



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Vzr. Rb. Breda 2011-04-08

Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (2011). Annotation: Vzr. Rb. Breda 2011-04-08. *Ami*, 3, 106-107. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18687>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18687>

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

Vzr. Rechtbank Breda 8 april 2011, zaaknummer / rolnummer:
231896 / KG ZA 11-138
(mr. Van der Weide)

**Foto's van een liggende naakte vrouw (in maanlicht). Nabootsing
in gewijzigde vorm. Totaalindrukken.**
(art. 13 Aw)

Vonnis in kort geding in de zaak van

Claudia Gerdina Jacoba Maria van de Rakt, wonende te Meerle-
dorp, eiseres, advocaat mr. R.M. van Rompaey,

tegen

de naamloze vennootschap Chassé Theater NV, gevestigd te Breda,
gedaagde, advocaat mr. P.N.A.M. Claassen.

Partijen zullen hierna Van de Rakt en Chassé genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Op verzoek van Chassé en met instemming van Van de Rakt heeft de voorzieningenrechter in aanwezigheid van partijen zowel de foto van Van de Rakt 'Maanlicht' als de foto die is afgebeeld op de wand van het bespreekbureau van het Chassé theater ter plaatse bezichtigd. In aansluiting daarop heeft – eveneens met instemming van beide partijen – in een ruimte van het Chassé theater de mondelinge behandeling plaats gevonden. Het verdere verloop van de procedure blijkt voorts uit:

- de dagvaarding
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van Van de Rakt met producties,
- de pleitnota van Chassé met producties.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. Het geschil

2.1. Van de Rakt vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

primair:

1. Chassé gebiedt zich met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis te onthouden van iedere directe en indirecte inbreuk op de auteursrechten en persoonlijkheidsrechten van Van de Rakt ter zake het in de dagvaarding beschreven en afgebeeld werk (fotografisch werk getiteld: 'Maanlicht'), en derhalve het openbaar maken en/of verveelvoudigen van dit werk, op welke wijze ook, derhalve ook in gewijzigde vorm, te staken en gestaakt te houden;
2. Chassé gebiedt om de inbreukmakende Afbeelding (zoals afgebeeld en beschreven in de dagvaarding) omgaand na betekening van dit vonnis volledig en genoegzaam te verwijderen en verwijderd te houden (waarbij in het bijzonder geldt dat de Afbeelding onder meer van de muur bij het bespreekbureau dient te worden verwijderd, alsook van de website en uit alle overige (promotionele) materialen waarin deze is afgebeeld);
3. Chassé gebiedt om binnen uiterlijk vijf dagen na betekening van dit vonnis een rectificatie te doen plaatsen in BN/de Stem, (katern Stad & Streek, Breda), in hetzelfde formaat als het als productie 4 overgelegde eerder verschenen artikel, met afbeelding van het originele Werk ('Maanlicht') en met uitsluitend de volgende inhoud:

8 Zie ook A. van Rooijen, 'Auteursrecht op software en interoperabiliteit', AMI 2011-2, p. 49.

Bij vonnis van heeft de Voorzieningenrechter van de rechtbank te Breda geoordeeld dat de foto van de naakte dame, die promi-

nent de achtergrond vormt in het bespreekbureau, inbreuk maakt op de auteursrechten en persoonlijkheidsrechten van fotografe Van de Rakt, in het bijzonder op het door haar gemaakte werk, getiteld 'Maanlicht', dat hierbij is afgebeeld.

De inbreukmakende afbeelding in het bespreekbureau wordt omgaand verwijderd.

onder gelijktijdige mededeling aan de advocaat van Van de Rakt, mr. R.M. van Rompaey, van het moment waarop en het medium waarin de rectificatie zal worden geplaatst en met toezending van een kopie van de rectificatie;

4. Chassé veroordeelt tot betaling aan Van de Rakt van een dwangsom van Euro 5.000,- voor iedere dag dat Chassé met de gehele of gedeeltelijke nakoming van de onder 1, 2 en 3 verzochte bevelen in gebreke blijft;

5. Chassé veroordeelt in de kosten van dit geding, ex artikel 1019h Rv., en te begroten conform een door Van de Rakt nader te overleggen specificatie;

6. de termijn als bedoeld in artikel 1019i Rv. te bepalen op 6 maanden.

subsidiar:

Chassé gebiedt om met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis ieder onrechtmatig handelen jegens Van de Rakt, bestaande uit het afbeelden van de Afbeelding (zoals afgebeeld en beschreven in de dagvaarding) op welke wijze ook, te staken en gestaakt te houden, alsook een rectificatie te verzenden als hierboven bedoeld onder primair punt 3, zulks op straffe van een door Chassé bij niet-naleving dat dit bevel aan eiseres te verbeuren dwangsom van Euro 5.000,- voor iedere dag dat gedaagde met de naleving daarvan in gebreke blijft, met veroordeling van Chassé in de kosten van het geding.

2.2. Chassé voert verweer.

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

3. De feiten

3.1. Op grond van de niet of onvoldoende weersproken stellingen en de overgelegde producties wordt uitgegaan van de navolgende feiten:

a. Van de Rakt heeft in 1993 als onderdeel van haar eindexamenproject aan de kunstacademie Sint Joost te Breda een fotografisch werk gemaakt dat de naam 'Maanlicht' draagt, waarop een compositie van een naakte, slapende vrouw tot uitdrukking is gebracht, waarbij de maan als enige lichtbron is gebruikt.

b. In 1993 heeft Chassé het origineel van 'Maanlicht' aangekocht in een afmeting van 122 cm x 262 cm, zwart-wit op canvas, dat tot op heden in de foyer van het theater hangt. In dezelfde periode heeft Chassé een 20-tal van Van de Rakt gekochte prints van 'Maanlicht' voorzien van de naam van Chassé aan de toenmalige sponsors van het destijds in aanbouw zijnde theater cadeau gedaan.

c. In de krant BN/De Stem van 20 januari 2011 is een artikel geplaatst over de vernieuwing van de entree van het Chassé theater met daarbij een afbeelding van het nieuwe bespreekbureau met een wandvullende foto van de hand van Ton Dirven van een liggende naakte vrouw.

d. Bij email van 26 januari 2011 heeft Van de Rakt aan Cees Langeveld, directeur van Chassé, haar verbazing geuit over de gelijkenis tussen de foto van Ton Dirven en het Werk van haar hand en ondermeer gevraagd waarom Chassé deze foto door Ton Dirven heeft laten maken terwijl Chassé de foto 'Maan-

licht' reeds in bezit heeft. Cees Langeveld antwoordt Van de Rakt bij e-mail van 27 januari:

[...]

'Als uw foto geschikt zou zijn voor het bespreekbureau waren we vervolgens zeker met u in contact gekomen. Maar hoe mooi uw foto ook is, wij hadden deze niet kunnen gebruiken voor het bespreekbureau. De verhouding hoogte, breedte moest anders, de ligging van het model was afhankelijk van een deur die in de wand zit, de belichting moest minder donker en de setting van een foto in de vrije ruimte in plaats van op een divan paste in ons beeld van het nieuwe bespreekbureau. En dan nog de resolutie van de foto die vanwege de oppervlakte erg hoog moest zijn. Ik hoop dat ik u duidelijk heb gemaakt waarom wij zelf een foto hebben laten maken. Overigens vind ik het plezierig de historie van de foto te vernemen omdat deze mij niet bekend was.'

3.2. Tussen partijen is niet in geschil dat de foto van Van de Rakt 'Maanlicht' een werk is in de zin van de Auteurswet. De foto 'Maanlicht' van Van de Rakt, die hieronder als foto I is afgebeeld, zal hierna worden aangeduid als het Werk. De foto van Ton Dirven, die hieronder als foto II is afgebeeld, zal hierna worden aangeduid als de Afbeelding.



Foto I, 'Maanlicht' van Van de Rakt, hierna 'het Werk'



Foto II, de foto van Ton Dirven, hierna 'de Afbeelding'

4. Formeel bezwaar

4.1. Chassé heeft ter zitting bezwaar gemaakt tegen de door Van de Rakt op 23 maart 2011 overgelegde productie 12 – een als deskundigenrapport getypeerde vergelijking tussen het Werk en de Afbeelding van de hand van Karin Krijgsman – omdat dit rapport pas twee dagen voor de zitting is overgelegd, terwijl het rapport is gedateerd op 9 maart 2011. Mr. van Rompaey heeft in reactie op dit bezwaar geantwoord, dat hij dit rapport zelf pas op 23 maart 2011 heeft ontvangen en dat hetzelfde bezwaar kan worden gemaakt tegen de overlegging door Chassé van de ontwerptekeningen van Herzberger, die ook pas 1 dag voor de zitting zijn overgelegd. De voorzieningenrechter heeft ter zitting mondeling beslist dat aan het bezwaar van Chassé voorbij wordt gegaan, nu het procesreglement kort geding voorziet in de overlegging van producties uiterlijk twee dagen voor de zitting en heeft Productie 12 van Van de Rakt toegelaten. Daarbij heeft de Voorzieningenrechter overwogen dat in de beoordeling zal worden meegenomen dat Chassé niet in staat is geweest een tegenbericht van een deskundige te laten opmaken.

5. De stellingen van Van de Rakt

5.1. Van de Rakt grondt haar vorderingen op de stelling dat Chassé inbreuk maakt op haar auteursrechten door op immens formaat in het bespreekbureau en in haar promotionele uitingen, een bewerking van haar werk *Maanlicht* openbaar te maken en te veelvoudigen.

Zij voert aan dat de overeenstemming tussen het Werk en de Afbeelding niet berust op toeval, maar het gevolg is van ongeautoriseerde ontlening en dat de feiten een goede indicator zijn dat sprake is geweest van bewuste ontlening. Dit vermoeden volgt uit de rechtstreekse en langdurige bekendheid van Chassé met het Werk, dat vanaf 1993 onafgebroken is geëxposeerd in de foyer en die bekendheid wordt versterkt doordat Chassé zich de afgelopen jaren actief heeft geafficheerd met het Werk, o.a. naar de sponsoren, in het gebouw en extern in de media. Daarnaast spreekt de email van Cees Langeveld boekdelen, nu daaruit onomstotelijk blijkt dat het Werk voor de Afbeelding in het bespreekbureau als uitgangspunt heeft gediend, maar Chassé op diverse punten aanpassingen wenste om de foto geschikt te maken voor het aanbrenge van daarvan in het bespreekbureau. Chassé heeft Ton Dirven vervolgens kennelijk verzocht om het Werk conform de nieuwe wensen te bewerken. Van toevallige overeenstemming kan dus gezien deze achtergrond en de treffende gelijkenis gewoonweg geen sprake zijn. Ontlening wordt rechtens dan ook verondersteld, aldus de stellingen van Van de Rakt.

5.2. Volgens Van de Rakt zijn de navolgende door het auteursrecht beschermde karakteristieken uit het Werk door Ton Dirven in de afbeelding op zo getrouw mogelijke wijze overgenomen:

- a. de vrijwel identieke pose van de dames;
- b. de dames hebben vrijwel hetzelfde postuur;
- c. de dames hebben dezelfde huiskleur;
- d. de positie van de benen van de beide dames is zeer sterk overeenstemmend;
- e. de positionering van de rechtervoet ten opzichte van de linkervoet is vrijwel identiek;
- f. de kanteling van de heup is gelijk;
- g. de positie van de rechterarm is vrijwel identiek;
- h. de schaduwvlakken zijn sterk gelijkend;
- i. de (neutrale) gezichtsuitdrukking stemt overeen;
- j. de ondergrond is weliswaar een ander materiaal, maar desalniettemin sterk gelijkend (eveneens een donkere achtergrond + de korrelstructuur op het bed in het Werk stemt overeen met de korrelstructuur van het in de Afbeelding gebruikte materiaal + de horizontale lijnen in het materiaal waar de dame op de Afbeelding op ligt vertonen een hoge mate van overeenstemming met de lijnen die de welving in het matras veroorzaken bij het Werk;
- k. het standpunt van de fotografie is identiek;
- l. in beide afbeeldingen zijn de dames gecentreerd in de foto en in het geheel afgebeeld;
- m. beide afbeeldingen zijn in zwart-wit. Opmerkelijk is dat Chassé blijkens haar producties kennelijk betoogt dat de foto oorspronkelijk in kleur is gemaakt, maar dat uiteindelijk is gekozen deze in zwart-wit af te beelden, waarmee nog nauwer aansluiting wordt gezocht met het Werk.

5.3. Van de Rakt stelt voorts dat zij uit de vrijwel oneindige creatieve keuzemogelijkheden diverse eigen, oorspronkelijke keuzes heeft gemaakt, die in het Werk tot uitdrukking worden gebracht en dat voor Chassé geen enkele noodzaak bestaat om op de hiervoor genoemde punten aansluiting te zoeken bij het Werk, omdat op al deze punten vrijwel eindeloos kan worden gevarieerd. Het had op de weg van Chassé gelegen om andere vormgevingskeuzes te maken en in de foto tot uitdrukking te brengen. Zo had Chassé bijvoorbeeld, omdat het dak van het Chassé niet is geïnspireerd op een naakte vrouw, maar op een beeld van een slapende vrouw, om haar doelen te realiseren evengoed een vrouw met kleding of

andersoortige lichaamsbedekking kunnen gebruiken als model. Evenmin is het noodzakelijk om de vrouw in haar geheel af te beelden, omdat uitsluitend de heup-schouderlijn van de vrouw van belang is om de vrouwelijke contouren van het dak van Chassé te weerspiegelen. De contouren van het dak van het Chassé theater kunnen ook anders in beeld worden gebracht in de afbeelding van een liggende vrouw. Bijvoorbeeld door de ligging op de buik, ook dan ontstaat een golvende lijn.

5.4. Van de Rakt erkent dat zij geen monopolie heeft op het thema van een liggende naakte slapende vrouw, maar stelt dat er vele verschillende andere posities mogelijk zijn van een liggende slapende vrouw. Dit blijkt ook wel uit de door Chassé overgelegde producties 4 en 5, alsook de productie 11 van Van de Rakt, die honderden afbeeldingen bevatten van liggende naakte vrouwen. Geen enkel overgelegd voorbeeld is gelijk aan het Werk.

Dit onderschrijft dat het Werk een unieke positie inneemt in de welhaast ontelbare bestaande variaties voor het afbeelden van een (naakte) dame. Van de Rakt stelt dat zij voor de totstandkoming van het Werk zichzelf gedurende een jaar in de periode 92/93 talloze malen liggend slapend heeft gefotografeerd en dat dit de enige foto is waarop zij op deze manier ligt. Zij stelt dat deze unieke foto haar uiteindelijke keuze is geweest, juist vanwege de specifieke vormgeving.

5.5. Tenslotte ontkent Van de Rakt niet dat er ook verschillen waarneembaar zijn bij vergelijking van het Werk met de Afbeelding, maar zij stelt dat die verschillen de inbreuk niet wegnemen. Bovendien zijn verschillen onontkoombaar indien een remake wordt gemaakt, omdat hetzelfde model en dezelfde achtergrond niet beschikbaar zijn en de Afbeelding daarnaast is aangepast aan de specifieke wensen van Chassé. Juridisch kan de Afbeelding worden gezien als een 'vertaling' van het Werk en daarmee als een bewerking in de zin van de Auteurswet. Het Werk is 'vertaald' of 'geïnterpreteerd' naar de nieuwe wensen van Chassé. Getracht is daarbij zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij het Werk van Van de Rakt dat als visitekaartje van het Chassé dienst doet.

Ten aanzien van het verschil in formaat – de Afbeelding in het bespreekbureau is afgebeeld in een veel groter formaat dan het Werk van Van de Rakt – stelt Van de Rakt dat dit niet relevant is aangezien Chassé in verdere promotionele uitingen de Afbeelding kleiner weergeeft: in flyers en op billboards in de stad. Daarnaast stelt zij dat, los van het feit dat het wijzigen van de afmetingen een zelfstandige inbreuk op haar auteursrecht en persoonlijkheidsrecht oplevert, dit verder niet van belang is omdat de totaalindruk daardoor niet anders wordt.

6. De stellingen van Chassé

6.1. Chassé betwist dat de Afbeelding van Ton Dirven is ontleend aan het Werk van Van de Rakt en stelt zich op het standpunt dat Ton Dirven een eigen werk heeft geschapen.

Ter onderbouwing van die stelling schetst Chassé het ontwerpproces van de Afbeelding als volgt: Begin 2010 heeft een bedrijf dat in opdracht van Chassé het nieuwe bespreekbureau heeft ontworpen aan Chassé het idee voorgelegd dat er in de witte ruimte op de achterwand van het bespreekbureau een foto zou komen van een liggende naakte vrouw. Dit omdat het beeld van een liggende vrouw de inspiratiebron voor de architecturale verschijningsvorm van het theater naar het ontwerp van Hertzberger is en vele architectuur liefhebbers van ver buiten de landsgrenzen het theater om deze reden bezoeken. Het werk diende verder een contrast te bevatten, te weten hard en zacht, met vrouwelijk en mannelijk als uitersten, door de combinatie van een liggende naakte vrouw met het portret van generaal Chassé, waarnaar het oorspronkelijke exercitierterrein en kazerne zijn vernoemd.

Vervolgens heeft Chassé aan Ton Dirven, een medewerker in dienst van Chassé en kunstenaar, opdracht gegeven om op basis van zijn eigen creatieve inzicht een foto te maken, passend in het bespreekbureau. Ton Dirven stelt dat hij het contrast hard en zacht vertaald heeft in de zachte vrouwelijke vormen tegenover het harde aardse kolengruis en dat hij samen met assistenten voor de verwezenlijking van dit idee in een Antwerpse studio met 4.000 liter kolengruis een decor heeft gebouwd en een lichtopstelling heeft gemaakt. Om de contouren van het lichaam goed uit te laten komen is gebruik gemaakt van basislicht van boven en achter het model, met invullicht van voren. Ton Dirven geeft voorts aan dat de houding van het vrouwelijk naakt werd bepaald door het feit dat geen borsten en vagina te zien mochten zijn in het openbaar bespreekbureau. Vervolgens zijn verschillende foto's van een – bewust gekozen – zeer slank model met het accent op bredere heupen gemaakt. Ton Dirven heeft zowel een kleurenversie als een zwart-wit versie van de Afbeelding op de wand in het Chassé geprojecteerd. Gekozen is voor de zwart-wit versie omdat de kleurenversie teveel aandacht trok naar het naakt.

Ton Dirven antwoordt op de vraag van de voorzieningenrechter of het klopt dat hij in oktober 2010 contact heeft gezocht met Van de Rakt en of hij kan aangeven wanneer hij in Antwerpen heeft gewerkt aan de Afbeelding: 'Tijdens Breda Photo Open Studio in oktober 2010 ben ik in het atelier van Van de Rakt geweest. Toen heb ik me verdiept in de achtergrond van het Werk en de totstandkoming van het Werk. Ik heb het haar juist gevraagd omdat ik niet hetzelfde heb willen doen. Het moet begin november 2011 zijn geweest dat ik in een studio in Antwerpen de Afbeelding heb gemaakt.'

6.2. Chassé betoogt dat de auteursrechtelijk beschermde elementen die Van de Rakt noemt, ofwel niet zijn overgenomen ofwel niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Hier toe voert zij aan dat het afdrukken in zwart-wit gangbaar is en niet auteursrechtelijk beschermd, dat de pose van de vrouw van Ton Dirven verschilt van de pose van de vrouw van Van de Rakt. Dat voor de karakteristieke belichting aansluiting is gezocht bij het werk, betwist Chassé aangezien Ton Dirven geen gebruik heeft gemaakt van maanlicht maar van LED licht zodat de Afbeelding eerder een impressie is van de dag dan van de nacht, zoals bij het Werk het geval is.

Ten aanzien van de door Van de Rakt gestelde overeenkomsten tussen het Werk en de Afbeelding voert Chassé als verweer, dat de positie van de benen en de kanteling van de heup is gegeven door de zijligging van het model, dat de positie van de voeten anders is, dat een neutraal gezicht niet is te zien, omdat bij de Afbeelding het haar voor het gezicht hangt en dat het model op de Afbeelding niet gecentreerd, maar boven het midden is afgebeeld.

Chassé betwist dat de divan waarop het model in het Werk ligt een korrelstructuur heeft.

6.3. Chassé stelt dat er tussen het Werk en de Afbeelding, niet slechts op detailniveau, de navolgende aanzienlijke verschillen bestaan,

- de afmeting van het werk;
- de dimensie: de afbeelding van Ton Dirven is onlosmakelijk verbonden met de ruimte. Het werk van Van de Rakt is een op zichzelf staand werk dat niet aan een ruimte is verbonden;
- de achtergrond verschilt: de vrouw van Van de Rakt ligt op een bed, binnenshuis, terwijl de vrouw van Ton Dirven zich bevindt op een heuvel met kolengruis, buiten;
- de compositie verschilt, de vrouw van Ton Dirven is niet centraal in het midden, maar in de bovenste helft van de foto weergegeven;
- de lichtvoering verschilt, maanlicht versus LED-licht;
- de foto van Ton Dirven is veel lichter en contrastrijker dan die van Van de Rakt. Tevens valt de schittering van het felle

licht op het kolengruis in het werk van Ton Dirven op;

- de sfeer van de foto's is anders: de realistische en contrastrijke foto van Ton Dirven beoogt een expliciete en moderne sfeer uit te stalen, terwijl het donkere, verhullende, claire obscure werk van Van de Rakt zorgt voor een authentieke, romantische en intieme sfeer;
- de vormen van de vrouwelijke naakten verschillen. De vrouw van Ton Dirven is slanker met meer geaccentueerde heupen.

Ten aanzien van de pose van het naakt van Ton Dirven stelt Chassé dat dit naakt, in tegenstelling tot het naakt van Van de Rakt haar voeten niet op gelijke hoogte heeft liggen, haar hand plat en niet gebald heeft, haar hand niet recht voor haar gezicht ligt, haar knieën minder ver uit elkaar heeft liggen, zij langere, gestrekte benen en opvallend brede heupen heeft, haar onderbuik en navel zichtbaar zijn, haar elleboog ter hoogte van haar navel ligt en dat zij lang haar heeft dat haar gezicht en nek bedekt. Chassé stelt dat het naakt van Van de Rakt door deze verschillen in tegenstelling tot het naakt van Ton Dirven, een kwetsbare fragiele indruk wekt.

7. De beoordeling

7.1. Ingevolge artikel 1 van de Auteurswet kan Van de Rakt zich verzetten tegen iedere verveelvoudiging van haar Werk. De Auteurswet bepaalt in artikel 13 Auteurswet dat onder de verveelvoudiging van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst mede wordt verstaan, de vertaling, de muziekschikking, de verfilming of toneelbewerking en in het algemeen iedere gehele of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigde vorm, welke niet als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt.

7.2. Ter beantwoording ligt de vraag voor of de Afbeelding dient te worden aangemerkt als een – op grond van artikel 13 van de Auteurswet – inbreuk makende bewerking van het Werk, zoals Van de Rakt stelt, dan wel als een nieuw oorspronkelijk werk, zoals Chassé aanvoert. Beslissend bij de vergelijking is of de beweerdelijke inbreukmakende Afbeelding, in zodanige mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere Werk vertoont dat de totaalindrukken die de beide werken maken te weinig verschillen voor het oordeel dat het eerstbedoelde werk als een zelfstandig werk kan worden aangemerkt.

7.3. Vooraf verdient opmerking dat in kunstuitingen het concept van een liggend, naakt vrouwenlichaam een veel voorkomend basisgegeven is. De vele door beide partijen overgelegde afbeeldingen van voornamelijk tekeningen, schilderwerken en beelden met een naakte liggende vrouw als onderwerp, illustreren dit. Een essentieel gemeenschappelijk kenmerk in veel van deze kunstuitingen wordt gevormd door het horizontale, golvende verloop van de contouren van een op de zij liggend vrouwenlichaam.

Als basisgegeven is dat element om die reden als zodanig niet geschikt om te kunnen worden aangemerkt als een element dat auteursrechtelijk is beschermd en daarom niet zou mogen worden overgenomen. Navolging van dit basisgegeven staat om die reden in beginsel vrij zolang in het nieuwe werk, andere elementen zodanig domineren dat het nieuwe werk een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. In zoverre volgt de voorzieningenrechter het verweer van Chassé.

7.4. Dit wordt anders bij vergelijking van de totaalindrukken van het Werk en de Afbeelding. Daar dringt zich de conclusie op dat de Afbeelding in zodanige mate de auteursrechtelijk beschermde elementen van het Werk vertoont dat de totaalindrukken die de beide werken maken, te weinig verschillen voor het oordeel dat de Afbeelding als een zelfstandig werk met een eigen oorspronkelijk karakter dat het persoonlijk stempel van de maker draagt, kan worden aangemerkt.

Allereerst valt op dat de pose van de vrouw op de Afbeelding nauwelijks afwijkt van de pose van de vrouw op het Werk. Sterk overeenstemmend zijn de strekkingshoek van de benen, de rechtervoet, uitstekend achter de linkervoet, de heup onder dezelfde hoek opgericht, de romp licht voorwaarts torderend, de neergedrukte rechterschouder, de tegen de zij getrokken rechter bovenarm, de onderarm in een scherpe hoek gebogen, en de hand naast het deels getoonde gelaat. Sterk gelijkend zijn voorts de composities van het Werk en de Afbeelding, mede door de nagenoeg identieke pose, versterkt door de donkere, sterk met het oplichtende lichaam contrasterende, achtergrond. Tenslotte valt op dat zowel in het Werk als de Afbeelding, een schaarse, over het lichaam in sterkte variërende belichting, de overeenstemmende totaalindruk benadrukt.

7.5. De verschillen die kunnen worden aangewezen tussen het Werk en de Afbeelding zijn ofwel van ondergeschikt belang, ofwel niet het gevolg van een creatieve keuze van de maker, maar het gevolg van de louter functionele eisen, die Chassé heeft gesteld aan de opdracht die zij aan Ton Dirven heeft verstrekt. Dat het model in de Afbeelding niet in het midden maar boven het midden van de Afbeelding is geplaatst is niet een creatieve keuze, maar het gevolg van een technische noodzaak omdat het noodzakelijk was dat onderin de Afbeelding een deur kon worden gemonteerd. Ook de verschillen in formaat en belichting zijn niet zozeer het resultaat van een creatieve keuze, maar het gevolg van het voldoen aan de eisen die door Chassé zijn gesteld, namelijk dat de belichting minder donker moest en de Afbeelding moest passen op de achterwand van het bespreekbureau.

Als eigen creatieve inbreng door de maker kan worden toegegeven dat het gebruik van kolengruis voor de achtergrond als oorspronkelijk kan worden aangemerkt.

De verschillen in de achtergrond, te weten korrelig gruis bij de Afbeelding ten opzichte van een slecht zichtbare divan bij het Werk hebben echter nauwelijks effect op de totaalindruk van het Werk en van de Afbeelding. Dat de achtergrond van ondergeschikte betekenis is voor de totaalindrucken van zowel het Werk als van de Afbeelding is een gevolg van het aansluiten door Ton Dirven bij de donkere ondergrond die Van de Rakt heeft gebruikt in het Werk waardoor de aandacht wordt getrokken naar het onderwerp van zowel het Werk als van de Afbeelding, namelijk de liggende naakte vrouw.

7.6. Aldus komt de voorzieningenrechter tot het voorlopig oordeel dat bij het maken van De Afbeelding niet slechts sprake is geweest van inspiratie door het Werk, doch van het overnemen van auteursrechtelijk beschermde elementen van het werk in een zodanige mate dat een vermoeden van ontlening moet worden aangenomen.

Dat vermoeden wordt versterkt door de mededelingen in het emailbericht van de algemeen directeur van Chassé aan Van de Rakt van 27 januari 2011, zoals hiervoor weergegeven onder de feiten onder 3.1. sub d, welke mededelingen duidelijk maken dat door Chassé is overwogen het Werk te gebruiken voor de gewenste inrichting van het bespreekbureau, maar dat Chassé daar van heeft afgezien om haar moverende redenen: de te donkere belichting, de aanwezigheid van de divan en de maatvoering van het werk in verband met de positie van een in de wand aanwezige deur.

Ook de door Ton Dirven ter zitting bevestigde stelling van Van de Rakt, dat hij haar in oktober 2010 tijdens Breda Photo Open studio in haar studio heeft opgezocht en daarbij specifiek vroeg naar de wijze van totstandkoming van het Werk, versterkt het vermoeden van ontlening.

7.7. Uit al het voorgaande volgt dat de voorzieningenrechter het hoogst waarschijnlijk oordeelt, dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat sprake is van inbreuk ex artikel 13 Auteurswet

en dat Van de Rakt zich daartegen op grond van artikel 1 Auteurswet kan verzetten. De gevraagde voorzieningen zijn dan ook in beginsel toewijsbaar.

Aan Chassé zal een termijn van twee weken worden gegund voor het voldoen aan de gevorderde verboden, nu aannemelijk is dat de daartoe te nemen noodzakelijke bouwkundige maatregelen zodanig zijn dat onmiddellijke voldoening in redelijkheid niet gevergd kan worden.

Voor het plaatsen van een rectificatie in Dagblad BN/deStem ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding nu, gelet op de ruime aandacht van de regionale pers bij gelegenheid van de mondelinge behandeling, mag worden aangenomen dat publicatie van deze beslissing, Van de Rakt reeds in voldoende mate tegemoet zal komen. De dwangsommen zullen worden gemaximeerd als na te melden.

7.8. Nu de vorderingen op grond van de Auteurswet toewijsbaar zijn behoeven de stellingen omtrent de persoonlijkheidsrechten van Van de Rakt en onrechtmatig handelen door Chassé geen bespreking. Deze grondslagen zouden om voornoemde redenen, evenmin kunnen leiden tot toewijzing van de gevorderde rectificatie.

De vordering sub 2 zal uitsluitend worden toegewezen voor wat betreft inbreuk op auteursrechten, omdat de persoonlijkheidsrechten van Van de Rakt geen onderwerp van debat zijn geweest en niet gesteld is welk belang zij heeft bij de toewijzing van het sub 2 gevorderde verbod op inbreuk op persoonlijkheidsrechten naast de toewijzing van het verbod op inbreuk op auteursrechten.

8. De kosten

8.1. Chassé dient als de in het ongelijk te stellen partij te worden verwezen in de kosten van het geding. De aan de zijde van Van de Rakt gevallen kosten worden begroot op een bedrag van Euro 8.190,18, nu dit bedrag door Chassé niet is betwist en door Van de Rakt voldoende gespecificeerd is onderbouwd.

9. De beslissing

De voorzieningenrechter

9.1. gebiedt Chassé om de inbreukmakende Afbeelding (zoals afgebeeld en beschreven in de dagvaarding) binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis volledig en genoegzaam te verwijderen en verwijderd te houden van de muur bij het bespreekbureau als ook van de website en uit alle overige (promotionele) materialen waarin de Afbeelding is afgebeeld;

9.2. gebiedt Chassé zich te onthouden van iedere (overige) directe en indirecte inbreuk op de auteursrechten van Van de Rakt ter zake het Werk en derhalve het openbaar maken en/of verveelvoudigen van de Afbeelding, op welke wijze ook, derhalve ook in gewijzigde vorm, te staken en gestaakt te houden;

9.3. bepaalt dat Chassé aan Van de Rakt een dwangsom van Euro 5.000,- verbeurt voor iedere dag dat Chassé met de gehele of gedeeltelijke nakoming van de onder 9.1 en 9.2 opgelegde geboden in gebreke blijft, tot een maximum van Euro 50.000,- ;

9.4. veroordeelt Chassé in de kosten van dit geding aan de zijde van Van de Rakt, tot op heden begroot op een bedrag van Euro 8.448,10, waarvan een bedrag van Euro 8.190,18 aan salaris advocaat;

9.5. bepaalt de termijn als bedoeld in artikel 1019i Rv op 6 maanden;

9.6. verklaart dit vonnis tot hier uitvoerbaar bij voorraad;

9.7. weigert het meer of anders gevorderde.

Noot

D.J.G. Visser

Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar intellectuele eigendomsrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam.

Dit vonnis illustreert hoe zeer opzet en andere omstandigheden buiten de gelijkenis tussen twee werken vaak doorslaggevend is voor het oordeel van de rechter dat sprake is van 'te veel op elkaar lijken', waardoor sprake is van auteursrechtinbreuk. Het toont ook aan hoe gevaarlijk het totaalindrukken-criterium is.

Claudette van de Rakt is maakster van een foto van een liggende naakte vrouw in maanlicht. De foto is onder meer bijzonder omdat deze zou zijn gemaakt met maanlicht als enige lichtbron met een sluitertijd van dertig minuten. Het Chassé Theater in Breda heeft een exemplaar van de foto in 1993 aangekocht en deze hangt in de foyer van het theater. In januari 2011 blijkt het Chassé Theater een andere, wandvullende foto van een liggende naakte vrouw, gemaakt door een medewerker van het theater, te hebben aangebracht in het bespreekbureau van het Theater. Het Chassé Theater heeft aan Van de Rakt laten weten dat ze haar foto wel had willen gebruiken, maar dat de verhoudingen en de compositie niet geschikt waren voor de wand waar de foto moest komen te hangen. Daarom heeft men een nieuwe foto van een liggende naakte vrouw laten maken.



Er lijkt weinig twijfel over dat men de foto opzettelijk heeft nagevolgd of 'nagebootst'. Van toeval is in ieder geval geen sprake. Maar is het daarmee ook auteursrechtinbreuk?

De voorzieningenrechter begint terecht met de

opmerking dat in kunstuitingen het concept van een liggend, naakt vrouwenlichaam een veel voorkomend basisgegeven is. De vele door beide partijen overgelegde afbeeldingen van voornamelijk tekeningen, schilderwerken en beelden met een naakte liggende vrouw als onderwerp, illustreren dit. Een essentieel gemeenschappelijk kenmerk in veel van deze kunstuitingen wordt gevormd door het horizontale, golvende verloop van de contouren van een op de zij liggend vrouwenlichaam. Als basisgegeven is dat element om die reden als zodanig niet geschikt om te kunnen worden aangemerkt als een element dat auteursrechtelijk is beschermd en daarom niet zou mogen worden overgenomen (r.o. 7.3).

Tot zover akkoord. Maar dan: 'Navolging van dit basisgegeven staat om die reden in beginsel vrij zolang in het nieuwe werk, andere elementen zodanig domineren dat het nieuwe werk een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. In zoverre volgt de voorzieningenrechter het verweer van Chassé'.

Dit is onjuist. Navolging van het basisgegeven is helemaal vrij en niemand is verplicht om dominerende elementen toe te voegen. Dat basisgegeven is van niemand, en dus ook niet van Van de Rakt. Ook is het criterium voor inbreuk niet dat het nieuwe werk 'een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt'. Dat is immers het criterium om zelf voor bescherming aanmerking te komen, niet het inbreukcriterium.

Vervolgens herhaalt de voorzieningenrechter deze zelfde fout door het *Accordo/Tros*-inbreukcriterium te citeren, maar ten onrechte aan te vullen met het *Van Dale/Romme*- en *Endstra*-criterium.

Dit wordt anders bij vergelijking van de totaalindrukken van het Werk en de Afbeelding. Daar dringt zich de conclusie op dat de Afbeelding in zodanige mate de auteursrechtelijk beschermde elementen van het Werk vertoont dat de totaalindrukken die de beide werken maken, te weinig verschillen voor het oordeel dat de Afbeelding als een zelfstandig werk met een eigen oorspronkelijk karakter dat het persoonlijk stempel van de maker draagt, kan worden aangemerkt. (onderstreping toegevoegd).

Het onderstreepte gedeelte komt uit *Van Dale/Romme* en *Endstra* en hoort hier niet thuis. Dit maakt overigens voor het oordeel van de rechter in casu niets uit.

Allereerst valt op dat de pose van de vrouw op de Afbeelding nauwelijks afwijkt van de pose van de vrouw op het Werk. Sterk overeenstemmend zijn de strekkingshoek van de benen, de rechtervoet, uitstekend achter de linkervoet, de heup onder dezelfde hoek opgericht, de romp licht voorwaarts torderend, de neergedrukte rechterschouder, de tegen de zij getrokken rechter bovenarm, de onderarm in een scherpe hoek gebogen, en de hand naast het deels getoonde gelaat. Sterk gelijkend zijn voorts de composities van het Werk en de Afbeelding, mede door de nagenoeg identieke pose, versterkt door de donkere, sterk met het oplichtende lichaam contrasterende, achtergrond. Tenslotte valt op dat zowel in het Werk als de Afbeelding, een schaarse, over het lichaam in sterkte variërende belichting, de overeenstemmende totaalindruk benadrukt.

De totaalindrukken lijken op elkaar. Maar is dit het gevolg van overgenomen auteursrechtelijk beschermde trekken?

Is deze pose een 'auteursrechtelijk beschermde trek'?

de strekkingshoek van de benen, de rechtervoet, uitstekend achter de linkervoet, de heup onder dezelfde hoek opgericht, de romp licht voorwaarts torderend, de neergedrukte rechterschouder, de tegen de zij getrokken rechter bovenarm, de onderarm in een scherpe hoek gebogen, en de hand naast het deels getoonde gelaat.

Of is dit een zeer voor de hand liggende pose voor een slapende vrouw? Is dit misschien niet zelfs de houding waarin de meeste vrouwen slapen?

De enige andere beweerdelijk auteursrechtelijke trek is de 'over het lichaam in sterkte variërende belichting'. De rechter herhaalt de pose en de belichting voor een tweede keer en noemt nog eens de totaalindruk, maar nieuwe argumenten levert dat niet op.

Bij de bespreking van de verschillen in par. 7.5 komt de voorzieningenrechter met een opmerkelijke redenering.

De verschillen die kunnen worden aangewezen tussen het Werk en de Afbeelding zijn ofwel van ondergeschikt belang, ofwel niet het gevolg van een creatieve keuze van de maker, maar het gevolg van de louter functionele eisen, die Chassé heeft gesteld aan de opdracht die zij aan Ton Dirven heeft verstrekt. Dat het model in de Afbeelding niet in het midden maar boven het midden van de Afbeelding is geplaatst is niet een creatieve keuze, maar het gevolg van een technische noodzaak omdat het noodzakelijk was dat onderin de Afbeelding een deur kon worden gemonteerd. Ook de verschillen in formaat en belichting zijn

niet zozeer het resultaat van een creatieve keuze, maar het gevolg van het voldoen aan de eisen die door Chassé zijn gesteld, namelijk dat de belichting minder donker moest en de Afbeelding moest passen op de achterwand van het bespreekbureau.

De rechter ziet onder ogen dat de foto's ook weer niet heel erg op elkaar lijken, met name doordat de liggende vrouw op de tweede foto veel hoger licht. Maar dat verschil wordt weggeredeneerd, doordat het het gevolg zou zijn geweest van 'louter functionele eisen'. Compositie, verhoudingen en belichting wijken af, maar dat is 'alleen maar' omdat 'de Afbeelding' moest passen in het bespreekbureau. *So what?*, is men geneigd te denken. Het gaat er toch niet om *waarom* ze afwijken, maar of ze zodanig afwijken dat er geen sprake is van auteursrechtinbreuk. Deze onzindelijke redering van de voorzieningenrechter lijkt in de verte gebaseerd op de in het auteursrecht wél bestaande regel dat overname van vormgevingsaspecten die 'het gevolg zijn van de louter functionele eisen' juist niet tot auteursrechtinbreuk aanleiding kan geven. Dit is uiteraard iets geheel anders dan de stelling dat het *niet* overnemen van auteursrechtelijk beschermde trekken (compositie, verhoudingen en belichting) bij de vergelijking buiten beschouwing mag of moet worden gelaten om te bepalen of er sprake is van auteursrechtinbreuk, omdat dat niet overnemen het gevolg is van technische eisen die aan het werk werden gesteld.

Vervolgens bespreekt de voorzieningenrechter nog één verschil, te weten het gebruik van kolengruis voor de achtergrond. Hij noemt dat wel oorspronkelijk, maar ook ondergeschikt. Daar kan men ook geheel anders over denken. Ten opzichte van het onbeschermd de basisgegevens 'liggende naakte vrouw' (in m.i. zeer voor de hand liggende houding), is het overduidelijke verschil in achtergrond m.i. nogal belangrijk.

7.6. Aldus komt de voorzieningenrechter tot het voorlopig oordeel dat bij het maken van *De Afbeelding* niet slechts sprake is geweest van inspiratie door het Werk, doch van het overnemen van auteursrechtelijk beschermde elementen van het werk in een zodanige mate dat een vermoeden van ontlening moet worden aangenomen. Dat vermoeden wordt versterkt door de mededelingen in het e-mailbericht van de algemeen directeur van Chassé aan Van de Rakt van 27 januari 2011, [...], welke mededelingen duidelijk maken dat door Chassé is overwogen het Werk te gebruiken voor de gewenste inrichting van het bespreekbureau, maar dat Chassé daar van heeft afgezien om haar moverende redenen: de te donkere belichting, de aanwezigheid van de divan en de maatvoering van het werk in verband met de positie van een in de wand aanwezige deur. Ook de door Ton Dirven ter zitting bevestigde stelling van Van de Rakt, dat hij haar in oktober 2010 tijdens Breda Photo Open studio in haar studio heeft opgezocht en daarbij specifiek vroeg naar de wijze van totstandkoming van het Werk, versterkt het vermoeden van ontlening.

Het is duidelijk dat de rechter van oordeel is dat het Chassé Theater de foto van Van de Rakt opzettelijk heeft laten 'namaken' en dat er daarom sprake is van auteursrechtinbreuk. Men kan zich afvragen of dit een wenselijke uitkomst is. De motivering ten aanzien van het afwijken omwille van 'louter functionele eisen' is echter zonder twijfel onjuist. Het lijkt meer een uitdrukking van het gevoel van de rechter dat men de foto eigenlijk nog meer had willen nabootsen als die 'louter functionele eisen' er niet waren geweest. Bovenal illustreert dit vonnis dat opzet tot nabootsen vaak doorslaggevend is.

Het ironische is dat als het Chassé Theater de originele foto van mevrouw Van de Rakt had gebruikt op de beoogde locatie, het theater vermoedelijk van schending van persoonslijksrechten zou zijn beschuldigd. Dat is natuurlijk geen rechtvaardiging van wat het theater gedaan heeft, als dit inderdaad als auteursrechtinbreuk zou moeten worden aangemerkt, maar het is wel iets om over na te denken.

Als de bijkomende omstandigheden, die niet uit de foto's zelf blijken, er niet waren geweest acht ik de kans groot dat de rechter hierin geen auteursrechtinbreuk had gezien. Dit brengt ons bij een van de lastigste problemen van het auteursrecht, te weten of 'bescherming' en 'inbreuk' uit de objecten zelf af te leiden moet zijn. Ten aanzien van 'bescherming' heeft de Hoge Raad in het Endstra-arrest geoordeeld dat het 'eigen oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel' uit het voortbrengsel zelf te kennen moet zijn:

Het gaat hierbij evenwel om een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen. Daarom mag niet de eis worden gesteld dat de maker bewust een werk heeft willen scheppen en bewust creatieve keuzes heeft gemaakt, welke eis betrokkenen bovendien voor onoverkomelijke bewijsproblemen kan stellen (r.o. 4.5.2).

Ten aanzien van het inbreukcriterium, laatstelijk door de Hoge Raad geformuleerd in het *Accordo/Tros*-arrest¹, is nooit expliciet gezegd dat dat uit het voortbrengsel zelf te kennen moet zijn. Er is iets voor te zeggen dat dat niet het geval is, omdat het immers om 'bewuste of onbewuste ontlening' moet gaan. In theorie is dus mogelijk dat een werk identiek is, en toch geen inbreuk, omdat het niet ontleend is. Dat is een omstandigheid die niet uit het voortbrengsel zelf te kennen is. Toch zal de (aannemelijkheid van) ontlening in de regel uit de werken zelf moeten blijken.

Hoe dit ook zij, iedere ervaren jurist weet evenwel dat opzet in de praktijk een zeer belangrijke rol speelt en dat de criteria zich voldoende laten plooiën om de op grond van een gevoelsmatige afkeur tegen 'opzettelijk nabootsen' gewenste uitkomst te onderbouwen.

1 HR 29 november 2002 (*Accordo/Tros*), AMI 2003, p. 15, m.nt. D.J.G. Visser.