

vonnis

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel
Zittingsplaats Den Haag

zaaknummer / rolnummer: C/09/488653 / HA ZA 15-588

Vonnis van 23 september 2015

in de zaak van

[eiser],
h.o.d.n. Tennis World
wonende te Rijswijk,
eiser,
advocaat mr. R.F. Thunnissen te Den Haag,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
PRIME SPORTSGEAR B.V.,
gevestigd te Delft,
gedaagde,
advocaat mr. M. Snoek te Den Haag.

Partijen zullen hierna [eiser] en Prime genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit het (verwijzings)vonnis van de rechtbank Den Haag, team kanton Den Haag van 13 mei 2015.

1.2. Ten slotte is vonnis nader bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. Op 31 oktober 2005 hebben partijen een overeenkomst (hierna: de Overeenkomst) gesloten die voor zover van belang het volgende inhoudt:

[A] h.o.d.n. Prime Sportsgear, de Nederlandse distributeur voor Grays hockey (verder 'opdrachtgever') heeft met medeweten en goedkeuren van mededirecteur [B] aan [eiser] h.o.d.n. Tennisworld (verder: 'opdrachtnemer') verstrekt de opdracht voor het bouwen en onderhouden van een website die moet dienen als ondersteunende marketingtool voor het hockeyprogramma van het merk Grays in Nederland. Het zal gaan om een Nederlandstalige site die bereikbaar zal worden gemaakt via een nationale (.nl) en een internationale (.com) entree. (...)

De website zal door opdrachtnemer worden ondergebracht onder de domeinnaam www.grays4you.nl (met als entree een nationale NL homepage) en www.grays4you.com (met als entree een internationale homepage met (NL) 'country'keuze).

De website, het idee, de lay-out, de wijze van presentatie van de inhoud, de Stick Selector en de diverse slogans alsmede de domeinnamen zijn eigendom van opdrachtnemer en vallen onder zijn verantwoordelijkheid en tevens onder zijn auteursrechten en copyright. De inhoud van de Nederlandse site is eigendom van opdrachtgever en valt geheel onder zijn verantwoordelijkheid en tevens onder zijn auteursrechten en copyright voor zover van toepassing. (...)

Voor het eerste concept-ontwerp betaalt opdrachtgever aan opdrachtnemer een bedrag van € 500,- (reeds voldaan). Voor het vanuit het concept volledig ontwerpen en gebruiksklaar opzetten van de site inclusief het inbrengen van producten betaalt opdrachtgever aan opdrachtnemer 5 jaar lang de som van € 1.000,- per jaar beginnend in 2005. Voor alle door opdrachtgever in opdracht gegeven (vervolg) werkzaamheden vanaf 31 oktober 2005 zal opdrachtgever aan opdrachtnemer betalen een bedrag van € 25,- per uur volgens door opdrachtnemer over te leggen specificatie. (...)

De hosting zal door opdrachtnemer worden verricht bij een provider naar eigen keuze. Voor het doen hosten en online houden van de site via www.grays4you.nl en www.grays4you.com zal opdrachtgever aan opdrachtnemer een vast jaarlijks bedrag van € 350,- vergoeden. (...)

De verbintenis tussen opdrachtgever en opdrachtnemer blijft geldig zolang de website wordt gebruikt en/of op internet staat met een minimum van 5 jaar en stilzwijgende verlenging. (...) Alle hier genoemde prijzen zijn exclusief BTW. Voor alle genoemde bedragen geldt dat ze vast zijn met een jaarlijkse indexverhoging van 5%. (...)

2.2. [eiser] heeft Prime voor zijn werkzaamheden vanaf 2006 steeds achteraf per kwartaal gefactureerd. Voor het jaar 2009 betreft het de volgende facturen:

- factuur 090406 van 28 april 2009 met betrekking tot werkzaamheden in het 1^e kwartaal 2009, ad € 2.335,38 (78,5 uur à € 25,-, vermeerderd met btw);
- factuur 090707 van 19 juli 2009 met betrekking tot werkzaamheden in het 2^e kwartaal 2009, ad € 1.293,53 (43,5 uur à € 25,-, vermeerderd met btw);
- factuur 091011 van 26 oktober 2009 met betrekking tot werkzaamheden in het 3^e kwartaal 2009 ad € 3.183,25 (107 uur à € 25,-, vermeerderd met btw);
- factuur 100101 van 14 januari 2010 met betrekking tot werkzaamheden in het 4^e kwartaal 2009 ad € 1.190,- (40 uur à € 25,-, vermeerderd met btw).

2.3. Op basis van nadere mondelinge afspraken, heeft [eiser] met ingang van het jaar 2010 na ieder kwartaal steeds een vast bedrag van € 1.500,- (ex btw) bij Prime in rekening gebracht en vanaf 2011 een vast kwartaalbedrag van € 1.250,- (ex btw).

2.4. Op 25 november 2013 heeft Prime de Overeenkomst tegen 31 december 2013 opgezegd. Prime heeft de online marketingactiviteiten voor het merk Grays per 1 januari 2014 onder de domeinnaam www.grays.nl voortgezet.

2.5. Bij factuur met nummer 131223 van 6 januari 2014, heeft [eiser] een bedrag van € 1.512,50 (€ 1.250,- vermeerderd met btw) bij Prime in rekening gebracht, met de vermelding "*Hierbij breng ik als afgesproken in rekening het 4^e kwartaalbedrag 2013 voor het invullen en bijhouden van de website Grays4you (...)*" en "*Graag betaling binnen 8 dagen i.v.m. achteraf berekening.*" Deze factuur is op 7 april 2014 betaald.

2.6. In een door Prime aangespannen kort geding, heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank [eiser] bij vonnis van 28 februari 2014 kort gezegd bevolen op Grays betrekking hebbende websites off line te houden alsmede alle in het kader van de opdracht verkregen of ontwikkelde data betreffende Grays aan Prime ter beschikking te stellen en [eiser] verboden die data zelf te gebruiken, met veroordeling van [eiser] in de proceskosten.

2.7. [eiser] heeft Prime bij brief van 15 april 2014 een drietal facturen van diezelfde datum doen toekomen, met een totaalbedrag van € 12.526,54, te weten:

- factuur 140407 ten bedrage van € 2.541,- met de vermelding: “*Hierbij breng ik in rekening de hostingkosten (site beheer) zoals overeengekomen met Overeenkomst d.d. 31.10.2005 voor de jaren 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 en 2013.*” (hierna: factuur hostingkosten);
- factuur 140408 ten bedrage van € 2.725,54, met de vermelding: “*Hierbij breng ik in rekening de 5% jaarlijkse indexverhoging zoals overeengekomen met Overeenkomst d.d. 31.10.2005 volgens onderstaande specificatie.*” (hierna: factuur indexering);
- Factuur 140406 ten bedrage van € 7.260,- met de vermelding: “*Hierbij breng ik in rekening 80 foto's van mijn hand waarvan de auteursrechten bij mij liggen en waarvan het gebruiksrecht met de opzegging per 31.12.2013 is vervallen.*” (hierna: factuur foto's I).

In de begeleidende brief heeft [eiser] meegedeeld dat factuur 140406 betrekking heeft op het gebruik van de foto's tot maximaal 1 augustus 2014 en dat gebruik van de foto's na die datum een extra factuur tot gevolg zal hebben.

2.8. Met een aan Prime gerichte factuur van 7 augustus 2014 nr. 14801- die niet aan Prime is verzonden maar als productie 38 in deze procedure is overgelegd - heeft [eiser] opnieuw een bedrag van € 7.260,- berekend voor het gebruik van 80 foto's, dit maal voor de periode van 1 augustus 2014 tot 1 augustus 2015 (hierna: factuur foto's II).

3. Het geschil

3.1. [eiser] vordert na vermeerdering van eis – samengevat – Prime te veroordelen:

- i) tot betaling van wettelijke rente over een bedrag van € 1.512,50 van 14 januari 2014 tot 7 april 2014;
- ii) tot betaling van een bedrag van € 12.526,54 vermeerderd met wettelijke rente vanaf 1 januari 2014;
- iii) tot betaling van een bedrag van € 7.260,- vermeerderd met wettelijke rente vanaf 1 oktober 2014;
- iv) tot staking van het gebruik van slogans waarop [eiser] auteursrecht heeft op straffe van een dwangsom van € 1.000,- per dag;
- v) tot betaling van de proceskosten.

3.2. Aan vordering i) legt [eiser] ten grondslag dat Prime de factuur van 6 januari 2014 (r.o. 2.5) niet binnen de betalingstermijn van 8 dagen heeft voldaan, zodat vanaf 14 januari 2014 tot de dag van betaling rente over het factuurbedrag van € 1.512,50 is verschuldigd. Aan het onder ii) gevorderde bedrag van € 12.526,54, zijnde de optelsom van de facturen genoemd onder r.o. 2.7, legt [eiser], voor zover het bedrag ziet op de facturen hostingkosten

en indexering, ten grondslag dat Prime hem vanaf het jaar 2008 nog de in de Overeenkomst opgenomen jaarlijkse hostingkosten ad € 350,- is verschuldigd en vanaf het jaar 2006 de in de Overeenkomst opgenomen jaarlijkse indexverhoging van 5%. Voor zover het bedrag onder ii) ziet op de factuur foto's I, legt [eiser] daaraan ten grondslag dat Prime hem na 1 januari 2014 een vergoeding is verschuldigd voor het gebruik van (naar schatting) 80 foto's die [eiser] voor de *grays4you*-website heeft gemaakt en waarvan het auteursrecht bij hem berust, welke vergoeding [eiser] berekent op een bedrag van € 75,- (ex btw) per foto voor een gebruiksrecht tot en met 1 augustus 2014. Omdat Prime de foto's ook na deze datum is blijven gebruiken dient zij ook de reeds aangekondigde factuur (factuur foto's II) als gevorderd onder iii) te voldoen, aldus [eiser]. Aan vordering iv) legt [eiser] ten grondslag dat hij het auteursrecht heeft op door hem ten behoeve van de *grays4you*-website bedachte slogans en dat Prime daarop inbreuk maakt door deze slogans na 1 januari 2014 op haar eigen website te gebruiken.

3.3. Prime voert verweer.

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

4. De beoordeling

rente over bedrag factuur van 6 januari 2014 (i)

4.1. Prime bestrijdt dat voor de factuur van 6 januari 2014 (en overige facturen) een betalingstermijn van 8 dagen is overeengekomen en betoogt dat de vertragsrente op basis van de wet - de rechtbank begrijpt dat Prime doelt op artikel 6:119a van het Burgerlijk Wetboek (BW) - eerst vanaf 30 dagen na ontvangst van de factuur verschuldigd kan zijn. [eiser] heeft daartegenover slechts gesteld dat tussen partijen een korte betaaltermijn was afgesproken die vanaf het derde kwartaal van 2013 8 dagen bedroeg. Het in de factuur opgenomen verzoek "graag betaling binnen 8 dagen" duidt echter niet op een bindende afspraak terzake. In het licht van de betwisting van Prime heeft [eiser] de door hem gestelde afspraak dan ook onvoldoende gesubstantieerd. Gelet hierop en nu uit de feiten voortvloeit dat sprake is van een handelsoverkomst als bedoeld in artikel 6:119a lid 1 BW, kan Prime worden gevolgd in het standpunt dat - gegeven het bepaalde in artikel 6:119a lid 2 aanhef en onder a BW - de wettelijke rente niet eerder is verschuldigd dan vanaf 30 dagen na aanvang van de dag waarop Prime de factuur heeft ontvangen. Prime heeft onbetwist gesteld dat dit vanaf 7 februari 2014 is, zodat de rechtbank van die datum uitgaat.

4.2. Het verweer van Prime dat zij geen rente is verschuldigd omdat zij de betaling van de betreffende factuur had opgeschort, treft geen doel. Prime heeft onvoldoende gesteld voor het oordeel dat zij voor of op 7 februari 2014 een opeisbare vordering had op [eiser] die haar tot opschorting bevoegd maakte. Uit haar stellingen volgt dat zij betaling van de factuur heeft opgeschort op de grond dat zij door gesteld onrechtmatig handelen van [eiser] schade leed of zou gaan lijden¹, maar de aannemelijkheid van voor of op 7 februari 2014 geleden schade kan niet uit de stellingen of stukken van Prime worden afgeleid. Evenmin valt in te zien dat Prime aan de vordering op [eiser] tot betaling van de in kort geding gemaakte proceskosten een bevoegdheid tot opschorting kon ontleen (tot aan de

¹ conclusie van antwoord randnummers 25, 27 en 28

voldoening van die kosten op 12 maart 2014), nu gesteld noch gebleken is dat die vordering reeds voor of op 7 februari 2014 bestond.

4.3. Gelet op het voorgaande is Prime rente bedoeld in artikel 6:119a BW verschuldigd over het factuurbedrag van € 1.512,50 vanaf 7 februari 2014 tot de dag van betaling, te weten 7 april 2014.

hostingkosten en indexering (ii)

4.4. Vooropgesteld wordt dat Prime over de periode 2008 tot en met 2013 geen separate vergoeding voor hostingkosten aan [eiser] heeft betaald en dat [eiser] deze pas op 14 april 2014 in rekening heeft gebracht. Voor de indexering geldt evenzeer dat eerst op 14 april 2014 een rekening is gestuurd en dat partijen voordien niet hebben afgerekend op basis van jaarlijks conform de Overeenkomst verhoogde bedragen. De vraag is of [eiser] ter zake van voornoemde posten nog opeisbare vorderingen toekomen.

4.5. [eiser] stelt zich in dit verband op het standpunt dat de berekening van de in de Overeenkomst opgenomen indexverhoging vanaf 2006 krachtens mondelinge afspraak is uitgesteld en dat later hetzelfde is afgesproken met betrekking tot de hostingkosten (vanaf 2008). Volgens [eiser] was de afspraak dat deze posten zouden worden meegenomen bij de finale afrekening in 2015, wanneer de Overeenkomst zou aflopen. Prime bestrijdt dat dergelijke afspraken zijn gemaakt. Zij betwist voorts de in rekening gebrachte bedragen verschuldigd te zijn, waartoe zij primair aanvoert dat voornoemde posten zijn vervangen door vaste kwartaalbedragen (die zij heeft voldaan). Subsidiair beroept zij zich op verjaring en rechtsverwerking. De rechtbank gaat eerst in op de mondelinge afspraken zoals door [eiser] gesteld. Daarna zal zij de zelfstandige verweren van Prime bespreken.

mondelinge uitstelafspraken?

4.6. Prime heeft aangevoerd dat nooit over uitstel van betaling van hostingkosten en indexering is gesproken zoals [eiser] stelt en dat [eiser] ook niet duidelijk maken waarom dergelijke afspraken zouden zijn gemaakt, nu in de praktijk niet denkbaar en (boekhoudkundig) ook niet logisch is om betaling van relatief lage bedragen voor onbepaalde tijd op te schorten. Prime stelt zich daarbij op het standpunt dat de einddatum van de Overeenkomst niet vast stond. Gelet op deze betwisting lag het op de weg van [eiser], die zich ten aanzien van de opeisbaarheid van haar (volledige) vordering ter zake van hosting en indexering op de gestelde mondelinge afspraken beroept, om zijn stellingen nader te motiveren. Wat hij heeft aangevoerd kan daartoe gelet op het navolgende echter niet als toereikend worden aangemerkt.

4.7. [eiser] heeft ter zitting gesteld dat toen hij eind 2005 (onder meer) de eerste factuur voor *hostingkosten* uitbracht, directeur [B] van Prime verklaarde de betaling van kleine factuurbedragen een belasting te vinden en dat toen op diens verzoek is afgesproken de afrekening van de *indexering* naar het einde van de Overeenkomst op te schuiven. Zonder nadere toelichting valt evenwel niet in te zien dat de overeengekomen indexering in kleine factuurbedragen zou resulteren, nu de indexverhoging van 5% immers in de prijzen op de reguliere kwartaal- en jaarfacturen kon worden verwerkt, terwijl uitgestelde indexering boekhoudkundig ook overigens niet logisch voorkomt. Voorts is niet toegelicht waarom de hostingkosten toch nog tot 2008 in rekening zijn gebracht en wanneer en onder welke omstandigheden een afspraak is gemaakt tot uitstel van de betaling dáárvan. Ten slotte vindt

de nadere stelling van [eiser] dat hij reeds bij het sluiten van de Overeenkomst met Prime (directeur [A]) heeft afgesproken dat de Overeenkomst in 2015 zou eindigen geen steun in de tekst daarvan. Gelet op het voorgaande heeft [eiser] de door hem gestelde afspraken in het licht van de betwisting van Prime onvoldoende onderbouwd om het bestaan van die afspraken aan te nemen of aan bewijslevering op dit punt toe te komen. Dat betekent dat de rechtbank ervan uitgaat dat de afspraken zoals door [eiser] gesteld niet zijn gemaakt en dat deze dus geen rol spelen bij de vraag of Prime de (volledig) gevorderde bedragen aan hostingkosten en indexering verschuldigd is.

inhoud afspraken kwartaalbedragen

4.8. Tussen partijen is niet in geschil dat zij in 2009, in afwijking van de Overeenkomst, mondeling hebben afgesproken dat [eiser] vanaf 2010 per kwartaal achteraf een vast bedrag van € 1.500,- (ex btw) in rekening zou brengen en dat zij nadien hebben afgesproken dat dat vanaf 2011 een vast kwartaalbedrag van € 1.250,- (ex btw) zou zijn. In geschil is of deze vaste bedragen in de plaats zijn gekomen van alle in de Overeenkomst genoemde vergoedingen en bedragen en dus ook van de vergoedingen voor hosting en indexering, zoals Prime ten verweze stelt, of uitsluitend van de vergoeding van werkzaamheden waarvoor [eiser] eerder op basis van het daadwerkelijk aantal gewerkte uren werd betaald (à € 25,- per uur), zoals door [eiser] is aangevoerd. Uit de stellingen van partijen kan niet worden afgeleid dat zij hun visie hierover bij het maken van de mondelinge afspraken over de vaste bedragen expliciet naar voren hebben gebracht. Prime stelt weliswaar dat het vaste bedrag diende ter dekking van alle kosten, maar niet dat zij dat bij het maken van de afspraken als zodanig ook met [eiser] besproken heeft. [eiser] heeft ter zitting verklaard dat partijen bij het maken van de afspraken niet over de hostingkosten en indexering hebben gesproken, hetgeen door Prime niet is bestreden, maar wat partijen destijds wel precies hebben besproken heeft [eiser] net zomin als Prime concreet gesteld. Gezien het voorgaande gaat de rechtbank ervan uit dat de mondelinge afspraken in ieder geval inhielden dat de nieuwe kwartaalbedragen zagen op werkzaamheden van [eiser] waarvoor eerder per uur werd afgerekend - dit is immers niet in geschil - en dat partijen onbesproken hebben gelaten of deze afspraak in hun visie gevolgen had voor de hostingkosten en indexering, zodat de rechtbank de afspraken in zoverre zal moeten uitleggen.

4.9. Bij de uitleg van afspraken als de onderhavige komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij zijn de omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen, van beslissende betekenis. Vaststaat dat [eiser] zijn gewerkte uren van meet af aan per kwartaal factureerde en de hoogte van deze facturen met het aantal uur per kwartaal varieerde. Het in de Overeenkomst genoemde jaarlijkse bedrag voor hostingkosten betreft een andersoortige en in beginsel vaste vergoeding, die aanvankelijk jaarlijks en in ieder geval nooit per kwartaal werd gefactureerd. Naar het oordeel van de rechtbank brengt een redelijke uitleg daarom mee dat de nieuw overeengekomen vaste kwartaalbedragen slechts dienden ter vervanging van de eerdergenoemde variabele kwartaalbedragen voor werkzaamheden van [eiser] en niet tevens van het vaste bedrag van € 350,- aan hostingkosten.

4.10. Met betrekking tot de indexering komt de rechtbank tot een ander oordeel. De in de Overeenkomst genoemde indexverhoging van (jaarlijks) 5% is gekoppeld aan de in die Overeenkomst genoemde vaste bedragen. Het in de Overeenkomst genoemde vaste uurtarief

van € 25,- voor werkzaamheden van [eiser] hebben partijen per 2010 losgelaten. In plaats daarvan is - ongeacht de hoeveelheid gewerkte uren - een gemaximeerd (kwartaal)budget vastgesteld, dat voor 2011 ten opzichte van 2010 bovendien is verlaagd. De indexeringsregeling uit de Overeenkomst verdraagt zich daarmee niet. Gezien het vorenstaande brengt een redelijke uitleg van de nieuwe afspraken mee dat de indexering niet van toepassing is op de kwartaalbedragen voor ná 1 januari 2010 verrichte werkzaamheden.

4.11. Het voorgaande leidt met betrekking tot de gevorderde bedragen ter zake van hostingkosten en indexering tot de volgende (tussen)conclusies:

- Het verweer van Prime dat de financiële afspraken voor hosting en indexering uit de Overeenkomst zijn vervallen slaagt gedeeltelijk, namelijk voor zover het gaat om de gevorderde indexering over kwartaalfacturen ter zake van ná 1 januari 2010 verrichte werkzaamheden. In zoverre komt [eiser] geen vorderingsrecht toe.
- Ten aanzien van vóór 1 januari 2010 verrichte werkzaamheden waarvoor het in de Overeenkomst genoemde uurtarief gold, is de indexering van toepassing gebleven. De nieuwe afspraken hebben daarop immers geen betrekking. In zoverre heeft [eiser] in beginsel een vordering op Prime.
- De hostingkosten zijn niet onder de per 2010 ingegane nadere mondelinge afspraken over de kwartaalbedragen begrepen, zodat hiervoor de Overeenkomst onverkort - inclusief indexering - van toepassing is gebleven. Dat betekent dat [eiser] in beginsel een vordering heeft op Prime ter zake van de nog niet betaalde hostingkosten vanaf 2008 en van indexering van de hostingkosten vanaf 2006 (het eerste jaar van indexering).
- Nu geen sprake is van afspraken over uitstel van facturering en betaling van hostingkosten en indexering, bestaat geen grond voor het oordeel dat de vorderingen van [eiser] eerst aan het einde van de overeenkomst (volledig) opeisbaar waren. De rechtbank komt daarmee toe aan bespreking van het beroep van Prime op verjaring en rechtsverwerking.

verjaring en/of rechtsverwerking?

4.12. Prime heeft zich op het standpunt gesteld dat de onderhavige vorderingen zijn verjaard “in ieder geval ten aanzien van aanspraken tot en met 14 april 2009”. Gegeven het feit dat de facturen voor hosting en indexering dateren van 14 april 2014 begrijpt de rechtbank dat Prime ervan uitgaat dat voor de onderhavige vorderingen een verjaringstermijn van 5 jaar geldt. De rechtbank ziet geen grond om daarover anders te oordelen.

4.13. De rechtbank beoordeelt eerst of de vordering uit hoofde van de vergoeding voor hostingkosten is verjaard. Bij die beoordeling is van belang of en in hoeverre deze vordering reeds op 15 april 2009 opeisbaar was geworden. Prime heeft daarover niets gesteld. Nu [eiser] ter zitting evenwel onbestreden heeft verklaard dat hij de vergoedingen voor hostingkosten voor de jaren 2005 tot en met 2007 in rekening heeft gebracht aan het einde van het betreffende jaar of aan het begin van het daarop volgende jaar, gaat de rechtbank ervan uit dat de overeengekomen jaarlijkse vergoeding voor hostingkosten in ieder geval opeisbaar was direct na afloop van het jaar waarop deze betrekking had. Dat brengt mee dat de vergoeding voor het jaar 2008 reeds voor 15 april 2009 opeisbaar moet worden geacht en dat de vordering, voor zover betrekking hebbend op de vergoeding voor 2008, op 15 april 2014 dus was verjaard. Voor het oordeel dat de vergoedingen voor hostingkosten voor de jaren 2009 tot en met 2013 al voor 15 april 2009 opeisbaar waren bestaat in het licht van het voorgaande geen grond, zodat van verjaring in zoverre geen sprake is. Dat betekent dat

Prime [eiser] over de jaren 2009 tot en met 2013, afgezien van de hierna te bespreken indexering, € 350,- per jaar is verschuldigd vermeerderd met btw.

4.14. Alvorens in te gaan op de vraag of de vordering terzake van indexering is verjaard, merkt de rechtbank over de omvang van die vordering het volgende op. [eiser] heeft aangegeven dat, hoewel de indexering volgens de Overeenkomst steeds per jaar zou moeten plaatsvinden, hij zijn vordering beperkt tot een éénmalige indexering van de totaalsom van de facturen voor hostingkosten en voor het bouwen en onderhouden van de website. Gezien de specificatie van diens factuur voor de indexering alsmede de als productie 32 en 33 overgelegde (opsomming van) facturen, bestaat die totaalsom volgens [eiser] uit een bedrag van € 3.790,50 aan hostingkosten inclusief btw over de periode 2005 tot en met 2013 en de som van alle kwartaalfacturen vanaf 2006 inclusief btw, berekend op € 50.720,19. Over het totaal, € 54.510,69 vordert [eiser] 5%, zijnde € 2.725,54.

4.15. Ook bij de beoordeling van de verjaring van deze vordering is van belang of en in hoeverre deze reeds op 15 april 2009 opeisbaar was. Het moment van opeisbaarheid valt naar het oordeel van de rechtbank samen met de opeisbaarheid van de bedragen waaraan de indexering op grond van de Overeenkomst was gekoppeld. Voor de gevorderde indexering van de vergoedingen voor hostingkosten betekent dit gelet op r.o. 4.13 dat de vordering is verjaard voor zover deze ziet op de periode 2006 (het eerste te indexerende jaar) tot en met 2008. Voor zover de vordering betrekking heeft op de indexering van de vergoedingen voor hosting voor de jaren 2009 tot en met 2013 is gelet op r.o. 4.13 geen sprake van verjaring.

4.16. Prime heeft niets aangevoerd over het eerste moment van opeisbaarheid van de bedragen voor werkzaamheden van [eiser]. Laatstgenoemde heeft de bedragen steeds enige tijd na ommekomst van een kwartaal in rekening gebracht. Nu Prime geen eerdere datum heeft gesteld, houdt de rechtbank het ervoor dat deze bedragen opeisbaar waren vanaf de betreffende factuurdata. Dat brengt mee dat de vordering, voor zover die ziet op indexering van de kwartaalfacturen daterend van vóór 15 april 2009 is verjaard en dat [eiser] nog aanspraak heeft op indexering van de kwartaalbedragen die ná 15 april 2009 zijn gefactureerd. Het gaat dan om de kwartaalbedragen voor het jaar 2009, zoals weergegeven in r.o. 2.2. Op kwartaalbedragen voor ná 1 januari verrichte werkzaamheden is de indexeringsregeling niet van toepassing (zie r.o. 4.10).

4.17. Nu [eiser] zijn vordering ter zake van indexering heeft berekend door 5% van de factuurbedragen inclusief btw te nemen, zal de rechtbank van dezelfde, onbestreden berekeningswijze uitgaan. Met inachtneming van wat hiervoor is overwogen, dient Prime dan te voldoen:

- een bedrag van € 2.117,50 aan vergoedingen voor hostingkosten met betrekking tot de periode 2009 tot en met 2013 (5 x € 350,- = € 1.750,- vermeerderd met btw);
 - een bedrag van € 105,88 vanwege indexering van de som van de vergoedingen voor hostingkosten (5% van € 2.117,50,-);
 - een bedrag van € 400,10 vanwege indexering van de som van de over 2009 uitgebrachte kwartaalfacturen (5 % van € 8.002,16 (€ 2.335,38 + € 1.293,53 + € 3.183,25 + € 1.190,-)).
- Het totaal bedraagt dan € **2.623,48** (€ 2.117,50 + € 105,88 + € 400,10).

4.18. Voor het oordeel dat [eiser] zijn vordering ter hoogte van voornoemd bedrag vanwege rechtsverwerking niet meer geldend zou mogen maken, bestaat geen grond. Prime heeft zich in het kader van dit verweer slechts beroepen op tijdverloop/ stilzitten van [eiser],

maar dat is, zoals [eiser] terecht heeft gesteld, onvoldoende om tot rechtsverwerking te kunnen concluderen. Volgens vaste rechtspraak is vereist de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet meer geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzwaaard in het geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou kunnen maken. Dergelijke bijzondere omstandigheden zijn niet door Prime aangevoerd. Het door Prime nog gedane beroep op artikel 6:89 BW maakt het voorgaande niet anders. Niet valt in te zien dat de omstandigheid dat Prime de verschuldigde bedragen voor hosting en indexering niet reeds vóór de facturering daarvan heeft voldaan als een gebrek in de prestatie in de zin van artikel 6:89 BW moet worden beschouwd. Bovendien valt niet in te zien dat Prime in haar belangen zou zijn geschaad doordat [eiser] daarover nooit heeft geklaagd. Het door Prime gedane beroep op rechtsverwerking en meer in het bijzonder op artikel 6:89 BW slaagt gezien het vorenstaande niet. Dat betekent dat een bedrag van € 2.623,48 voor toewijzing gereed ligt.

rente

4.19. [eiser] vordert rente over voornoemd bedrag vanaf 1 januari 2014, omdat dit volgens hem de eerste dag is dat tussen partijen had behoren te zijn afgerekend. [eiser] baseert zich daarbij klaarblijkelijk² op de eerder door hem gestelde, door Prime bestreden, mondelinge afspraken over finale afrekening aan het einde van de overeenkomst (r.o. 4.5). Gelet op wat in r.o. 4.7 is overwogen kan [eiser] daarin niet worden gevolgd. Nu ook verder niet valt in te zien dat 1 januari 2014 als uiterste betaaldatum uit enige afspraak tussen partijen voortvloeit, gaat de rechtbank er in navolging van wat onder 4.1. is overwogen vanuit dat, nu de facturen zijn gebaseerd op een handelsovereenkomst ex artikel 6:119a BW, Prime de in dat artikel bedoelde wettelijke rente is verschuldigd vanaf 30 dagen na ontvangst van de facturen van 14 april 2014, welke datum bij gebreke van andersluidende stellingen wordt vastgesteld op 15 mei 2014.

gebruiksvergoeding foto's (ii en iii)

4.20. Niet in geschil is dat [eiser] ten behoeve van ten behoeve van de *grays4you*-website foto's heeft gemaakt van hockeyproducten van Grays uit de collectie behorende bij het (tot de zomer van 2014 lopende) hockeyseizoen 2013/2014. [eiser] stelt zich op het standpunt dat hem auteursrechten op deze foto's toekomen en dat Prime, nu zij hem met ingang van 1 januari 2014 niet meer voor de *grays4you*-website betaalt, voor het gebruik van (ca.) 80 van zijn foto's zowel ten aanzien van de periode van 1 januari tot en met 1 augustus 2014 als ten aanzien van de periode van 1 augustus 2014 tot en met 1 augustus 2015, een vergoeding van € 75,- per foto ex btw moet betalen.

4.21. [eiser] heeft van 2 door hem gefotografeerde producten, te weten 1 hockeystick en 1 tas, foto's overgelegd. Op de foto's staan (uitsluitend) de betreffende objecten in kleur tegen een witte achtergrond. De foto van de hockeystick³ is hieronder weergegeven.

² dagvaarding randnummers 3, 8 en 9

³ Het betreft een verkleinde versie van de als productie 35 overlegde foto



4.22. Prime heeft ten verweere aangevoerd dat de foto's niet door het auteursrecht worden beschermd, omdat het slechts om eenvoudige productafbeeldingen gaat en niet om unieke creatieve foto's die het persoonlijk stempel van de maker dragen.

4.23. Om een voortbrengsel te kunnen beschouwen als een werk van letterkunde, wetenschap of kunst als bedoeld in artikel 1 juncto 10 Auteurswet (Aw), is nodig dat het voortbrengsel oorspronkelijk is, in die zin dat het een eigen intellectuele schepping van de maker is die de persoonlijkheid van de maker weerspiegelt en tot uiting komt door de vrije creatieve keuzes van de maker bij de totstandkoming van het werk⁴. Ook een verzameling of bepaalde selectie van op zichzelf niet beschermde elementen kan een (oorspronkelijk) werk zijn in de zin van de Aw⁵. Daarbuiten valt in elk geval al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarin geen creatieve arbeid van welke aard ook valt aan te wijzen⁶.

4.24. Het gaat in dit geval om productfoto's bedoeld voor promotie van (producten van) het merk Grays en niet bestreden is dat daarbij een zo objectief mogelijke weergave van het product, met goede zichtbaarheid van het merk Grays centraal stond. Duidelijk is dat [eiser] ook in dat verband bepaalde keuzes heeft moeten maken, zoals het kiezen van de opstelling van het product (waarbij hij er onder meer voor heeft gezorgd dat de diverse producten steeds in dezelfde verhoudingen zijn weergegeven). Voor zover Prime ingang wil doen vinden dat [eiser] in het geheel geen eigen keuzes heeft gemaakt omdat hij in haar opdracht handelde, gaat de rechtbank daaraan voorbij, nu gesteld noch gebleken is dat [eiser] bij het maken van de foto's op aanwijzing of onder regie van Prime heeft gehandeld. De rechtbank is wel met Prime van oordeel dat geen sprake is van zodanig creatieve keuzes dat de foto's als auteursrechtelijk werk moeten worden beschouwd. Gezien de foto's en gegeven het gebruiksdoel gaat het veeleer om functioneel en technisch bepaalde keuzes en niet om vrije, creatieve keuzes waarmee [eiser] zijn werk een persoonlijke noot heeft weten te geven. De in algemene termen vervatte, door Prime betwiste, stelling van [eiser] dat hij voor zeer specifieke en soms op verschillende wijze toegepaste belichting, verlichting, diafragma, witbalans en sluitertijd en -vertraging heeft gekozen, is in het licht van het voorgaande en gezien de overgelegde afbeeldingen, onvoldoende voor het oordeel dat de foto's aan de toegepaste technieken een eigen oorspronkelijk karakter ontleen in de onder 4.23 bedoelde zin. Hieraan doet niet af de onbestreden omstandigheid dat het gaat om foto's van hoge kwaliteit waaraan [eiser] veel werk heeft gehad. Voor de vraag of de foto's auteursrechtelijke bescherming genieten is dat niet doorslaggevend.

4.25. Nu moet worden geoordeeld dat auteursrechtelijke bescherming voor de overgelegde foto's van de hockeystick en tas ontbreekt, biedt wat [eiser] heeft aangevoerd geen aanknopingspunten voor het oordeel één of meer andere, niet overgelegde,

⁴ HvJ EG 16 juli 2009, NJ 2011, 288 (Infopaq) en HvJ EU 1 december 2011, NJ 2013, 66 (Eva-Maria Painer v. Standard Verlags GmbH c.s.).

⁵ HR 22 februari 2013, LJN: BY1529 (Stokke / H3 Products).

⁶ HR 30 mei 2008, LJN: BC2153 (Endstra-tapes).

productfoto's wel auteursrechtelijke bescherming genieten. De op het auteursrecht gestoelde vordering van [eiser] tot betaling van een gebruiksvergoeding, stuit op het voorgaande reeds af. De vraag of een auteursrecht op de foto's in dit geval aanspraak zou kunnen geven op de door [eiser] eenzijdig bepaalde gebruiksvergoeding (in het bijzonder wat daarvoor de grondslag zou moeten zijn) behoeft gelet op het voorgaande geen bespreking. Dit geldt ook voor de overige verweren van Prime.

4.26. De conclusie is dat de vorderingen, voor zover deze zien op betaling van de op factuur foto's I en factuur foto's II genoemde bedragen, moeten worden afgewezen.

gebruiksverbod slogans (iv)

4.27. Het verbod dat [eiser] voor het gebruik van slogans op basis van door hem gestelde auteursrechten vordert, ziet op de volgende uitingen⁷: "Grays is het #1 hockeymerk in de wereld"; "Voor mij is er alleen Grays"; "Grays is mijn keuze"; "Ik stop ze allemaal met Grays" en "Mijn Grays passeer je echt niet". Niet in geschil is dat deze uitingen op de website grays4you.nl stonden en dat deze na 1 januari 2014 door Prime op haar website grays.nl worden gebruikt. De uitingen "Voor mij is er alleen Grays"; "Grays is mijn keuze" "Ik stop ze allemaal met Grays" en "Mijn Grays passeer je echt niet" werden respectievelijk worden op genoemde websites als uitspraak van met name genoemde hockeyspelers gepresenteerd.

4.28. Prime heeft niet betwist dat [eiser] de auteur is van de uiting "Grays is het #1 hockeymerk in de wereld", maar wel dat deze uiting auteursrechtelijke bescherming geniet. Dat verweer slaagt. Om de uiting aan te kunnen merken als auteursrechtelijk beschermd werk, is zoals hiervoor in r.o. 4.23 overwogen, vereist dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de maker die de persoonlijkheid van de maker weerspiegelt en tot uiting komt door de vrije creatieve keuzes van de maker bij de totstandkoming daarvan. De inhoud van de uiting "Grays is het #1 hockeymerk in de wereld" betreft, naar Prime onweersproken heeft gesteld, een mededeling van feitelijke aard ten aanzien van (de marktpositie van) Grays. Gegeven de algemene en voor de hand liggende inhoud van die mededeling, is de rechtbank met Prime van oordeel dat geen sprake is van vrije creatieve keuzes in de hiervoor bedoelde zin. [eiser] heeft in het licht van het door Prime gevoerde verweer ook niet aangevoerd dat en waarom daarvan wel sprake zou zijn. Het gevorderde verbod moet in zoverre worden afgewezen.

4.29. Wat betreft de uitingen "Voor mij is er alleen Grays"; "Grays is mijn keuze" "Ik stop ze allemaal met Grays" en "Mijn Grays passeer je echt niet" bestrijdt Prime dat deze door [eiser] zijn bedacht, stellende dat het gaat om informatie (mededelingen van hockeyspelers) die [eiser] van Prime heeft verkregen⁸. Dat verweer treft geen doel, in het licht van de gemotiveerde stelling van [eiser] dat de uitingen geen bestaande uitspraken van spelers zijn maar dat hij deze, op basis van de van Prime verkregen informatie over hockeyspelers met een sponsorcontract, voor die spelers heeft bedacht en hen deze ten behoeve van de productpromotie op de website als het ware virtueel in de mond heeft gelegd. Prime heeft op geen enkele wijze onderbouwd dat dat anders is. Ter zitting heeft zij slechts naar voren gebracht dat zij 'ervan uit is gegaan' dat de uitspraken op de website van

⁷ productie 9 en 10 bij dagvaarding

⁸ randnummer 34 conclusie van antwoord

de betreffende spelers afkomstig zijn - zij weet dat dus niet zeker -, omdat zij met [eiser] zou hebben afgesproken dat hij op basis van door Prime verstrekte informatie zou nagaan welke uitspraken spelers deden. Van aan [eiser] verstrekte informatie waarin de betreffende uitspraken voorkomen is echter niet gebleken. Prime heeft daarover niets concreets aangevoerd. Ook overigens heeft zij niet onderbouwd dat de uitingen van de spelers zelf, althans niet van [eiser] afkomstig zijn. Het verweer wordt daarom verworpen.

4.30. Prime heeft ook betoogd dat niet blijkt dat er bij voornoemde uitingen creatieve keuzes zijn gemaakt door de maker, stellende dat het gaat om uitspraken van hockeyspelers en stellende dat [eiser] bij het inrichten van de website in haar opdracht en zonder eigen inbreng heeft gehandeld.⁹ Die stellingen komen evenwel slechts neer op (herhaling van) het standpunt dat [eiser] de uitingen door Prime aangereikt heeft gekregen en daarvan niet zelf de bedenker is. Dat standpunt houdt gelet op wat onder 4.29 is overwogen geen stand. Prime heeft verder niets aangevoerd waaruit volgt dat [eiser], als bedenker van de uitingen, geen vrije creatieve keuzes heeft gemaakt bij de totstandkoming daarvan en dat niet zou zijn voldaan aan het in r.o. 4.23 genoemde vereiste. De rechtbank ziet daarom geen grond voor het oordeel dat de uitingen niet als werken in de zin van de Aw zijn aan te merken. De uitingen komen derhalve voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking.

4.31. Prime heeft verder nog betoogd dat [eiser] zich niet op enig auteursrecht kan beroepen, omdat mededelingen van spelers niet onder het begrip ‘slogan’ vallen. Dit betoog faalt, reeds omdat geen sprake is van door spelers gedane mededelingen, maar van door [eiser] bedachte uitingen ter promotie van het merk Grays (die getuige haar website, door Prime ook als zodanig worden gebruikt). Tegenover de stelling van [eiser] dat feitelijk niet ter zake doet wat precies een slogan is, nu het auteursrecht op de betreffende uitingen hem als bedenker daarvan toekomt¹⁰, heeft Prime voorts geen nader verweer gevoerd. Zij heeft evenmin verweer gevoerd tegen het betoog van [eiser] dat, nu de uitingen van hem afkomstig zijn, de passage in de Overeenkomst waarin staat dat de inhoud van de site aan Prime toebehoort, niet aan zijn positie als auteursrechthebbende in de weg staat.¹¹

4.32. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat [eiser] zich als auteursrechthebbende kan verzetten het gebruik van Prime op haar website van de uitingen “Voor mij is er alleen Grays”; “Grays is mijn keuze”; “Ik stop ze allemaal met Grays” en “Mijn Grays passeer je echt niet”. Het gevorderde verbod komt daarom op na te melden wijze voor toewijzing in aanmerking.

4.33. Het toe te wijzen verbod zal worden versterkt met een dwangsom, met dien verstande dat het gevorderde bedrag van € 1.000,- per dag, gezien het verzoek van Prime wordt gematigd naar € 500,- omdat [eiser] zich daartegen niet heeft verzet. Aan de dwangsommen zal een in het dictum genoemd maximum worden verbonden.

proceskosten (v)

4.34. Nu partijen over en weer op verschillende punten in het gelijk zijn gesteld, compenseert de rechtbank de kosten in de zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

⁹ conclusie van dupliek, randnummer 18

¹⁰ conclusie van repliek, tevens houdende akte vermeerdering van eis, randnummer 33

¹¹ idem

5. De beslissing

De rechtbank

- 5.1. veroordeelt Prime tot betaling van rente ex artikel 6:119a BW over een bedrag van € 1.512,50 van 7 februari 2014 tot 7 april 2014;
- 5.2. veroordeelt Prime tot betaling van een bedrag van € 2.623,48 vermeerderd met rente ex artikel 6:119a BW vanaf 15 mei 2015 tot aan de dag der algehele voldoening;
- 5.3. beveelt Prime binnen twee werkdagen na betekening van dit vonnis te staken en gestaakt te houden de inbreuk op de auteursrechten van [eiser] op de uitingen “Voor mij is er alleen Grays”; “Grays is mijn keuze” “Ik stop ze allemaal met Grays” en “Mijn Grays passeer je echt niet”, meer in het bijzonder door die uitingen van haar website te verwijderen en verwijderd te houden;
- 5.4. veroordeelt Prime om aan [eiser] te betalen een dwangsom van € 500,- voor iedere dag dat Prime in gebreke blijft aan het bevel onder 5.3. te voldoen, met een maximum van € 25.000,-;
- 5.5. verklaart het vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- 5.6. bepaalt dat ieder van partijen de eigen kosten draagt;
- 5.7. wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. C.T. Aalbers en in het openbaar uitgesproken op 23 september 2015.