

Schadevergoeding bij online auteursrechtinbreuk: stand van zaken 2015

Hoe bepaalt de rechter de hoogte van de schadevergoeding bij 'kleine' online auteursrechtinbreuken? Deze vraag is actueel voor de praktijk, nu menig website-eigenaar een sommatiebrief of dagvaarding ontvangt met het verzoek enkele honderden euro's te betalen wegens auteursrechtinbreuk, inclusief stevige toeslagen op het gewone tarief onder verwijzing naar algemene voorwaarden of jurisprudentie. Vaak wordt daarbij gedreigd met duizenden euro's proceskosten als men het op een zaak laat aankomen. In 2012 onderzochten Kyra Sandvliet en ondergetekende 53 vonnissen en één arrest aangaande deze materie.¹ In deze bijdrage een update: hoe pakken dergelijke zaken anno 2015 uit?

A.P. Engelfriet
Mr.ir. A.P. Engelfriet is ICT-jurist te Amsterdam. Daarnaast is hij parttime docent aan de Vrije Universiteit.

Ontwikkelingen sinds 2012

In deze bijdrage worden drie arresten² en 32 vonnissen, gewezen tussen 29 augustus 2012 en 1 augustus 2015, onder de loep genomen om antwoord te geven op de vraag hoe de rechter de hoogte van de schade bepaalt bij een 'kleine' online auteursrechtinbreuk, met name ten aanzien van verhogingen op de gebruikelijke licentievergoeding. Voor de selectie zijn dezelfde criteria gehanteerd als in 2012: de inbreukmaker is een relatief kleine websitehouder, er is inbreuk gemaakt op het auteursrecht op een foto of een geschreven werk en de hoofdvraag in de zaak is vooral toegespitst op de hoogte van de schadevergoeding.

Uit het eerdere onderzoek bleek dat met name drie groepen ten strijde trokken tegen 'kleine' online auteursrechtinbreuken, namelijk Cozzmoss, Getty Images en fotografen. Het speelveld is echter veranderd sinds 2012. De twee geruchtmakendste partijen van destijds, Cozzmoss en Getty Images, lijken beide van het toneel verdwenen. Waar Getty Images lang bekend stond als de partij die de hoge claims stuurt, blijkt daarvan in de praktijk niets te zijn terechtgekomen. Mij is geen Nederlands vonnis bekend waarin Getty Images optrad tegen een auteursrechtinbreuk, afge-

zien van een rechtszaak tegen omroepvereniging TROS,³ waarbij van haar claim van een kleine vijfduizend euro slechts € 1.416,25 werd toegewezen.

Getty lijkt in maart 2014 te hebben gekozen voor een andere strategie, namelijk het zonder vergoeding toestaan van hergebruik mits men daarvoor de embed-tool van het bedrijf toepast.⁴ Men zou dit een sigaar uit eigen doos kunnen noemen, nu het Hof van Justitie kort daarvoor bepaalde dat embedden van legaal online geplaatste werken in het geheel geen inbreuk op auteursrechten oplevert.⁵

Ook het minstens zo beruchte Cozzmoss (later handelend onder de handelsnaam Auxen) lijkt zijn juridische strijd te hebben beperkt. Er zijn geen vonnissen van ná december 2013⁶ te vinden waarin het bedrijf optreedt, afgezien van een wat merkwaardige rechtszaak tegen UFO-geïnteresseerdensite 'Star People' waarvan echter nog geen vonnis beschikbaar is.⁷ Op 1 augustus 2015 bleek de website van het bedrijf gesloten, hoewel de inschrijving bij de Kamer van Koophandel niet was doorgehaald. Ook van kranten – voor wie Cozzmoss/Auxen regelmatig optrad – zijn na december 2013 geen vonnissen wegens auteursrechtinbreuk door overnemende websites gevonden.

1 K. Sandvliet & A. Engelfriet, 'Vaststellen van schade bij online auteursrechtinbreuk', *AMI* 2012/5, p. 204-209.

2 Hof Arnhem 18 december 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BZ4286, Hof Den Bosch 29 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2524, Hof Den Haag 30 juni 2015, IEF 15105.

3 Rb. Amsterdam 26 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8092.

4 J. Brustein, 'Since It Can't Sue Us All, Getty Images Embraces Embedded Photos', *Bloomberg Business* 6 maart 2014, <http://bloom.bg/1OFAECv>.

5 HvJ EU 13 februari 2014, C-466/12 (*Svensson/Retriever*). Zie ook HvJ EU 21 oktober 2014, C-348/13 (*Bestwater*).

6 Rb. Breda 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX5896, Rb. Midden-Nederland (ktr.) 11 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ5075, Hof Arnhem 18 december 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BZ4286, Rb. Amsterdam (ktr.) 18 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8642.

7 'Update Star-people: Uitspraak rechtszaak Cozzmoss/Auxen en Banning VS Star-people', *Star-people.nl* 22 april 2014, <http://www.star-people.nl/index.php?module=news&id=9351>. Of en wanneer vonnis zal worden gewezen, is bij afsluiting van dit artikel nog niet bekend.

De juridische strijd tegen 'kleine' inbreuken lijkt sinds eind 2013 dan ook beperkt te zijn tot de derde groep uit het eerdere onderzoek, namelijk de fotografen. Van de 35 onderzochte zaken zijn er 32 aangespannen door fotografen, waarbij stockfotobureau Masterfile met vijf zaken⁸ een opvallende speler blijkt, naast de fotografen Bert van Loo (drie zaken)⁹ en Roel Dijkstra (drie zaken)¹⁰ en advocate mr. Van Boven die in maar liefst 14 van de 35 zaken namens de eisers optrad.¹¹

In de Duitse auteursrechthandhaving heeft zich een andere praktijk ontwikkeld. Met zogeheten *Abmahnungen* worden (rechts)personen gesommeerd de inbreuk te staken en een schadevergoeding te betalen.¹² De Duitse auteurswet (§ 97a III UrhG) schrijft voor dat de gesommeerde partij gehouden is de kosten van de sommatie te vergoeden. Opmerkelijk bij deze praktijk is dat er lijkt te worden gesommeerd zonder expliciete machtiging vanuit de rechthebbenden aan de sommerende advocaten. In de Nederlandse praktijk is dit ondenkbaar, hoewel in diverse zaken rechthebbenden weigeren bewijs over te leggen dat men auteursrecht kan doen gelden als de inbreukmaker daarom verzoekt. Dit blijkt echter een riskante strategie: het leidt regelmatig tot een matiging van de proceskosten.¹³

Bepaling van schade

Het concreet bepalen van de schade door een auteursrechtinbreuk is en blijft een moeilijke zaak. Abstracte begroting is dan ook de enige reële optie. De rechter begroot dan de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is (art. 6:97 BW). Bij auteursrechtinbreuken wordt de wijze van begroting nader ingevuld door artikel 27 lid 2 Auteurswet dat aan de rechter de basis geeft om een forfaitair bedrag vast te stellen.

Het forfaitaire bedrag als schadevergoeding dient in beginsel, zo blijkt uit overweging 26 van de Handhavingsrichtlijn, te worden vastgesteld rekening houdend met alle omstandigheden van het geval. De overweging noemt als voorbeelden van dergelijke omstandigheden 'het door de rechthebbende geleden inkomensverlies of de door de

inbreukmaker onrechtmatig gemaakte winst'.¹⁴ Als alternatieve bepalingwijze noemt de overweging de vaststelling van 'het bedrag aan royalty's of vergoedingen [dat] verschuldigd zou zijn geweest indien de inbreukmaker toestemming had gevraagd'. Hierbij mag tevens rekening worden gehouden met kosten voor de rechthebbende, zoals voor opsporing en onderzoek.¹⁵ In Nederland is bij de implementatie van de Handhavingsrichtlijn over deze bepalingwijze het volgende opgemerkt: 'Dit bedrag kan bijvoorbeeld vastgesteld worden op basis van de licentievergoeding die verschuldigd zou zijn geweest indien de auteursrechthebbende toestemming zou hebben gegeven'.¹⁶ Bij de 'kleine' online inbreuk uit dit onderzoek is dit de aangewezen manier om de schade vast te stellen.

Opmerking verdient nog dat de Handhavingsrichtlijn in diezelfde overweging 26 spreekt van een schadevergoedingsplicht voor 'de inbreukmaker die wist of redelijkerwijs had moeten weten dat hij inbreuk pleegde'. Hierin zien diverse rechters een aanknopingspunt om bij een niet-opzettelijke en kleinschalige inbreuk een lagere vergoeding toe te wijzen dan gevorderd.¹⁷ Dit kan worden gerechtvaardigd als een impliciet gebruik van de bevoegdheid tot matiging (art. 6:109 lid 1 BW). Ook wordt in deze gevallen de proceskostenveroordeling (zie ook hierna) vaak vanuit een oogpunt van billijkheid verlaagd tot het liquidatietarief, of gecompenseerd in die zin dat beide partijen hun eigen kosten moeten dragen.

Aansluiting bij richtprijzen

Om de schade te bepalen is een eerste belangrijke vraag welk bedrag aan royalty's of vergoedingen verschuldigd zou zijn geweest indien er om toestemming was gevraagd. Hoofregel hierbij is dat het gaat om de vergoeding die aan deze rechthebbende verschuldigd zou zijn geweest, niet enkel om een marktconforme vergoeding. Een individuele fotograaf kan en mag immers meer (of minder) vragen dan in de markt gebruikelijk is. Wel zal de rechthebbende in voorkomende gevallen (bijvoorbeeld met facturen)¹⁸ moeten bewijzen dat hij deze tarieven ook daadwerkelijk rekent.

8 Rb. Den Haag (ktr.) 4 augustus 2014, IEF 14140, Rb. Midden-Nederland (ktr.) 28 mei 2014, IEF 13892, Hof Den Haag 30 juni 2015, IEF 15105, Rb. Overijssel (ktr.) 24 februari 2015, IEF 14706, Rb. Zeeland-West-Brabant (ktr.) 20 augustus 2014, IEF 14137.

9 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 22 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2907, Rb. Noord-Holland (ktr.) 27 mei 2015, IEF 14990, Rb. Rotterdam (ktr.) 18 oktober 2013, IEF 13604.

10 Rb. Amsterdam (ktr.) 21 november 2012, IEF 12046, Rb. Rotterdam (ktr.) 10 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3179, Rb. Rotterdam (ktr.) 12 juli 2013, IEF 12958.

11 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 22 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2907, Rb. Noord-Holland (ktr.) 27 mei 2015, IEF 14990, Rb. Middelburg (ktr.) 11 juni 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BX4106, Rb. Amsterdam (ktr.) 21 november 2012, IEF 12046, Rb. Rotterdam 10 augustus 2012, 12-8738, Rb. Rotterdam (ktr.) 12 juli 2013, IEF 12958, Rb. Limburg (ktr.) 9 april 2014, IEF 13754, Rb. Noord-Holland (ktr.) 22 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:370, Rb. Utrecht (ktr.) 17 oktober

2012, IEF 11893, Rb. Limburg (ktr.) 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7598, Rb. Den Haag 16 januari 2013, IEF 12243, Rb. Amsterdam (ktr.) 4 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8879, Rb. Rotterdam (ktr.) 10 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3179, Rb. Amsterdam (ktr.) 30 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY2617.

12 C.C. Müller & S. Rößner, 'Die Gebührendeckelung im neuen § 97 a UrhG: Alles wird besser', *Kommunikation & Recht* 2013, afl. 11, p. 695-699.

13 Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht (ktr.) 17 oktober 2012, IEF 11893.

14 Richtlijn 2004/48 EG *PbEU* 2004, L 157/45 (hierna de 'Handhavingsrichtlijn').

15 Art. 6:96 lid 2 BW.

16 Kamerstukken II, 2005/06, 30392, 3, p. 27 (Memorie van Toelichting bij het voorstel voor de omzettingwet).

17 Rb. Noord-Holland (ktr.) 27 mei 2015, IEF 14990, Rb. Rotterdam 10 augustus 2012, 12-8738, Rb. Rotterdam (ktr.) 18 oktober 2013, IEF 13604, Rb. Rotterdam (ktr.) 10 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3179.

18 Rb. Amsterdam 6 augustus 2014, IEF 14103.

De meeste fotografen lijken te volstaan met het stellen van een prijs, of met een verwijzing naar tarieven op hun website. Serieuze betwisting vindt hierbij zelden plaats. Specifieke aandacht verdient nog stockfotobureau Masterfile, dat royalty's laat berekenen middels een calculator op zijn website. Uit de Masterfile-vonnissen blijkt dat het bedrijf zichzelf hierbij nog weleens rijk rekent, bijvoorbeeld door uit te gaan van de optie 'Up to full page' hoewel de inbreukmaker slechts een afbeelding van icoon-omvang gebruikte.¹⁹ In één geval, waarin de afbeelding ook nog eens kort en in een lage resolutie gebruikt was, bedroeg de prijs – en de schade – daarom geen € 1.100 maar € 7.²⁰

Een merkwaardige rol bij het bepalen van schade spelen de zogeheten *Richtprijzen Nederlandse Vakfotografie*, samengesteld door ene Jurriaan Nijkerk. Dit document vermeldt prijzen voor divers gebruik van fotografisch werk en wordt door fotografen nogal eens opgevoerd als de basis voor een verschuldigde schadevergoeding. Nijkerk pretendeert dat de door hem opgesomde richtprijzen 'zijn gebaseerd op onderzoek naar het prijspeil voor publicatie en productie', aldus het voorwoord. Het boekwerk ontbeert echter iedere verantwoording of toelichting op het onderzoek.²¹ Vaak wordt nog gedacht dat dit document een relatie heeft met de Fotografiefederatie. Dit is onjuist. De Fotografiefederatie heeft afstand genomen van richtprijzen sinds de Nederlandse Mededingingsautoriteit in 2004 een aantal andere vakverenigingen op de vingers had getikt voor het uitbrengen van richtprijzen.²²

Regelmatig wordt door eisers gesteld dat de rechter deze richtprijzen gewoonlijk overneemt bij de bepaling van de schade. Dit is in strijd met de werkelijkheid: in slechts één uitspraak²³ worden de richtprijzen als uitgangspunt voor de schade genomen (ter vergelijking: bij het vorige onderzoek in vijf van de 25 zaken). In deze ene uitspraak kwalificeert het Hof Den Bosch de richtprijzen als 'evenwichtig opgebouwd' en 'niet exorbitant', hoewel het vraagtekens zette bij de herkomst en de status van het stuk. Dit verrast: zou bij een dergelijke bron niet moeten worden geëist dat duidelijk is hoe de tarieven tot stand zijn gekomen?

Uit het huidige onderzoek blijkt dat in vijf vonnissen schadebedragen overeenkomstig de richtprijzen werden geëist.²⁴ Hierbij presenteren de fotografen in kwestie deze richtprijzen echter als hun eigen tarieven. In feite wordt dan gewoon de basisregel gehanteerd: het door de fotograaf normaliter bedongen tarief is uitgangspunt voor

de schadevergoeding. In deze zaken werd niet betwist dat de fotografen deze tarieven hanteerden.

Naast deze richtprijzen wordt ook wel verwezen (in twee van de 35 zaken) naar de tarieven van Stichting FotoAnoniem die op verzoek vrijwaringen afgeeft wanneer men foto's wil gebruiken waarvan de rechthebbende niet te achterhalen is. Deze tarieven werden in één zaak aangevoerd als het door de fotograaf gehanteerde tarief²⁵ en in een tweede als de begroting van de schade²⁶. Dit laatste lijkt een prima uitgangspunt: het vrijwaringstarief van de stichting kan men immers zien als een billijke schatting door een ter zake deskundige partij van de schade die men aan een later opduikende fotograaf zou moeten vergoeden. In deze tweede zaak verhoogde de rechtbank het tarief echter met 25% ter compensatie voor gestelde vermindering en ontbrekende naamsvermelding. Dit is opmerkelijk. De vrijwaring van FotoAnoniem zou dan toch *alle* schade moeten omvatten, ook ten aanzien van vermindering of naamsvermelding? Het is dan bepaald onlogisch dat de fotograaf meer schade zou hebben geleden.

Verhogingen

Veel eisers (in 22 van de 35 zaken) nemen geen genoegen met enkel de door hen normaliter bedongen licentievergoeding, maar eisen daarbij een verhoging waarmee het geëiste kan oplopen tot twee of drie maal hun gebruikelijke vergoeding. De vraag is dan welke grondslag voor deze verhoging kan worden gehanteerd. In ons eerdere onderzoek noemden wij grondslagen als uitgeholde exclusiviteit, een verhoogde kans op inbreuk door de internetpublicatie, het ongevraagde karakter van de publicatie, het tegengaan van het pas achteraf vragen om toestemming, het ontmoedigen van inbreuk of simpelweg het feit dat de auteursrechten zijn geschonden.²⁷

In de conclusie uit 2012 schreven wij nog dat hogere rechtspraak op dit punt niet te verwachten was gezien het relatief geringe belang van de zaak. Spoedig daarna verscheen echter een arrest van het Hof Arnhem.²⁸ De lijn die door deze uitspraak is ingezet blijkt zeer relevant voor de praktijk. In dit arrest (in een Cozzmoss-zaak) had de eisende rechthebbende in eerste instantie een opslag van 200% op haar gebruikelijke tarief geëist, maar dit in hoger beroep teruggebracht tot een verhoging van 25% met als rechtvaardiging de door de zaak uitgeholde exclusiviteit van

19 Rb. Den Haag (ktr.) 4 augustus 2014, *IEF* 14140, Hof Den Haag 30 juni 2015, *IEF* 15105.

20 Hof Den Haag 30 juni 2015, *IEF* 15105.

21 Navraag bij de heer Nijkerk leert dat deze informatie als vertrouwelijk wordt beschouwd.

22 'Federatie trekt adviestarieven in', *PhotoQ.nl* 13 juli 2004. Vgl. NMa besluit 3309-186 van 26 april 2004 (NIP, LVE, NVP en NVVP).

23 Hof Den Bosch 29 juli 2014, *ECLI:NL:GHSHE:2014:2524*.

24 Rb. Amsterdam (ktr.) 21 november 2012, *IEF* 12046, Rb. Limburg (ktr.) 27 augustus 2014, *ECLI:NL:RBLIM:2014:7598*, Rb. Amsterdam (ktr.) 4 decem-

ber 2013, *ECLI:NL:RBAMS:2013:8879*, Rb. Rotterdam (ktr.) 10 augustus 2012, *ECLI:NL:RBROT:2012:BY3179*, Rb. Amsterdam (ktr.) 30 oktober 2012, *ECLI:NL:RBAMS:2012:BY2617*.

25 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 22 juli 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:2907*.

26 Rb. Amsterdam (ktr.) 27 maart 2015, *ECLI:NL:RBAMS:2015:1520*.

27 K. Sandvliet & A. Engelfriet, 'Vaststellen van schade bij online auteursrecht-inbreuk', *AMI* 2012/5, p. 207.

28 Hof Arnhem 18 december 2012, *ECLI:NL:GHARN:2012:BZ4286*.

haar auteursrecht. Het Hof wees dit toe nu deze uitholling onvoldoende was weersproken door gedaagde. Daarnaast werden administratiekosten toegewezen in verband met opsporing en onderzoek, alsook de volledige proceskosten.

Het arrest van het Hof Arnhem wordt in twee zaken expliciet gevolgd, waarbij de verhoging van 25% wordt gerechtvaardigd door de verminderde exploitatiemogelijkheden wegens ontbrekende naamsvermelding en verminking van de foto.²⁹ De verhoging met 25% ter compensatie van aanvullende schade wordt in nog vier andere zaken gehanteerd.³⁰ In andere zaken worden wel hogere verhogingen toegewezen. Zo werden in twee zaken³¹ een verdubbeling van het basistarief en in drie andere een verdrievoudiging toegewezen.³² In vier van deze vijf gevallen wordt expliciet opgemerkt dat de verhoging dient ter afschrikking: er moet voorkomen worden dat men pas na aangesproken te zijn op de auteursrechtinbreuk alsnog gauw de gewone licentievergoeding betaalt.

Verhoging als boete

De overweging dat een verhoging moet worden opgelegd teneinde de inbreukmaker af te schrikken doet de wenkbrauwen fronsen. Afschrikking en het stimuleren van gedragsverandering zijn immers eenvoudigweg maatregelen met als doel generale preventie, en schadevergoeding toekennen vanuit dit strafrechtelijke motief is niet conform het Nederlandse civiele recht.³³ In het civiele recht gaat het om het compenseren van de werkelijk geleden schade, en niet meer dan dat. Dit is bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten niet anders dan bij andere vormen van onrechtmatig handelen. Ook de Handhavingsrichtlijn heeft daarin geen verandering gebracht. Deze bepaalt in artikel 13 lid 1 eerste alinea immers niet meer dan dat de schade vanwege de inbreuk moet worden vergoed. Er is dus geen grondslag in de wet om tot een verhoging over te gaan bij wijze van afschrikking of beboeting van de inbreukmaker.³⁴

De vraag of sprake is van extra schade of juist van een boete (punitief element) komt in 13 van de 36 zaken aan de orde. Het Hof Arnhem ging helaas niet in op deze vraag en lagere rechters zijn verdeeld over het antwoord. Bij iets meer dan de helft van de onderzochte zaken (7 van de 13)³⁵ wordt een geëiste verhoging afgewezen als punitief element, de rest³⁶ ziet een verhoging als een gepast middel om het 'niet te aantrekkelijk te maken' voor anderen om inbreuk te plegen en dan achteraf alleen de gebruikelijke vergoeding te betalen. De resultaten door de jaren heen laten echter geen duidelijke verandering zien in de bereidheid van rechters om punitieve verhogingen toe te wijzen (2010: 1 uit 1 toegewezen; 2011: 6 uit 13 toegewezen; 2012: 1 uit 3 toegewezen; 2013: 2 uit 5 toegewezen; 2014: 2 uit 5 toegewezen; 2015: 2 uit 2 toegewezen). Opgemerkt zij nog dat er vaak geen verweer tegen de verhoging wordt gevoerd.

Grondslagen voor verhoging

Het toekennen van extra schadevergoeding in de vorm van een verhoging op de licentievergoeding is op zichzelf te rechtvaardigen als dit aan een concrete post is te koppelen. Dit is de lijn zoals uitgesproken door het Hof Arnhem, hierboven aangehaald.³⁷ De meest voor de hand liggende (en meest geciteerde) schadeposten zijn het ontbreken van naamsvermelding en verminking van de foto, het verminderen van de marktwaarde en het verlies van exclusiviteit. In 13 van de 35 zaken in dit onderzoek worden één of meer van deze posten geëist en toegewezen, waarbij in vijf zaken de verhoging éénmaal het basistarief bedroeg³⁸ en in de resterende acht een lager bedrag (veelal 25%).³⁹ In het eerdere onderzoek werden op deze schadeposten gebaseerde verhogingen in 13 van de 24 zaken toegekend.⁴⁰

Regelmatig worden de kosten van opsporing als extra schadepost aangehaald. Op zichzelf is dit terecht. Het moet echter wel aannemelijk zijn dat deze kosten zijn gemaakt, en daar schort het nog wel eens aan. Sommige eisers rekenen in de eerste brief bijvoorbeeld meteen duizenden euro's

29 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 22 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2907, Rb. Overijssel (ktr.) 21 april 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1975.

30 Rb. Amsterdam 26 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8092, Rb. Amsterdam (ktr.) 18 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8642, Rb. Overijssel (ktr.) 31 april 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1975, Rb. Noord-Holland (ktr.) 27 mei 2015, IEF 14990.

31 Rb. Oost-Brabant (ktr.) 25 april 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ9289, Rb. Noord-Holland (ktr.) 22 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:370.

32 Rb. Limburg (ktr.) 9 april 2014, IEF 13754, Rb. Rotterdam (ktr.) 10 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3179, Rb. Limburg (ktr.) 5 maart 2014, IEF 13614.

33 J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2005, p. 498-499.

34 H. Speyart, 'Schadeopslagen in het IE-recht: ongeoorloofde punitieve schade of geoorloofde forfaitaire berekening?', *IER* 2013/5, nr. 49, p. 406-411.

35 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 22 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2907, Rb. Midden-Nederland (ktr.) 11 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ5075, Rb. Amsterdam (ktr.) 4 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8879, Rb. Amsterdam 26 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8092, Rb. Den Haag (ktr.) 4 augustus 2014, IEF 14140, Hof Den Bosch 29 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2524, Rb. Rotterdam (ktr.) 6 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1345.

36 Rb. Rotterdam (ktr.) 10 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3179, Rb. Oost-Brabant (ktr.) 25 april 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ9289, *IER* 2013/56, Rb. Rotterdam (ktr.) 18 oktober 2013, IEF 13604, Rb. Limburg (ktr.) 5 maart 2014, IEF 13614, Rb. Noord-Holland (ktr.) 22 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:370, Rb. Noord-Holland (ktr.) 27 mei 2015, IEF 14990.

37 Hof Arnhem 18 december 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BZ4286.

38 Rb. Middelburg (ktr.) 11 juni 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BX4106, Rb. Amsterdam (ktr.) 21 november 2012, IEF 12046, Rb. Rotterdam (ktr.) 18 oktober 2013, IEF 13604, Rb. Utrecht (ktr.) 17 oktober 2012, IEF 11893, Rb. Den Haag 16 januari 2013, IEF 12243.

39 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 22 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2907, Rb. Rotterdam (ktr.) 6 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1345, Rb. Amsterdam 26 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8092, Rb. Midden-Nederland (ktr.) 11 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ5075, Rb. Amsterdam (ktr.) 18 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8642, Rb. Overijssel (ktr.) 31 april 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1975, Rb. Noord-Holland (ktr.) 27 mei 2015, IEF 14990, Rb. Overijssel (ktr.) 21 april 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1975.

40 K. Sandvliet & A. Engelfriet, 'Vaststellen van schade bij online auteursrechtinbreuk', *AMI* 2012/5, voetnoten 19 t/m 22.

aan kosten,⁴¹ hetgeen op mij overkomt als een intimidatiepoging, zeker wanneer men vervolgens bereid blijkt voor de helft of minder te schikken. Het verdient aanbeveling dat rechters hier kritisch naar kijken. Het is opmerkelijk dat slechts in één zaak⁴² aansluiting wordt gezocht bij het rapport-Voorwerk II, terwijl het toch ook bij auteursrecht-incasso uiteindelijk gewoon gaat om administratie- en incassokosten. Een analoge toepassing van de staffel buitengerechtelijke incassokosten (BIK) is ook mogelijk.⁴³

Het zal gewoonlijk lastig zijn de hoogte van deze schadeposten te berekenen. Om ze dan te schatten als percentage van de licentievergoeding is te billijken, zoals Speyart betoogt.⁴⁴ De door Deurvorst nog aangewezen sanctie van winstafdracht⁴⁵ lijkt niet echt passend, nu de winst bij deze 'kleine' inbreuken moeilijk valt vast te stellen. Meestal gaat het immers om toevallig gebruik ('even een plaatje erbij') en is winst door toevoeging van dat plaatje niet te bepalen. Spoor, Verkade & Visser schetsen nog de optie dat de rechter met een schatting 'ex aequo et bono' tot een hogere vergoeding kan komen als hem dat billijk voorkomt.⁴⁶ Dit is natuurlijk altijd mogelijk, maar doet bepaald onbevredigend aan.

Algemene voorwaarden

Een specifieke grondslag voor een verhoging wordt wel gezocht in de door eiser gehanteerde algemene voorwaarden. Dit betreft in de praktijk eigenlijk altijd de *Algemene Voorwaarden van de FotografenFederatie* zoals uitgegeven door deze vakvereniging, die overigens sinds januari 2015 'DuPho' heet. Deze voorwaarden vermelden in artikel 17.2 dat de fotograaf bij ieder niet-overeengekomen gebruik 'een vergoeding toe[komt] ter hoogte van ten minste driemaal de door de Fotograaf gebruikelijk gehanteerde licentievergoeding voor een dergelijke vorm van gebruik, zonder enig recht te verliezen op vergoeding van overige geleden schade'.⁴⁷

Bij een auteursrechtinbreuk zijn algemene voorwaarden (natuurlijk) niet direct van toepassing, nu er geen sprake is

van een overeenkomst. Eisers stellen daar vaak tegenover dat analoge toepassing geboden is, nu deze voorwaarden een 'rechtens aanvaardbaar uitgangspunt' zouden vormen om de schade te begroten. In de onderzochte uitspraken wordt in negen van de 35 gevallen een beroep gedaan op een dergelijke analoge toepassing, welk beroep in zes gevallen wordt gevolgd door de rechter.⁴⁸ Dit is vrijwel dezelfde situatie als in het eerdere onderzoek, waar negen uit 15 vonnissen de voorwaarden als 'rechtens aanvaardbaar en geaccepteerd uitgangspunt om de schade te begroten' namen. Geen van deze zes uitspraken motiveert waarom hier sprake is van een dergelijk aanvaardbaar uitgangspunt. Gezien het feit dat in vier van deze vonnissen⁴⁹ een positieve uitspraak over afschrikken of bestraffen van inbreuk door een verhoging van de schadevergoeding opgenomen is, lijkt het erop dat men vooral het bestraffende of afschrikwekkende aspect van deze voorwaarden rechtens aanvaardbaar vindt. Het is dan logisch dat men een contractueel boetebeding analoog toepast. Maar het klopt niet met het Nederlandse systeem van schadevergoeding.

Proceskostenveroordeling

Bij auteursrechtinbreuken geldt dat in beginsel de volledige, werkelijke proceskosten moeten worden vergoed door de in het ongelijk gestelde partij.⁵⁰ Dit beginsel wordt in bijna de helft van de zaken (17 van de 35) keurig gevolgd. In één geval werd daarbij snel vonnis gewezen om te voorkomen dat de proceskosten verder zouden oplopen.⁵¹ Waar de kosten niet toegewezen worden zoals gevorderd, gebeurt dat meestal omdat beide partijen gedeeltelijk in het ongelijk zijn gesteld⁵² of omdat de proceskosten in geen verhouding staan tot het financiële belang van de zaak.⁵³ Dit is vrijwel dezelfde uitkomst als in het vorige onderzoek.

Een bereidwillige houding van de inbreukmaker om de geleden schade te vergoeden met een reële tegemoetkoming, zeker in combinatie met een aan hogere bedragen vasthoudende eiser, blijkt een goed recept om de proceskosten gematigd te krijgen.⁵⁴ Ook het niet overleggen van bewijs dat men auteursrechthebbende is, kan een matiging

41 Rb. Rotterdam (ktr.) 6 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1345, Rb. Amsterdam (ktr.) 27 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1520, Rb. Gelderland (ktr.) 5 februari 2014, IEF 13547.

42 Rb. Rotterdam (ktr.) 10 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3179.

43 Wet normering buitengerechtelijke incassokosten en het bijbehorende Besluit.

44 H. Speyart, 'Schadeopslagen in het IE-recht: ongeoorloofde punitieve schade of geoorloofde forfaitaire berekening?', IER 2013/5, nr. 49, p. 406-411.

45 T.E. Deurvorst, 'Ontwikkelingen op het gebied van schadevergoeding en winstafdracht bij inbreuk op auteursrechten', AMI 2011/4, p. 124-130.

46 J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2005, p. 498-499.

47 Algemenevoorwaarden, stichting DuPho januari 2015. Zie <http://www.dupho.nl/ledenservice/algemene-voorwaarden>.

48 Rb. Noord-Holland (ktr.) 27 mei 2015, IEF 14990, Rb. Rotterdam (ktr.) 18 oktober 2013, IEF 13604, Rb. Limburg (ktr.) 5 maart 2014, IEF 13614, Rb. Limburg (ktr.) 9 april 2014, IEF 13754, Rb. Rotterdam (ktr.) 10 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3179, Rb. Amsterdam (ktr.) 30 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY2617.

49 Rb. Rotterdam (ktr.) 10 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3179, Rb. Rotterdam (ktr.) 18 oktober 2013, IEF 13604, Rb. Limburg (ktr.) 5 maart 2014, IEF 13614, Rb. Noord-Holland (ktr.) 27 mei 2015, IEF 14990.

50 Art. 1019h Rv, in afwijking van de hoofdregel uit art. 237 Rv. Als leidraad gelden daarbij voor rechtbanken en gerechtshoven de indicatietarieven zoals gepubliceerd door de Rechtspraak in overleg met de Nederlandse Orde van Advocaten.

51 Rb. Overijssel (ktr.) 12 mei 2015, IEF 14940.

52 Rb. Middelburg (ktr.) 11 juni 2012, ECLI:NL:RBMD:2012:BX4106, Rb. Amsterdam (ktr.) 4 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8879, Rb. Amsterdam 26 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8092, Hof Den Haag 30 juni 2015, IEF 15105.

53 Rb. Breda 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX5896, Rb. Amsterdam (ktr.) 27 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1520, Rb. Noord-Holland (ktr.) 27 mei 2015, IEF 14990.

54 Rb. Rotterdam (ktr.) 6 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1345, Rb. Amsterdam (ktr.) 27 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1520, Rb. Gelderland (ktr.) 5 februari 2014, IEF 13547, Rb. Rotterdam (ktr.) 18 oktober 2013, IEF 13604, Rb. Amsterdam (ktr.) 4 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8879, Rb. Rotterdam (ktr.) 10 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3179.

van de proceskosten tot gevolg hebben.⁵⁵ In de hierboven aangehaalde zaken waarin bij een niet-opzettelijke inbreuk een lagere vergoeding wordt toegewezen dan gevorderd, worden ook de proceskosten verlaagd tot het liquidatietarief.⁵⁶

Conclusies

Hoe bepaalt de rechter de hoogte van de schadevergoeding bij 'kleine' online auteursrechtinbreuken? Het onderzoek van drie arresten en 32 vonnissen laat allereerst zien dat de juridische strijd tegen deze 'kleine' inbreuken zich sinds 2013 lijkt te beperken tot een selecte groep fotografen. Cozzmoss (Auxen) en Getty Images lijken van het toneel verdwenen.

Het uitgangspunt voor begroting van de schade is en blijft de licentievergoeding die bedongen had kunnen worden als om toestemming was gevraagd, hoewel bij niet-opzettelijke en kleinschalige inbreuk deze vergoeding nog wel eens wordt gematigd. De tarieven van de fotograaf in kwestie zijn daarbij leidend. De zogenaamde *Richtprijzen Nederlandse Vakfotografie* lijken bij de bepaling van de licentievergoeding behoorlijk aan belang te hebben ingeboet: waar in het vorige onderzoek de rechter in vijf van de 25 gevallen deze richtprijzen als uitgangspunt nam, is dat nu slechts in één zaak het geval. De tarieven van FotoAnoniem blijven marginaal relevant (in twee van de 35 zaken).

Voor wat betreft verhogingen is een duidelijke aanwijzing gegeven door het Hof Arnhem: een verhoging van 25% is in principe toelaatbaar bij wijze van schatting van overige schade, zoals ontbrekende naamsvermelding of verminking. Daarnaast kunnen daadwerkelijk gemaakte kosten voor opsporing en onderzoek in rekening worden gebracht. Verhogingen van meer dan dat behoren in beginsel dus niet meer toewijsbaar te zijn zonder nadere onderbouwing. Een verhoging bij wijze van punitief element of generale preventie wordt in iets minder dan de helft van de onderzochte uitspraken toegewezen.

Algemene voorwaarden van partijen als de Fotografen-Federatie (thans DuPho) die opslagen bedingen bij ongeautoriseerd gebruik worden door eisers regelmatig de rol van 'rechtens aanvaardbaar uitgangspunt' toegedicht om tot verhogingen van 200 of 300% te komen. In zes van de tien gevallen waarin een dergelijk beroep op deze voorwaarden wordt gedaan, wordt dit toegewezen. Het lijkt erop dat dit gebeurt om een punitieve verhoging te kunnen rechtvaardigen.

De proceskosten vormen daarnaast een significante kostenpost voor de inbreukmaker. In de helft van de gevallen worden deze zonder meer opgelegd aan deze partij. Opvallend is dat wanneer de inbreukmaker zich bereidwillig toont de schade te vergoeden, dit eerder leidt tot matiging van de proceskosten, zeker in gevallen waarin de rechthebbende het onderste uit de kan probeert te krijgen.

55 Rb. Utrecht (ktr.) 17 oktober 2012, *IEF* 11893.

56 Rb. Noord-Holland (ktr.) 27 mei 2015, *IEF* 14990, Rb. Rotterdam (ktr.) 18 oktober 2013, *IEF* 13604, Rb. Rotterdam (ktr.) 10 augustus 2012, *ECLI:NL:RBROT:2012:BY3179*.