (lim-

iatieve) opsomming van toegelaten beperkingen.⁵ Een beperking zoals neergelegd in art. 19 lid 3 Aw vinden wij in art. 5 ARL niet met zoveel woorden terug, zodat wij voor de rechtvaardiging van die bepaling onze toevlucht moeten nemen tot art. 5 lid 3 sub o ARL. Dit artikel luidt als volgt:

“De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op de in de artikelen 2 en 3 bedoelde rechten stellen ten aanzien van het gebruik in andere, minder belangrijke gevallen, wanneer reeds beperkingen of restricties bestaan in het nationale recht *mits het alleen analoog gebruik betreft* (curs., PG/JvK) en het vrije verkeer van goederen en diensten in de Gemeenschap niet wordt belemmerd, onverminderd de in dit artikel vervatte beperkingen en restricties.”

6. Deze 'bezemepaling' is het gevolg van een politiek compromis tussen enerzijds de voorstanders van een volledige open lijst van beperkingen en anderzijds de voorstanders van een verkorte lijst van uitputtende beperkingen. In het gemeenschappelijk standpunt van de Raad is het volgende te lezen:

“Voorts heeft de Raad voor artikel 5, lid 3, ingestemd met een nieuw punt o), dat de lidstaten toestaat vast te houden aan minder belangrijke uitzonderingen die op het tijdstip van inwerkingtreding van de richtlijn reeds in hun nationale recht bestonden, mits deze uitzonderingen uitsluitend analoog gebruik betreffen en geen nadelige gevolgen hebben voor het vrije verkeer van goederen en diensten in de Gemeenschap. Deze bepaling vormt, samen met de bijkomende uitzonderingen die zijn opgenomen in artikel 5, lid 3, onder f) tot en met n), een redelijk compromis tussen de standpunten van enerzijds de voorstanders van een volledig open lijst van facultatieve uitzonderingen, en anderzijds de voorstanders van een veel kortere lijst van vast voorgescreven uitzonderingen.”⁶

7. Duidelijk is dat het door DutchNews op haar website/nieuwssite toegankelijk maken van de portretfoto van Bouman geen analoog, maar digitaal gebruik is. Daardoor komt de onderhavige zaak in een totaal ander daglicht te staan. Uit de wetsgeschiedenis blijkt immers op geen enkele manier dat de Nederlandse wetgever heeft willen afwijken van datgene waartoe de Auteursrechtlijn hem verplichtte.⁷ Dat betekent dat art. 19 lid 3 Aw richtlijnconform uitgelegd moet worden, waardoor alleen

4 De woorden 'ten behoeve van' (de geportretteerde) moeten ruim worden uitgelegd. Volgens Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (2019), nr. 6.5) gaat het erom “dat het portret ten behoeve van de geportretteerde gemaakt wordt, en dat het niet gemaakt zou zijn indien de geportretteerde – of een ander te zijnen behoeve, zegt art. 19 – niet die opdracht gegeven had.” Zie ook Schuijt die (in zijn noot onder Rb. Haarlem 8 februari 1994 (*Doktertje spelen*)) schrijft dat het 'ten behoeve is' indien “er ook bij de geportretteerde enig belang is aan te wijzen waarom zij aan de totstandkoming van het portret heeft meegewerkt”, *Informatierecht/AMI* 1995, p. 96.

5 Zie onder meer: HvJ EU 29 juli 2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (*Funke Medien*); HvJ EU 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*); HvJ EU 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online/Volker Beck*). Voor de volledigheid wijzen wij hier ook nog op de 'aanvullende' beperkingen die in de op 6 juni 2019 in werking getreden DSM-richtlijn worden genoemd.

6 Gemeenschappelijk Standpunt (EG) nr. 48/2000, 200/C344/01, p. 18 (sub 36).

7 HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:88 (*Ryan Air/PR Aviation*).

analoog gebruik van een portretfoto is toegestaan. Omdat digitaal gebruik buiten het bereik van art. 19 lid 3 Aw valt, zal voor dergelijk gebruik van de foto (bij het aangaan van de opdracht tot portretteren) toestemming van de fotograaf bedongen moeten worden.

8. Fotograaf X had onzes inziens dus goede kaarten in handen, maar heeft die ogenschijnlijk niet op tafel gelegd. Uit het arrest, noch uit het vonnis in eerste aanleg kunnen wij namelijk afleiden dat deze kwestie onderdeel is geweest van het partijdebat. Uit r.o. 3.3 van het onderhavige arrest blijkt weliswaar dat fotograaf X heeft verdedigd dat art. 19 lid 3 Aw eng uitgelegd moet worden, maar uit niets blijkt dat daarmee een specifiek beroep op art. 5 lid 3 sub o ARL is gedaan. Het artikel wordt in ieder geval nergens met zoveel woorden genoemd, zodat wij ervan uitgaan dat dit specifieke punt geen onderdeel heeft uitgemaakt van het partijdebat. Dat is jammer, wij hadden graag gezien wat het hof had beslist indien deze kwestie wel (uitdrukkelijk) was voorgelegd. Wij menen dat het oordeel dan anders had moeten luiden en de verklaring voor recht van fotograaf X toegewezen had moeten worden (met veroordeling van DutchNews in de kosten van het geding).

9. In het bovenstaande zijn wij ervan uitgegaan dat art. 19 lid 3 Aw een beperking is in de zin van art. 5 ARL. Dat verdient nog wel enige toelichting. In haar (uit 2001 stammende) advies over de implementatie van de ARL heeft de Commissie Auteursrecht namelijk een interessant punt aangestipt. Wij citeren:

“Een volgende kwestie is hoe bepaald wordt welke bepalingen in de Auteurswet 1912 aan te merken zijn als beperkingen en restricties in de zin van de richtlijn auteursrecht, een vraag die zich met name stelt bij het portretrecht, maar ook bij andere bepalingen. De reikwijdte van artikel 5 van de richtlijn auteursrecht bepaalt immers de grenzen waarbinnen lidstaten bestaande bepalingen kunnen handhaven of niet. De richtlijn auteursrecht bevat geen harde criteria aan de hand waarvan een onderscheid kan worden gemaakt tussen bepalingen die als ‘beperking en restrictie’ gelden en bepalingen die niet door artikel 5 worden geraakt. Bepalingen die de vrijstelling van informatie afkomstig van de overheid tot doel hebben, zoals artikel 15b Auteurswet, bepalingen die ofwel *de relatie tussen fotograaf en geportretteerde regelen* (curs., PG/JvK) dan wel de geportretteerde de mogelijkheid bieden zich te verzetten tegen publicatie van zijn portret (artikelen 19-21 Auteurswet 1912) en bepalingen die voorzien in een (facultatief op te leggen) modaliteit van uitoefening van rechten (zoals de dwanglicentie van artikel 17a Auteurswet) zijn bezwaarlijk als beperkingen in de zin van de richtlijn auteursrecht aan te merken (...).”

10. Hoewel art. 19 lid 3 Aw door de Commissie Auteursrecht niet met zoveel woorden wordt genoemd, regelt die bepaling de relatie tussen fotograaf en geportret-

teerde waardoor (zo nemen wij aan) die bepaling in de ogen van de Commissie bezwaarlijk als beperking in de zin van de richtlijn auteursrecht is aan te merken. Maar zo vragen wij ons af: volgt uit het enkele feit dat een bepaling de relatie tussen de auteur en een andere persoon regelt, dat die bepaling niet als een beperking in de zin van art. 5 ARL kan worden aangemerkt? Wij denken dat het één het ander niet uitsluit. Sterker nog: de meeste (zo niet alle) beperkingen regelen de relatie tussen de auteur en andere personen. Zo regelt bijvoorbeeld art. 15a Aw de relatie tussen de auteur en degene die citeert; art. 16b Aw de relatie tussen de auteur en de ‘privé-kopieerder’; art. 18a Aw de relatie tussen de auteur en de incidentele verwerker en art. 18b Aw de relatie tussen de auteur en de parodist.

11. Nu zou men hiertegen kunnen inbrengen dat de geportretteerde, anders dan bijvoorbeeld de parodist, geen ‘willekeurige’ andere persoon is. Maar dat zijn de personen die in art. 23 en 24 Aw worden genoemd ook niet. Art. 23 Aw regelt de relatie tussen de auteur en de stoffelijke eigenaar van een (kunst)werk en beperkt het auteursrecht in zoverre dat de stoffelijke eigenaar (geen willekeurige derde) bevoegd is het werk te veelevoudigen of openbaar te maken voor zover dat noodzakelijk is voor openbare tentoonstelling of openbare verkoop. Tegen die handelingen kan de auteur zich niet met succes verzetten. Ook in art. 24 Aw is geen sprake van een willekeurige derde die auteursrechtelijk relevante handelingen mag verrichten. Dat artikel regelt de relatie tussen de schilder en de persoon aan wie hij zijn auteursrecht op een schilderwerk heeft overgedragen. Deze schilder blijft bevoegd gelijke schilderwerken te vervaardigen; de auteursrechthebbende kan zich daar niet met succes tegen verzetten. Evenals de geportretteerde (in art. 19 lid 3 Aw) is de ‘nieuwe auteursrechthebbende’ geen willekeurige derde, maar zijn auteursrecht wordt toch beperkt.

12. De vergelijking tussen art. 19 lid 3 Aw en art. 24 Aw gaat zelfs nog een stap verder, omdat de beperking van het auteursrecht die in art. 24 Aw is neergelegd *evenmin* met zoveel woorden voorkomt in art. 5 ARL en onder het regime van de ARL alleen kon blijven bestaan op grond van art. 5 lid 3 sub o ARL (‘de bezembepaling’).⁸ Zoals wij hierboven al hebben aangestipt geldt hetzelfde voor art. 19 lid 3 Aw, met als gevolg dat alleen analoog gebruik van het portret is toegestaan en de auteursrechthebbende digitaal gebruik kan verbieden.

13. Kortom: het feit dat een bepaling de relatie tussen de auteur en een andere persoon regelt sluit niet uit dat die bepaling als een beperking in de zin van art. 5 ARL kan worden aangemerkt. Dat art. 19 lid 3 Aw de relatie tussen de auteur en de geportretteerde regelt betekent derhalve niet dat die bepaling “bezwaarlijk als beperking in de zin van de richtlijn auteursrecht is aan te merken.” Dit argument van de Commissie overtuigt ons dus niet, te minder nu art. 19 lid 3 Aw (“als inbreuk op het auteursrecht wordt niet beschouwd ...”) woordelijk overeenkomt met de (meeste) an-

⁸ Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (2019), nr. 5.61 (noot 499).

dere beperkingen uit de Auteurswet en een plaats heeft gekregen in hoofdstuk 1 paragraaf 6 van de Auteurswet (met als titel 'Beperkingen van het auteursrecht').

14. Tot slot. Het is uiteindelijk aan het HvJ EU om te beslissen of art. 19 lid 3 Aw een beperking in de zin van art. 5 ARL is. Stel dat het Hof (met ons) van mening is dat dit inderdaad het geval is, dan blijven wij met de merkwaaardige situatie zitten dat analoog gebruik van een portretfoto (die door de geportretteerde ter beschikking is gesteld) in een papieren krant wel is toegestaan, maar niet de publicatie van diezelfde foto op de website van die krant. Dit verschil in uitkomst is moeilijk uit te leggen.

15. Dit verschil in uitkomst zou kunnen worden weggenomen door art. 19 lid 3 Aw ruim uit te leggen en ook digitaal gebruik van een portret toelaatbaar te achten. Spoor/Verkade/Visser verdedigen dit, maar zien daarbij onzes inziens over het hoofd dat art. 5 lid 3 sub o ARL deze lezing van art. 19 lid 3 Aw niet toelaat.⁹ Het verschil in uitkomst kan ook worden weggenomen door art. 19 lid 3 Aw te schrappen. Dat is een weg die in ieder geval bewandelbaar is en als uitkomst heeft dat (zonder toestemming van de auteursrechthebbende) zowel digitaal als analoog gebruik van het portret *niet* is toegestaan.

16. Maar is het schrappen van art. 19 lid 3 Aw niet te radicaal? Niet als men door Quaedvlieg geïnspireerd raakt. Hij heeft in 2009 namelijk de vraag gesteld of art. 19 lid 3 Aw in het digitale tijdperk waarin wij inmiddels al een tijdje leven, nog wel gerechtvaardigd is. Zijn antwoord luidde toen als volgt:

"Je zou je kunnen afvragen of de bijzondere regeling voor fotografische portretten in art. 19, lid 3 nog wel gerechtvaardigd is. Om te voldoen aan praktische noden van visuele identificatie is overal wel een eigen elektronische camera bij de hand; tegen de achtergrond van dat gegeven is de vraag of de professionele fotograaf niet langzamerhand een statuut op gelijke voet met de portretschilder verdient, òf dat deze op gelijke voet met de fotograaf behandeld mag worden in lid 3. In dat geval zou daaraan de voorwaarde toegevoegd kunnen worden dat er een zekere noodzaak moet zijn voor het gebruik. Bijvoorbeeld, men wil een nieuwsblad ten behoeve van een necrologie een esthetisch portret van de personen verschaffen in de jaren van zijn bloei en er zijn geen acceptabele alternatieven beschikbaar."¹⁰

17. Anno 2023 is de vraag van Quaedvlieg nog steeds actueel en zijn de geesten wellicht rijp om na te denken over afschaffing van art. 19 lid 3 Aw. Wordt de bepaling geschrapt, dan is voor zowel analoog als digitaal gebruik van de foto in de krant of op de website van de krant toe-

stemming van de fotograaf nodig. Die toestemming kan (tegen betaling) achteraf worden bedongen, maar ook bij het aangaan van de opdracht tot portretteren.

18. Is die toestemming niet verkregen en is sprake van een uitzonderlijk schrijnend geval, bijvoorbeeld het geval dat Quaedvlieg hierboven in nr. 16 noemt, dan heeft de rechter alsnog voldoende middelen tot zijn beschikking om tot een billijke uitkomst te komen. Daarbij dient bedacht te worden dat wij weliswaar een gesloten stelsel van beperkingen hebben (geen open fair-use-beperking), maar de Nederlandse rechter in het geval er sprake is van een inbreuk de nodige vrijheid heeft bij het opleggen van maatregelen. Zo kunnen schrijnende gevallen (ook na de afschaffing van art. 19 lid 3 Aw) wat ons betreft worden opgelost doordat de rechter bij het opleggen van maatregelen rekening houdt met het proportionaliteitsbeginsel.¹¹

P.G.F.A. Geerts & J. van Kampen

IER 2023/3

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

17 december 2021

(Mrs. C.A. Streefkerk, C.E. du Perron, M.J. Kroeze, S.J. Schaafsma en G.C. Makkink)

m.nt. J. Seignette

Garrix/Spinnin

Overeenkomsten tussen DJ en platenmaatschappij en tussen DJ en artiestenmanagement; onredelijk bezwarend beding; beoordeling ex tunc; begrip fonogrammenproducent.

Art. 25f lid 2 Aw; art. 6:2 lid 2 BW; art. 1d WNR

20/01155

20/01158

NJ 2022/90

RvdW 2022/26

NJB 2022/14

ECLI:NL:HR:2021:1923

ECLI:NL:PHR:2021:433

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN CIVIELE KAMER

Nummers 20/01155 en 20/01158

Datum 17 december 2021

ARREST

In de zaak 20/01155

[eiser],

wonende te [woonplaats],

eiser tot cassatie, verweerder in het incidentele cassatie-

beroep, hierna: [eiser],

advocaat: S.M. Kingma,

⁹ Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (2019), nr. 6.5 (noot 36). Zie ook Verkade *T&C Intellectuele eigendom*, art. 19 Aw, aant. 4.

¹⁰ Antoon Quaedvlieg, 'Artikel 19 en 20 Aw: in opdracht verzonken portretten', in: D.J.G. Visser (red.), *Commercieel Portretrecht*, p. 143.

¹¹ Zie in dit verband Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (2019), nr. 5.4-5.5.