

Foto-auteursrecht en de begroting van de schade

Anne Bekema

Mr. drs. A. Bekema is advocaat te Haarlem (Le Poole Bekema).

In 2019 is sprake van een recordaantal gepubliceerde zaken met betrekking tot (online) inbreuk op foto-auteursrechten. Veelal betreft het eenvoudig vast te stellen inbreuken en concentreert het debat zich rondom de wijze van begroting van de schade en de proceskostenveroordeling. De rechter heeft vaak weinig aanknopingspunten om de daadwerkelijk geleden schade te begroten. Indien de schade echter wordt begroot aan de hand van (hoge) standaardtarieven en er sprake is van een volledige proceskostenveroordeling kan de schadevergoeding een punitief karakter krijgen en ruimte bieden voor een lucratief verdienmodel voor fotografen. De rechtspraak bood lange tijd weinig houvast voor partijen om tot een evenredige vergoeding te komen. In 2019 zijn er echter een aantal duidelijke trends waarneembaar in de rechtspraak.

Auteursrechtorganisaties, juristen en speciaal daarvoor in het leven geroepen organisaties zoals Permission Machine, Image Law en Copytrack, zoeken met geavanceerde software op het internet naar foto's die zonder toestemming van de auteursrechthebbende online zijn geplaatst. Niet zozeer de vraag óf sprake is van auteursrechtinbreuk, maar de vraag hoeveel schadevergoeding dient te worden betaald, houdt de rechthebbende en de inbreukmaker verdeeld. De rechtspraak biedt op dit punt weinig houvast. Onder dreiging van een procedure met volledige proceskostenveroordeling lukt het daarom vaak om buiten rechte forse schadevergoedingen af te dwingen bij inbreukmakers voor simpele inbreuken.

De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is (6:97 BW). Door de grote verscheidenheid aan inbreuken, auteursrechtelijk beschermde werken en inbreukmakers is dit in de praktijk geen eenvoudige opgave. De beslisboom van 27 juni 2019 die in het kader van het IE-Zomerforum is vastgesteld¹ (zie hierna, p. 196) maakt inzichtelijk hoeveel verschillende factoren van invloed kunnen zijn op het vaststellen van een concrete schadevergoeding voor dit soort auteursrechtinbreuken.

(Kanton)rechters zijn verdeeld over de aanknopingspunten en relevante factoren bij de berekening van de schadever-

goeding die een rechthebbende zou moeten ontvangen. Een belangrijk onderscheid bij deze berekening is of de rechter een concrete onderbouwing van de door de fotograaf geleden schade dan wel door de inbreukmaker gemaakte winst verlangt, of uitgaat van abstracte berekening op basis van forfaitaire bedragen (art. 27 lid 2 Aw). De (forfaitaire) schadevergoeding wordt dan vaak gebaseerd op (een schatting van) de licentievergoeding die de inbreukmaker had moeten betalen als hij de fotograaf wél voorafgaande toestemming had gevraagd.

De rechter wijst soms als schadevergoeding niet éénmaal de misgelopen licentievergoeding toe, maar zelfs twee- of drie-maal, omdat bijvoorbeeld sprake is van afbreuk aan de exclusiviteit van het werk, het niet vermelden van de naam van de fotograaf of het bijsnijden van de foto. Al met al wordt een inbreukmaker voor het zonder toestemming gebruiken van één enkele foto, al snel geconfronteerd met een verplichting tot schadevergoeding ten bedrage van enkele honderden euro's exclusief de proceskosten.

Punitive damages?

Het gevolg daarvan is dat de schadevergoeding voor dit soort auteursrechtinbreuken een punitief karakter lijkt te krijgen. De verplichting tot schadevergoeding wordt een

¹ De beslisboom is opgesteld door Job Hengeveld en Anne Bekema met als doel deze als basis te gebruiken voor een discussie tijdens het IE Zomerforum over de vraag welke van de genoemde factoren een rol

zouden moeten of kunnen spelen bij de begroting van de schade en de vraag of aan de hand daarvan een standaard beslismodel of formule voor de rechter zou kunnen worden ontwikkeld.

boete. Daar valt iets voor te zeggen omdat het anders wellicht wel erg aantrekkelijk wordt om geen licentie meer af te nemen; de 'pakkans' is relatief klein (nog lang niet alle rechthebbenden maken gebruik van de eerder genoemde software) en de sanctie zou dan slechts bestaan uit het alsnog betalen van de verschuldigde licentievergoeding.

De vraag, die ook rechters verdeeld houdt, is of er in ons Europese privaatrechtelijke handhavingssysteem wel ruimte is voor zogenaamde *punitive damages*. Bij *punitive damages*, gaat het om een sanctie die de civiele rechter naast en bovenop de compensatoire schadevergoeding aan de inbreukmaker kan toekennen, met als voornaamste functies bestraffing en preventie van ernstige normschendingen. Toepassing daarvan kan in het bijzonder gerechtvaardigd zijn in het geval van opzettelijk, calculerend of ernstig wangedrag.

Artikel 3 van de Handhavingsrichtlijn² bepaalt dat de lidstaten maatregelen, procedures en rechtsmiddelen vaststellen die nodig zijn om de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen. Deze maatregelen, procedures en rechtsmiddelen dienen onder andere doeltreffend, evenredig en afschrikkend te zijn en mogen niet onnodig kostbaar zijn. Met name het feit dat maatregelen afschrikkend moeten zijn, zou een rechtvaardiging kunnen vormen voor een maatregel of vergoeding naast of bovenop de compensatoire schadevergoeding.

In de considerans van de Handhavingsrichtlijn is opgenomen dat het niet de bedoeling is een *verplichting* te introduceren om te voorzien in een niet-compensatoire schadevergoeding, maar wel schadeloosstelling mogelijk te maken die op een objectieve grondslag berust, waarbij tevens rekening wordt gehouden met de kosten van de rechthebbende, bijvoorbeeld voor opsporing en onderzoek.³ In het arrest *OTK/SFP* onderstreept het Hof van Justitie dat het feit dat de Handhavingsrichtlijn geen verplichting inhoudt om te voorzien in een zogenaamde "niet-compensatoire" schadevergoeding, niet kan worden uitgelegd als een verbod om een dergelijke maatregel in te voeren.⁴

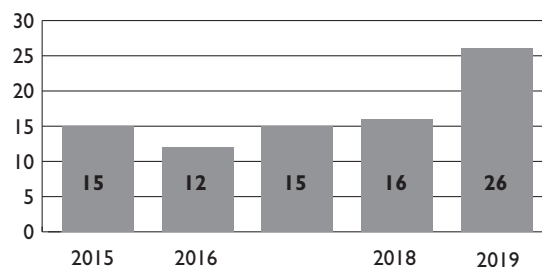
In feite is in de Auteurswet reeds voorzien in een niet-compensatoire vergoeding. Art. 27a Aw bepaalt immers dat de rechthebbende náást (dat wil hier zeggen: in de plaats van) een schadevergoeding kan vorderen dat de inbreukmaker wordt veroordeeld de door hem of haar ten gevolge van de inbreuk genoten winst af te dragen. In tegenstelling tot bijvoorbeeld het merkenrecht, is daarvoor niet vereist dat de

inbreuk opzettelijk of te kwader trouw is gepleegd. De vraag of iemand al dan niet bewust inbreuk maakte, is geen relevante factor in het kader van de toerekenbaarheid van de inbreuk, maar zou dat wellicht wél kunnen zijn in het kader van de begroting van de te betalen vergoeding. In art. 13 van de Handhavingsrichtlijn wordt expliciet gesproken over de inbreukmaker "die wist of redelijkerwijs had moeten weten dat hij inbreuk pleegde".

Bij een groot deel van de foto-auteursrechtzaken, gaat het echter om particulieren of kleine bedrijven die een via Google Images gevonden 'huis-tuin-en-keuken-foto' op hun website gebruiken, zonder zich ervan bewust te zijn dat daarvoor een licentie van de rechthebbende is vereist. Deze inbreukmakers worden daarnaast ook vaak geconfronteerd met een proceskostenveroordeling op grond van 1019h Rv die nog veel hoger is dan te betalen schadevergoeding. De proceskostenveroordeling vormt daarmee op zichzelf een afschrikkende maatregel.

In Europa is een veelgehoord argument tégen invoering van *punitive damages* de angst voor het excessief gebruik van civiele procedures en het ontstaan van een ongewenste claimcultuur.⁵ In dat verband is interessant om te constateren dat er een duidelijke stijging waarneembaar is in het aantal (gepubliceerde) uitspraken over auteursrechtinbreuken op foto's. Halverwege 2019 zijn er al beduidend meer uitspraken gepubliceerd dan in de jaren daarvoor.⁶ Het betreft vrijwel allemaal uitspraken in eerste aanleg omdat in de meeste zaken het gevorderde schadebedrag niet boven de appelpgrens van € 1750 uitkomt.

Aantal online gepubliceerde uitspraken in fotozaken



Daarnaast zijn er in de jurisprudentie in 2019 twee opvallende verschuivingen waarneembaar die erop lijken te duiden dat de rechtspraak op zoek is naar een consistente lijn waarin sprake is van een balans tussen een redelijke schadevergoeding voor de auteursrechthebbende en een kostenefficiënte afwikkeling.

2 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (Handhavingsrichtlijn).

3 Overweging 26 Handhavingsrichtlijn

4 HvJ EU, 25 januari 2017, C-367/15, AMI 2018, afl. 1, nr. 1, m.nt. T.E. Deurvorst (*OTK/SFP*), r.o. 28.

5 Zie o.a. de aanbeveling van de Europese Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betref-

fende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten. De aanbeveling bevat een expliciet verbod op punitieve schadevergoedingen bij collectieve vorderingen.

6 Het betreft het aantal op rechtspraak.nl en IE-forum.nl gepubliceerde zaken tot 15 augustus 2019, die enkel gaan over inbreuk op auteursrechten op een foto door het zonder toestemming van de rechthebbende online openbaar maken van de foto. Niet meegeteld zijn bijvoorbeeld kwesties over het zonder toestemming publiceren van nieuwsberichten of kwesties over portretrecht.

Liquidatietarief in plaats van kostenveroordeling op grond van 1019h Rv

Het staat buiten kijf dat de grondslag van de foto-auteursrechtzaken de handhaving van IE-rechten is en dat er daarmee in principe plaats is voor een proceskostenveroordeling op grond van 1019h Rv. Voor zover tussen partijen niet in geschil is dát sprake is van auteursrechtinbreuk, maar slechts discussie bestaat over de hoogte van de te betalen schadevergoeding, mag een kostenveroordeling op grond van 1019h Rv mijns inziens niet tot gevolg hebben dat het voor de inbreukmaker nooit 'uit kan' om over de hoogte van de gevorderde schadevergoeding te procederen. Het heeft immers geen zin om te procederen over een schadevergoeding die € 500 te hoog is, als je vervolgens € 2.500 aan proceskosten moet betalen omdat er inbreuk is gemaakt. In dat geval zou de rechthebbende immers een vrijbrief hebben om buiten rechte exorbitante schadebedragen te vragen al dan niet vermeerderd met een vergoeding voor de reeds gemaakte juridische of administratieve kosten. Dit werkt een lucratieve claimcultuur in de hand.

Met ingang van april 2017 zijn de indicatietarieven in IE-zaken in die zin aangepast dat er naast de categorieën "eenvoudig kort geding" (€ 6.000) en "eenvoudige bodemzaak" (€ 8.000) de categorie 'zeer eenvoudig, niet bewerkelijk' is toegevoegd, waarbij de rechter dient uit te gaan van het standaard liquidatietarief.⁷ Tot en met 2018 was in het merendeel van de foto-auteursrechtzaken sprake van een volledige proceskostenveroordeling op basis van artikel 1019h Rv. In 2019 vindt een opvallende verschuiving plaats naar proceskostenveroordelingen op basis van het liquidatietarief.

Hierdoor neemt het afschrikwekkende effect van de proceskostenveroordeling aanzienlijk af, waardoor ook voor de inbreukmaker de toegang tot de rechter gewaarborgd blijft. Aan de kant van de rechthebbende kan het een prikkel zijn om de kosten van juridische adviseurs te beperken en/of buiten rechte tot een redelijke vergoeding te komen.

Standaardtarieven in plaats van concrete onderbouwing

Voor zover de misgelopen licentievergoeding de basis vormt voor de vaststelling van de schade, maar de fotograaf zelf niet (aantoonbaar) gebruikmaakt van standaardtarieven voor soortgelijke foto's en soortgelijke openbaarmaking, wordt door de rechter en/of de (vertegenwoordiger van de) rechthebbende vaak aangeknoopt bij de standaardtarieven van Stichting Foto Anoniem. Dit is een stichting die als tussenpersoon op basis van standaardtarieven een vrijwaring verleent aan (professionele) gebruikers van beeldmateriaal indien de auteursrechthebbende door de gebruiker niet achterhaald kon worden. Deze standaardtarieven zijn vastgesteld door (vertegenwoordigers van) de beroepsgroep van fotografen⁸ en liggen aanmerkelijk hoger dan het gemiddelde in de branche.

Ter vergelijking: voor plaatsing van een foto op een website met een internationale domeinnaam was bij Stichting Anoniem een tarief verschuldigd tussen de € 222 en € 1171.⁹ Het in Nederland bekende fotobureau Hollandse Hoogte dat – naar eigen zeggen – zowel Nederlandse topfotografen als prestigieuze internationale agentschappen vertegenwoordigt, biedt foto's aan vanaf € 1 per stuk en stelt dat de gemiddelde prijs voor het gebruik van een door hen aangeboden foto € 70 bedraagt.¹⁰ De prijzen van de drie grootste online aanbieders van stockfoto's variëren, maar liggen voor het overgrote deel tussen de € 0,19 en € 10 per foto.

De tarievenlijst van Stichting Foto Anoniem voorziet tevens in percentages van de tarieven die extra moeten worden betaald indien de foto bijvoorbeeld is bijgesneden of zonder naamsvermelding is gepubliceerd en vormt dan ook vaak de basis voor toewijzing van een schadevergoeding die gelijk staat aan twee of drie keer de misgelopen licentievergoeding. Vraag is of het hier nog gaat om een in de markt gebruikelijke (en vaak in de licentie verdisconteerde) vergoeding van morele schade of om *punitive damages*.

	Totaal	Compensatie proceskosten	Liquidatietarief	1019h toegewezen	Anders
2015	15	1	3	6	5
2016	12	1	0	10	1
2017	15	2	4	9	0
2018	16	2	3	11	0
2019	26	2	16	4	4

7 Indicatie tarieven IE-zaken, 1 april 2017, raadpleegbaar via <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/indicatietarieven-in-ie-zaken-rechtbanken-04-2017.pdf>.

8 Stichting Foto Anoniem werkt nauw samen met de beroepsorganisatie van professionele fotografen DuPho.

9 Dit hangt af van het formaat van de foto en de duur van het gebruik en is gebaseerd op de Tarievenlijst 2015. In augustus 2019 is er een nieuwe tarievenlijst verschenen.

10 <https://www.villamedia.nl/artikel/onrust-hollandse-hoogte-over-tarieven>.

Hoewel er het nodige valt af te dingen op de representativiteit van de door Stichting Foto Anoniem gehanteerde tarieven voor de in de markt gebruikelijke tarieven, volgt uit de jurisprudentie dat rechters juist steeds vaker een schadevergoeding toewijzen die gebaseerd is op deze tarieven.

	Totaal	Tarieven Stichting Foto Anoniem	Concreet onderbouwde andere (eigen) tarieven	Geen schadevergoeding
2015	15	7	7	5
2016	12	9	9	2
2017	15	7	7	4
2018	16	6	6	2
2019	26	9	8	2

Dit geldt ook voor door het ANP, sinds 2018 eigenaar van Hollandse Hoogte, gevorderde vergoedingen:

“Ter onderbouwing van de hoogte van de gederfde licentievergoeding heeft ANP aansluiting gezocht bij de tarieven van Stichting Foto Anoniem, waarbij (op basis van gemiddelde pixelgrootte, gemiddelde duur en gemiddelde prijs) de schade is vastgesteld op 1,5 maal de minimale gemiddelde licentievergoeding ad [bedrag], hetgeen resulteert in een bedrag van [bedrag]. Hoewel [gedaagde] de redelijkheid van deze vergoeding betwist, acht de kantonrechter voldoende gemotiveerd onderbouwd dat dit de schade is die ANP heeft geleden door plaatsing van de foto’s zonder toestemming, alsmede dat dit een redelijk tarief is in de branche.”¹¹

En

“Dat zij bij de begroting van de schade kan aanknopen bij de tarieven van Stichting Foto Anoniem is door de [gedaagde] onvoldoende gemotiveerd betwist, zodat de kantonrechter ook van die tarieven zal uitgaan. Zonder meer valt niet in te zien waarom het niet gerechtvaardigd zou zijn om van een gemiddelde uit te gaan en dat met 1,5 te vermenigvuldigen. Door [gedaagde] is onvoldoende gesteld om te twijfelen aan de juistheid van de berekening van ANP.”¹²

ANP is betrokken bij een groot aantal foto-auteursrechtzaken in 2019. ANP stelt zich daarin op het standpunt dat de tarieven van Stichting Foto Anoniem tot uitgangspunt kunnen worden genomen, omdat de betrokken inbreukmakers vóór publicatie geen onderzoek zouden hebben gedaan naar de rechthebbende. Dit zegt mijns inziens niets over de door ANP geleden schade, dit terwijl juist van een professioneel fotobureau verwacht mag worden dat het in staat is om de hoogte van de gemiste licentievergoeding concreet te onderbouwen. Nog daargelaten dat Hollandse Hoogte gemiddeld genomen zelf (veel) lagere licentievergoedingen in rekening lijkt te brengen.

Hoewel de gevorderde schadevergoeding vaak hoog is in verhouding tot de geconstateerde inbreuk, wegen de kosten van een juridisch adviseur om daartegen verweer te voeren vrijwel nooit op tegen het gevorderde bedrag. Dit brengt mee dat rechters zich vaak geconfronteerd zien met enerzijds summier onderbouwde schadevorderingen, waartegen anderzijds niet of nauwelijks verweer wordt gevoerd door de inbreukmaker. Door aan te sluiten bij de tarieven van Stichting Foto Anoniem kan de rechter op een efficiënte manier tot een op het eerste oog redelijke begroting van de schade komen. Zowel de rechter als de markt lijkt een wens tot standaardisatie van vergoedingen te hebben.

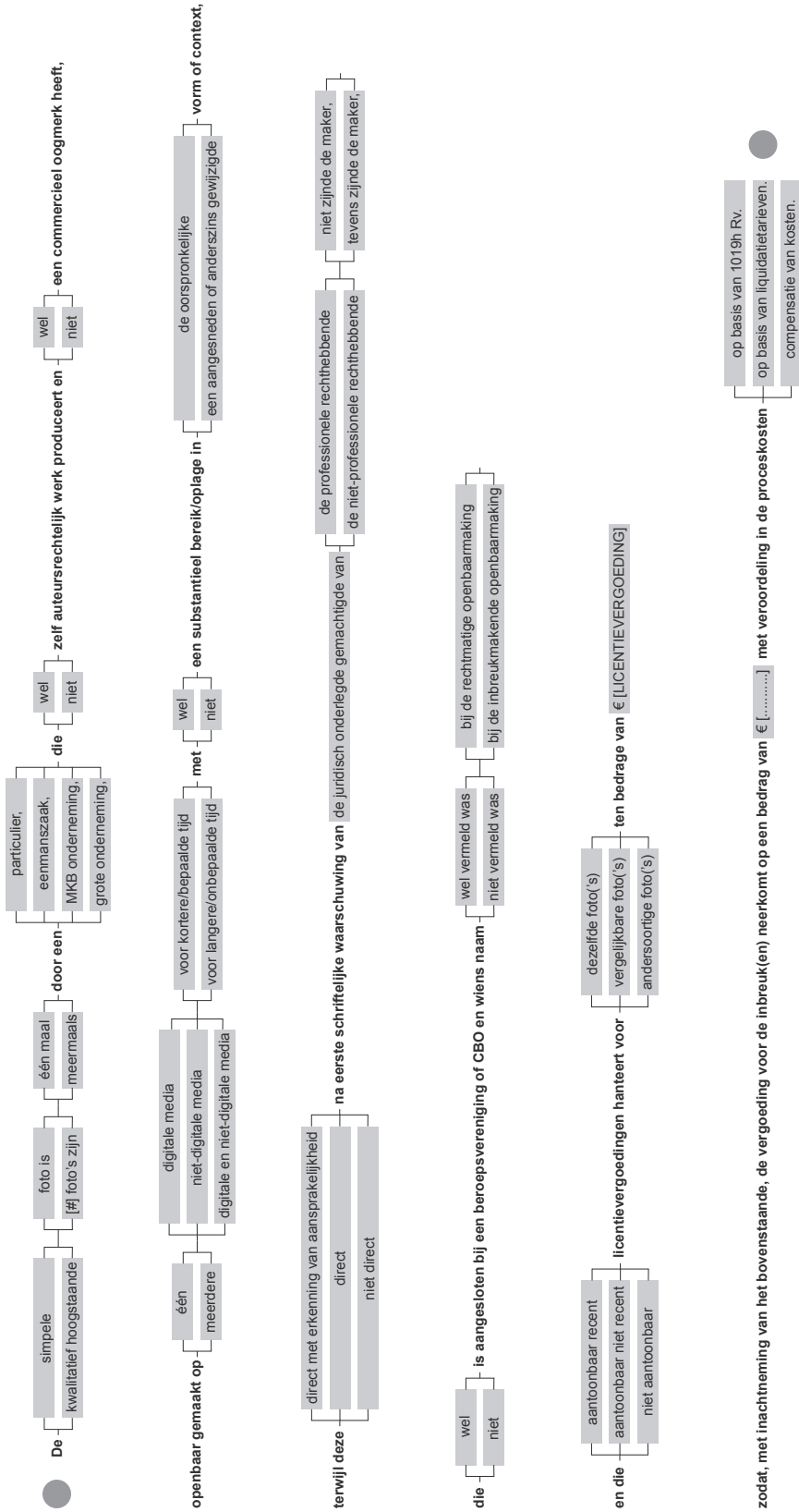
Het hanteren van het liquidatietarief in combinatie met standaardtarieven voor de begroting van de schadevergoeding kan het aantal foto-auteursrechtzaken terugbrengen en de rechtszekerheid verhogen. Daarbij dient mijns inziens dan wel sprake te zijn van onafhankelijk vastgestelde standaardvergoedingen die breed worden gedragen in de markt (en dus niet alleen door beroepsfotografen). Bij het vaststellen van deze vergoedingen zou naast de in de markt gebruikelijke licentievergoedingen mede rekening kunnen worden gehouden met de gemiddelde kosten voor opsporing en onderzoek. Ook zie ik op basis van de Handhavingsrichtlijn ruimte voor het maken van een onderscheid in te betalen forfaitaire bedragen tussen professionele of calculerende inbreukmakers en onwetende particulieren, zonder dat daarmee de deur direct open zou staan voor exorbitante *punitive damages*.

Indien partijen van oordeel zijn dat de forfaitaire vergoedingen niet passend zijn, zal er alsnog concreet moeten worden onderbouwd en vastgesteld dat de te betalen schadevergoeding in dat geval hoger of lager zou moeten zijn.

¹¹ Rb. Overijssel 19 maart 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1632 en ECLI:NL:RBOVE:2019:1633.

¹² Rb. Rotterdam 7 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2464.

BESLISBOOM FACTOREN BEREKENING VERGOEDING INBREUKMAKENDE FOTO'S



FACTOREN

Kwaliteit
Aantal
Aantal publicaties
Openbaar
Is openbaar maker auteur?
Commercieel oogmerk?

(Aantal) media
Soort medium
Duur publicatie
Oplage/bereik
Gewijzigd?

Gewaarschuwd?
Professionele rechthebbende?
Zijnde de maker?

Beroepsvereniging/CBO?
Naam vermeld?
Rechtmatig?

Aantoonbaar?
Recent
Vergelijkbaarheid?
Hoogte vergoeding

Proceskosten
Gonslag

