



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Rb. (Ktr.) Leeuwarden 2008-02-05

Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (2008). Annotation: Rb. (Ktr.) Leeuwarden 2008-02-05. *Ami*, 3, 77-79.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13600>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13600>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Afbeelden bio-ecologische Leguaanwoningen in reclame voor hypotheek niet in strijd met het auteursrecht Wél onrechtmatig, omdat het ‘oorspronkelijk concept’ geweld wordt aangedaan.

(art. 18 Aw, art 6:162 BW)

Noot bij Rb. Leeuwarden (sector Kanton) 5 februari 2008, *LJN* BC4312 (Leguaanwoningen II)

De Friesland Bank maakte in 2005 in een advertentiecampaigned voor hypotheek gebruik van een foto van de ‘bio ecologische’ ‘Leguaanwoningen’, ontworpen door de heer H. Gommer.

Gommer begon een kort geding, waarbij zijn advocaat zich baseerde op de oude tekst van art. 18 Aw (waarin het ‘hoofdvoorstellings’-vereiste nog voorkwam). De bewuste advocaat bleek niet op de hoogte van het feit dat art. 18 Aw per 1 september 2004 was gewijzigd.

Terzijde: op grond van de oude tekst van art. 18 Aw is het zeer aannemelijk dat de heer Gommer zonder meer had gewonnen.

De Friesland Bank beriep zich wel op de nieuwe tekst van art. 18 Aw. De kort geding rechter kwam tot de conclusie dat de Leguaanwoningen zich op een ‘openbare plaats’ bevonden, dat zij waren afgebeeld ‘zoals zij zich aldaar bevonden’ en dat derhalve aan de criteria van art. 18 Aw (nieuw) was voldaan. Zie: Rb. Leeuwarden 19 april 2005, *LJN* AT4169, *AMI* 2006 p. 68 m.nt. Seignette (Leguaanwoningen).

Seignette liet zich in haar noot kritisch over dit vonnis uit: zij meende dat de woningen zich niet op een openbare plaats bevonden, dat het criterium van ‘zich aldaar bevinden’ verkeerd was geïnterpreteerd én (met name) dat de drie-stappen-toets niet was toegepast.

Ook de heer Gommer zelf, inmiddels *mr.* H. Gommer, uitte de nodige kritiek in een artikel in het *NJB*, waarin hij uiteraard niet onpartijdig en wel emotioneel, maar m.i. tamelijk overtuigend betoogde dat architecten en andere auteurs zich moeten kunnen verzetten tegen wat hij noemt ‘commercieel misbruik’ van hun werk. (Zie: H. Gommer, ‘Als het recht kantelt’, *NJB* 2006, p. 1685-1688).

In 2007 begon *mr.* Gommer zelf, zonder advocaat, een bodemprocedure bij de kantonrechter in Leeuwarden en het onderhavige vonnis is daarvan het, voor auteursrechtinsiders, nogal ongebruikelijk gemotiveerde resultaat.

Auteursrechtelijk vermoedelijk correct én interessant is de vaststelling van de kantonrechter dat Gommer de ‘maker’ is van de Leguaanwoningen, hoewel hij voor de uitwerking een architect had ingeschakeld. Uit de gedetailleerde aanwijzingen die Gommer aan die architect gaf concludeert de kantonrechter in ov. 4.2: “Aldus fungeerde hij [= Gommer] ten opzichte van de tekenende handen van [de architect] als brein”.

Vervolgens toetst de kantonrechter impliciet aan art. 18 Aw (nieuw), maar doet dat niet erg duidelijk:

“De woningen lijken toch bedoeld om aan de openbaarheid prijsgegeven te worden. Wellicht geldt daarbij een uitzondering voor gebruikte technieken, maar die zijn hier

niet aan de orde. Hoe dan ook lijken de woningen, gelet op de foto's die door Friesland Bank in het geding zijn gebracht, in voldoende mate zichtbaar vanaf de openbare weg.”

De kantonrechter rept met geen woord (expliciet) over de frase ‘zoals het [werk] zich aldaar bevindt’ in art. 18 Aw, laat staan dat hij aandacht besteedt aan de drie-stapen-toets. Uit de processtukken blijkt dat Gommer, onder andere met verwijzing naar de noot van Seignette, aan beide punten wel aandacht heeft besteed.

Op de eventuele inbreuk op de morele rechten van art. 25 Aw, waarop Gommer zich, overigens tamelijk summier gemotiveerd, ook had beroepen, gaat de kantonrechter in het geheel niet in. De kantonrechter lijkt aan de overweging van het ‘aan de openbaarheid prijsgeven’ genoeg te hebben om te concluderen dat van inbreuk op het auteursrecht van Gommer geen sprake is.

Vervolgens gooit de kantonrechter het in ov. 4.3 echter resoluut over de boeg van de onrechtmatige daad:

“Het aan deze woningen klevende concept van ecologisch bewustzijn wordt [...] door Friesland Bank niet genoemd. Het enige bewustzijn waaraan Friesland Bank met deze campagne wil appelleren is dat van financieel voordeel. Op deze wijze heeft Friesland Bank het oorspronkelijk concept geweld aangedaan. Dit concept betreft, zoals hierboven uiteengezet is, een recht dat De Groene Leguaan, in persoon van Gommer, toekomt. Aldus is inbreuk gemaakt op een recht van De Groene Leguaan c.s. en is onrechtmatig gehandeld door Friesland Bank”.

De kantonrechter komt dus met een ‘concept’ dat ‘een recht’ betreft, - kennelijk niet zijnde een auteursrecht -, dat Gommer toekomt en dat door de Friesland Bank is geschonden.

Als een kantonrechter zo iets ongebruikelijks doet als het uit de hoge hoed toveren van een nieuw (para-IE-) recht is bij (auteursrecht)specialisten de neiging groot om dit af te doen als een vreemde bokkensprong die maar het beste genegeerd kan worden, zeker als dit zo weinig gemotiveerd gebeurt als in dit geval. (Als de Hoge Raad iets vergelijkbaars doet, zoals het uit de hoge hoed toveren van een ‘huisrecht’ of een ‘éénlijnsprestatie’, is het direct een onderwerp van serieuze studie).

Waarom doet de kantonrechter dit? Een niet al te gewaagde veronderstelling is dat de kantonrechter de mandarijndiscussie over de betekenis van ‘zoals het zich aldaar bevindt’ en het al dan niet rechtstreeks laten werken van de drie-stappen-toets te ingewikkeld vindt, terwijl hij wel van mening is dat wat de Friesland Bank gedaan heeft ‘niet moet kunnen’. Een dergelijk op het rechtsgevoel gebaseerd oordeel valt m.i. op zichzelf goed te begrijpen. De argumenten die Gommer aandraagt in zijn *NJB*-artikel uit 2006 spreken mij nogal aan: als je maker bent van een werk met een hoog eigen oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel, dat in dit geval ook nog eens een politiek-bewuste, namelijk ‘bio ecologische’ lading heeft, dan wil je niet dat dat werk in een puur commerciële context wordt gebruikt die op geen enkele manier aansluit bij je eigen denkbeelden en de bedoeling van je werk.

Dat de kantonrechter, als niet-specialist, in dit geval tot dit oordeel komt, valt m.i. enigszins te billijken. Er is echter hoger beroep ingesteld en wat mij betreft zou de appelrechter er goed aan doen andere motivering aan zijn oordeel ten grondslag te leggen.

Als we dit vonnis opvatten als een signaal van het rechtsgevoel dat een werk dat zich op een openbare plaats bevindt niet zonder toestemming van de maker prominent als blikvanger in een commerciële reclame-uiting mag worden gebruikt, dan moeten we ons afvragen of de huidige tekst van art. 18 Aw aldus geïnterpreteerd zou kunnen worden, of dat aanpassing van die bepaling mogelijk geïndiceerd is. Het lijkt immers bepaald wenselijk dat een oplossing voor een gewenste uitkomst van dit geschil *binnen* het auteursrechtelijk systeem gevonden kan worden. De door de kantonrechter gekozen omweg - via een nieuw 'recht op concept' - lijkt mij rechtssystematisch onnodig en (dus) onwenselijk.

Ik ben geneigd dit rechtsgevoel van de kantonrechter te onderschrijven en zou daarbij een parallel willen trekken met het portretrecht. De Hoge Raad overwoog in zijn Discodanser arrest (HR 2 mei 1997, NJ 1997, 661 m.nt. DWFV, AMI 1997, p. 143 m.nt. Schuijt) dat

'de geportretteerde in beginsel steeds een redelijk belang zal hebben om zich te verzetten tegen gebruik van zijn portret als ondersteuning van een commerciële reclame-uiting. De opname van een portret in een reclame voor een product of dienst heeft immers tot gevolg dat de geportretteerde door het publiek geassocieerd zal worden met dat product of die dienst, waarbij het publiek in het algemeen – en doorgaans terecht – ervan uit zal gaan dat het gebruik van het portret niet zal zijn geschied zonder toestemming van de geportretteerde en de opname van het portret in de reclame-uiting zal opvatten als een blijk van publieke ondersteuning van het product of de dienst door de geportretteerde. Op deze gronden is het op een dergelijke wijze gebruiken van een portret in beginsel aan te merken als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de geportretteerde.'

Ik denk dat goed verdedigbaar is dat voor het prominent gebruik - als blikvanger in een reclame-uiting - van een auteursrechtelijk beschermd werk met een bijzondere zeggingskracht, ook al bevindt dat zich aan de openbare weg, in ieder geval onder omstandigheden, hetzelfde kan gelden als dat wat in Discodanser is beslist. Dit te meer omdat het auteursrecht in de regel als een sterker recht wordt gezien dan het portretrecht. Het opzettelijk gebruik van markante gebouwen en andere kunstwerken op openbare plaatsen, voor commerciële reclamedoeleinden, zal vaak op begrijpelijke bezwaren stuiten van de auteursrechthebbenden. Gommer noemt in zijn *NJB*-artikel uit 2006 het gebruik van een afbeelding van een markante torenflat in een Viagra reclame.

Het is mogelijk om, zoals in de parlementaire geschiedenis van art. 18 Aw (nieuw) verschillende keren is gesuggereerd, de zinsnede 'zoals het zich aldaar bevindt' op te vatten als een belangrijke, op de drie-stappen-toets gebaseerde beperking. Men zou kunnen zeggen dat ieder prominent gebruik als blikvanger in een reclame-uiting niet is aan te merken als gebruik van het werk 'zoals het zich aldaar bevindt'. *Wetshistorisch* is dit een acceptabele interpretatie. *Taalkundig* is dit een niet al te bevredigende interpretatie. 'Zoals het zich aldaar bevindt' lijkt taalkundig toch vooral te verwijzen naar *hoe* het werk wordt afgebeeld, dus: met de omgeving erbij. 'Zoals het zich aldaar bevindt' lijkt niet te verwijzen naar het *doel* en de *context* van het gebruik van het werk. Dit terwijl doel en context (te weten commerciële reclame die niets te maken heeft met 'bio ecologisch wonen') in dit geval juist belangrijke factoren zijn.

Het zou ook mogelijk moeten zijn om een directe toetsing aan de drie-stappen-toets op de interpretatie van art. 18 Aw los te laten en op basis daarvan te concluderen dat gebruik van

een werk als hoofdvoorstelling en blikvanger in commerciële reclame in strijd is met de normale exploitatie van het werk.

Tenslotte is het m.i. goed verdedigbaar dat binnen het auteursrechtelijk systeem een beroep op de morele rechten van art. 25 Aw in dit geval gerechtvaardigd is. Het bewuste gebruik zou als een wijziging van het werk van Gommer kunnen worden aangemerkt, waartegen hij zich in redelijkheid kan verzetten.

Met dit al kan de vraag worden gesteld of het loslaten van het hoofdvorstellingsvereiste en het introduceren van het vereiste ‘zoals het zich aldaar bevindt’, niet een ongewenst bijeffect heeft gehad. Dit betekent overigens m.i. geenszins dat art. 18 Aw geheel zou moeten worden geschrapt, zoals mr. Gommer inmiddels suggereert. Er zijn namelijk tal van situaties waarin werken op openbare plaatsen m.i. wél zonder toestemming van de auteursrechthebbende gebruikt zouden moeten kunnen worden, ook wanneer zij de hoofdvorstelling vormen en het bewuste gebruik mogelijk op grond van het citaatrecht niet is toegestaan. Te denken valt aan gebruik in documentaires, reisverslagen, reisgidsen en vergelijkbare informatieve producten.

Gebruik van een werk als hoofdvorstelling en blikvanger in commerciële reclame zonder toestemming van de rechthebbende lijkt mij, zoals gezegd, minder wenselijk. Voorlopig zou het wenselijke oordeel m.i. het beste bereikt kunnen worden via de wetshistorische ‘drie-stappen-toets’-interpretatie van het criterium ‘zoals het zich aldaar bevindt’, al is dat met name in taalkundig opzicht bepaald geen fraaie oplossing. Toepassing van art. 25 Aw lijkt mij ook een redelijk goede mogelijkheid. De introductie van een *sui generis* ‘recht op een concept’ ten behoeve van toepassing van art. 6.162 BW lijkt mij het minst wenselijk.