

Schadebegroting bij inbreuk op het auteursrecht van een fotograaf: een bespreking aan de hand van vonnissen gewezen door kantonrechters in 2019

Citation for published version (APA):

Meurkens, R. C. (2019). Schadebegroting bij inbreuk op het auteursrecht van een fotograaf: een bespreking aan de hand van vonnissen gewezen door kantonrechters in 2019. *Intellectuele Eigendom en Reclamerecht*, 35(6), 347-359. Article 36. <https://www.ie-forum.nl/artikelen/inhoudsopgave-intellectuele-eigendom-en-reclamerecht-ier-3>

Document status and date:

Published: 01/12/2019

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document license:

Taverne

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 29 Apr. 2024

Schadebegroting bij inbreuk op het auteursrecht van een fotograaf: een bespreking aan de hand van vonnissen gewezen door kantonrechters in 2019

IER 2019/36

1. Inleiding

Deze bijdrage betreft de begroting van schade bij inbreuk op het auteursrecht van een fotograaf. Het zonder toestemming en zonder naamsvermelding openbaar maken van een foto levert in veel gevallen een inbreuk op de auteurs- en persoonlijkheidsrechten van de fotograaf op, wat onrechtmatig is en daarom in beginsel tot schadeplichtigheid van de inbreukmaker leidt. Op zichzelf lijkt dit niet direct heel ingewikkeld. Toch spelen er in een dergelijke casus, afgezien van uiteenlopende facetten van het intellectuele eigendomsrecht, lastige vragen van aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Op die laatste ligt in deze bijdrage de nadruk.

Een belangrijke thema in dit verband is hoe de schade van de fotograaf dient te worden begroot en welke schadevergoeding passend is. Kritiek op het huidige 'systeem' van schadebegroting betreft de grote verschillen in de hoogte van schadevergoedingen toegewezen door kantonrechters. Er wordt vooral kritisch gedacht over (de noodzaak en het nut van) het preventieve en bestraffende karakter van een eventuele schadevergoeding. Een recent vonnis van de rechtbank Amsterdam in de zaak van *X/BijlmerBajes Events* is daar een goed voorbeeld van.² Deze zaak en soortgelijke zaken, die in paragrafen 3 en 4 nader zullen worden belicht, vormen de aanleiding van deze bijdrage. De laatste jaren is er sprake van een toename van het aantal schadeclaims van fotografen wiens auteursrecht – meestal online – is geschonden.³ Steeds vaker zijn er geluiden hoorbaar dat zij hierdoor bijdragen aan het ontstaan van een claimcultuur waarin hoge schadevergoedingen voor kleine inbreuken de norm zijn. Daarom is het van belang stil te staan bij de huidige aanpak van kantonrechters: welke aanknopingspunten gebruiken zij bij de schadebegroting, en zijn er oplossingen denkbaar voor de huidige verschillen in benadering? Omdat het auteursrecht dient ter bescherming van zowel de exploitatierechten als de persoonlijkheidsrechten van de ma-

ker van een onstoffelijk object, is de onderliggende discussie of bij de schadebegroting gehanteerde uitgangspunten uit het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht eigenlijk wel geschikt zijn. Met name is het de vraag of het altijd toereikend is om, zoals gebruikelijk, een vergelijking te maken tussen de huidige situatie (na de auteursrechtinbreuk) en de situatie zoals die zou zijn geweest wanneer de schadeveroorzakende gebeurtenis (de inbreuk) niet zou hebben plaatsgevonden. In bepaalde gevallen zou een 'niet-compensatoire' verhoging aangewezen kunnen zijn. Daarnaast bestaat er onduidelijkheid over de toepassing van artikel 1019h Rv en de vraag wat in een dergelijke casus redelijke en evenredige proceskosten zijn.

In paragraaf 2 zal ik eerst het wettelijk kader voor de begroting van schade bij auteursrechtinbreuk toegespitst op fotografen schetsen.⁴ Vervolgens wordt in paragraaf 3 ingegaan op het vonnis in de zaak van *X/BijlmerBajes Events*, waarna ik in paragraaf 4 de schadebegroting door kantonrechters in de praktijk zal bespreken aan de hand van 21 vonnissen gewezen in 2019. In de conclusie vat ik mijn bevindingen samen.

2. Het wettelijk kader

2.1 Schadevergoedingsplicht en schadebegroting

Anders dan het begroten van de schade, is het vaststellen van de auteursrechtinbreuk meestal niet problematisch. Zo heeft de kantonrechter in alle vonnissen die in deze bijdrage aan bod komen geconcludeerd dat er inbreuk is gemaakt op het auteursrecht doordat foto's op een website zijn gepubliceerd zonder toestemming en meestal ook zonder naamsvermelding van de fotograaf.⁵ Van belang is dat de Auteurswet voor inbreuk geen opzet of kwade trouw vereist. Gedaagden verweren zich regelmatig door te stellen dat de schending van het auteursrecht, bijvoorbeeld door gebruik te maken van foto's gevonden op het internet, onbewust is gebeurd. Ook een onbewuste schending komt echter voor rekening en risico van de inbreukmaker, die onderzoek behoort te doen naar de herkomst van de foto's en toestemming behoort te verkrijgen van de auteur voor het gebruik ervan.⁶ Hoe nu verder wanneer door de rechter wordt vastgesteld dat sprake is van een auteursrechtinbreuk? Er zijn dan verschillende sancties mogelijk, uiteraard ex artikel

1 R.C. Meurkens is universitair docent privaatrecht aan de Universiteit Maastricht. Met dank aan Sam Renssen voor haar nuttige opmerkingen.

2 Rb. Amsterdam, 22 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2168, zaaknummer en rolnummer: 7143756V EXPL 18-17945 (*X/BijlmerBajes Events*). Deze uitspraak is niet gepubliceerd op Rechtspraak.nl maar wel te downloaden via ie-forum.nl, dossiernummer IEF 18336.

3 Deze toename van schadeclaims was een van de thema's van het IE-zomerforum 'Schuld en boete in het auteursrecht' gehouden op 27 juni 2019 te Amsterdam. Ook heeft het tv programma Radar in de uitzending van 21 januari 2019 aandacht besteed aan dit onderwerp, zie <https://radar.avrotros.nl/uitzendingen/gemist/item/flinke-schadeclaim-door-foto-op-internet/>. Overigens schreef Engelfriet al in 2015 over ten strijde trekkende fotografen, zie A.P. Engelfriet, 'Schadevergoeding bij online auteursrechtinbreuk: stand van zaken 2015', *AMI* 2015/5, p. 126.

4 Zie ook mijn eerdere bijdrage 'Schadebegroting bij auteursrechtinbreuk: opmerkingen naar aanleiding van het arrest MergenMetz/Cozzmoss', *IER* 2018/41 (p. 396-397).

5 Met uitzondering van de zaak van *X/BijlmerBajes Events* waar de foto op canvas werd afgedrukt en tentoongesteld.

6 Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland, 6 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:928, r.o. 4.4; Rb. Limburg, 6 maart 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:2046, r.o. 4.2; Rb. Overijssel, 19 maart 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1632, r.o. 4.2; Rb. Midden-Nederland, 3 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1500, r.o. 4.3.

3:296 BW afhankelijk van de vordering van eiser, waaronder een verbod en/of bevel, schadevergoeding en/of winstafdracht, verklaring voor recht dat een bepaald handelen (niet) onrechtmatig is, en rectificatie.⁷ Daarnaast kan de eiser bij winst op grond van artikel 1019h Rv de volledige proceskosten vorderen van de inbreukmaker. Hierna ligt de nadruk op de schadevergoedingsplicht van de inbreukmaker en de schadebegroting door de rechter, en zullen ook de proceskosten kort aan bod komen.

Schending van het auteursrecht kan onrechtmatig zijn wegens inbreuk op een subjectief (exclusief) recht in de zin van artikel 6:162 BW.⁸ Gebruik zonder toestemming van een exclusief recht door een ander zal in de regel een inbreuk op dit recht inhouden en dus onrechtmatig zijn.⁹ Dit leidt, wanneer aan alle voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan, tot schadeplichtigheid van de inbreukmaker. De voor vergoeding in aanmerking komende schade van de auteur bestaat op grond van artikel 6:95 BW in zowel vermogensschade – zijnde geleden verlies en gederfde winst – als ander nadeel (dat laatste voor zover de wet een nadere grondslag aanreikt). Dit volgt tevens uit artikel 13 van Richtlijn 2004/48/EC betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (hierna: IE-Handhavingsrichtlijn), waar als schadeposten worden genoemd de negatieve economische gevolgen, zoals winstderving, de onrechtmatige winst genoten door de inbreukmaker en andere elementen dan economische factoren, waaronder de immateriële schade van de auteur. Daarnaast mag bij de schadebegroting rekening worden gehouden met de kosten van de rechthebbende, bijvoorbeeld voor opsporing en onderzoek.¹⁰

De schadevergoeding moet, zoals voor iedere wettelijke schadevergoedingsplicht geldt, worden vastgesteld conform de normale regels van afdeling 6.1.10 BW. De belangrijkste grond voor het aansprakelijkheidsrecht is bescherming van de *status quo* en vermogensbescherming. Deze bescherming rechtvaardigt de verbintenis (de verplichting) tot betaling van schadevergoeding.¹¹ Het algemene uitgangspunt is dat de benadeelde door de schadevergoeding zoveel mogelijk wordt gebracht in de positie waarin hij zich zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis zou hebben bevonden. Dit betekent dat voor het vaststellen van de schade de situatie zonder schadeveroorzakende gebeurtenis dient te worden vergeleken met de situatie waarin deze gebeurtenis wel heeft plaatsgevonden. De strekking van de schadevergoedingsplicht is volledige vergoeding van de werkelijke geleden schade, waarmee meteen duidelijk wordt dat de

herstelfunctie van de schadevergoeding voorop staat.¹² Op grond van artikel 6:97 BW begroot de rechter de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Wanneer de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld dan dient deze te worden geschat. Deze uitgangspunten worden ook gehanteerd door kantonrechters wanneer zij de schade van een fotograaf wiens auteurs- en persoonlijkheidsrechten zijn geschonden begroten.¹³ De fotograaf kan doorgaans voldoende stellen om aannemelijk te maken dat hij als gevolg van de inbreuk schade heeft geleden. Daarvoor is immers slechts nodig dat hij met zijn foto's inkomsten genereert. Problematisch is wel dat de schade in dit soort zaken meestal niet exact is vast te stellen, doordat het onstoffelijke en ontastbare object van het auteursrecht zich nu eenmaal moeilijk op waarde laat schatten. Omdat de concrete vermogensschade zich niet goed laat identificeren, komt het wat betreft de methode van schadebegroting dan ook aan op abstracte schadebegroting. Bij deze wijze van begroting kijkt de rechter voor het vaststellen van de schade niet naar subjectieve (concrete) maar naar objectieve (abstracte) maatstaven.¹⁴ Van belang is hoe groot in het algemeen de schade is van iemand die in een gelijksoortige positie verkeert als de schuldeiser. Door abstracte schadebegroting wordt een efficiënte oplossing gegeven voor veel voorkomende gevallen, hetgeen in de regel tot een redelijk resultaat leidt en waarbij het doel nog steeds is om zoveel mogelijk de werkelijke waarde te vergoeden.¹⁵ In die zin wordt ook bij abstracte schadebegroting de situatie met schadeveroorzakende gebeurtenis vergeleken met de situatie waarin die gebeurtenis zich niet heeft voorgedaan.

In dit kader komen, afgezien van het algemene schadevergoedingsrecht in afdeling 6.1.10 BW, ook twee bepalingen uit de Auteurswet in beeld.¹⁶ Op grond van artikel 27, lid 1, Auteurswet is de rechthebbende bevoegd schadevergoeding te vorderen van de inbreukmaker. Volgens lid 2 van hetzelfde artikel kan de rechter in passende gevallen de schadevergoeding vaststellen als een forfaitair bedrag, hetgeen een nadere invulling is van de abstracte begrotingswijze.¹⁷ Dit kan bijvoorbeeld op basis van de licentie-

7 F.W. Grosheide, *Intellectuele eigendom* (Monografieën BW), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 71; E.M.M. Schievelde & P.E. de Jonge, *Handboek Recht voor de culturele sector 2018*, par. 1a.10.
8 F.W. Grosheide, *Intellectuele eigendom* (Monografieën BW), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 65.
9 T. Hartlief c.s., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 33.
10 Richtlijn 2004/48/EC, overweging 26 van de considerans. Vgl. art. 6:96, lid 2, BW.
11 T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer: Kluwer 1997, p. 16.

12 Asser/Sieburgh 6-II, *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 11, 31-32; S.D. Lindenberg, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën BW), Deventer: Kluwer 2014, p. 17; T. Hartlief c.s., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 259.
13 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam, 15 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1930, r.o. 8.
14 Asser/Sieburgh 6-II, *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 35.
15 T. Hartlief c.s., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 274, 276.
16 De Nederlandse wetgeving is in lijn met de IE-Handhavingsrichtlijn. De concrete berekeningsmethode van art. 13, lid 1, onder a van de Richtlijn is niet afzonderlijk omgezet omdat daarin al was voorzien door afdeling 6.1.10 BW, terwijl de forfaitaire vergoeding van art. 13, lid 1, onder b in 2007 is ingevoerd in art. 27, lid 2, Auteurswet (en andere Nederlandse IE-wetten). De winstafdracht van art. 27a, lid 1 Auteurswet werd al in 1989 ingevoerd, maar is tevens terug te vinden in genoemd sub a. Zie R.C. Meurkens, 'Schadebegroting bij auteursrechtinbreuk: opmerkingen naar aanleiding van het arrest MergenMetz/Cozzmoss', *IER* 2018/41 (p. 396).
17 A.P. Engelfriet, 'Schadevergoeding bij online auteursrechtinbreuk: stand van zaken 2015', *AMI* 2015/5, p. 126.

vergoeding die de inbreukmaker had moeten betalen als hij toestemming had gevraagd om het auteursrecht te gebruiken, wat in de praktijk – bijvoorbeeld als het gaat om foto's – gebruikelijk is, maar ook andere aanknopingspunten mogen worden gebruikt.¹⁸ Bij 'andere aanknopingspunten', die niet met zoveel woorden in wet en memorie van toelichting worden genoemd, kan men in het geval van een online inbreuk bijvoorbeeld denken aan gedeelde advertentie-inkomsten voor online adverteren. Dit aanknopingspunt werd vrij recent door het hof Arnhem-Leeuwarden in plaats van de licentievergoeding gebruikt in het arrest *MergenMetz/Cozzmoss*.¹⁹

Daarnaast voorziet artikel 27a, lid 1, Auteurswet in afdracht van winst door de inbreukmaker. Door fotografen wiens auteursrecht is geschonden wordt, voor zover ik heb kunnen nagaan in het voor deze bijdrage bestudeerde materiaal, over het algemeen geen winstafdracht gevorderd. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de rechthebbende de winstafdracht kan vorderen 'naast' schadevergoeding. Dit betekent volgens de Hoge Raad dat de rechthebbende een keuze kan maken tussen schadevergoeding en winstafdracht, maar geen aanspraak heeft op beide.²⁰

Zoals Lindenbergh eerder heeft opgemerkt in het kader van de inbreuk op de persoonlijkheidsrechten ex artikel 25 Auteurswet, laat de kantonrechter ook in de voor deze bijdrage bestudeerde vonnissen bij de beoordeling vaak in het midden of de schadevergoeding dient ter compensatie van vermogensschade en/of ander nadeel.²¹ Ook de verschillende in de literatuur genoemde varianten of type schadeposten die door inbreuk op het auteursrecht kunnen ontstaan worden zelden met zoveel woorden genoemd, met als belangrijkste uitzondering de gedeelde licentievergoeding omdat de fotograaf zijn vordering daar gewoonlijk op baseert.²² In plaats daarvan wordt de schadevergoeding in de meeste gevallen vastgesteld aan de hand van in de branche gebruikelijke tarieven, omdat die tarieven een reëel aanknopingspunt kunnen vormen voor de licentievergoeding die de inbreukmaker had moeten betalen als hij toestemming had gevraagd om het auteursrecht te gebruiken.²³

2.2 Door kantonrechters veelgebruikte aanknopingspunten bij de schadebegroting

Voor de schadebegroting wordt door fotografen en kantonrechters meestal aansluiting gezocht bij de tarieven-

lijst 2015 van de Stichting FotoAnoniem (hierna: SFA).²⁴ Deze stichting geeft gebruikers die een fotograaf niet kunnen traceren de mogelijkheid om de foto toch te publiceren, door tegen betaling van een licentievergoeding een vrijwaring af te geven. De uitvoering van werkzaamheden voor de stichting wordt gedaan door Stichting Pictoright, een auteursrechtenorganisatie voor visuele makers in Nederland die zorgt voor de inning en verdeling van collectieve en individuele vergoedingsrechten van aangeslotenen.²⁵ In de tarievenlijst worden aan allerlei categorieën verschillende bedragen gekoppeld, afhankelijk van bijvoorbeeld de grootte van de foto, alsmede de vorm (krant, tijdschrift, brochures, boeken, Nederlandse of internationale websites, etc.) en oplage van de publicatie. Ook worden er in de lijst verhogingen en kortingen toegepast, zoals een verhoging van 100% wanneer de foto verschijnt op de omslag van een boek, en een korting van 25% voor webpagina's die 1 niveau dieper liggen dan de openingpagina van de website.

Aangezien de tarievenlijst van SFA door kantonrechters veel wordt gebruikt is het voor de praktijk van belang dat de stichting in augustus 2019, na raadpleging van een klankbordgroep bestaande uit fotografen en vertegenwoordigers uit de beroepsgroep, een nieuwe tarievenlijst heeft gepubliceerd. Op haar website vermeldt SFA dat de tarieven conform jurisprudentie zijn, in de afgelopen 30 jaar hun rechtvaardigheid hebben bewezen, en regelmatig worden getoetst bij makers en instituties. Ten aanzien van de publicatie van foto's op het internet is er ten opzichte van de tarievenlijst 2015 het een en ander gewijzigd. Zo wordt er in de nieuwe tarievenlijst geen onderscheid meer gemaakt tussen websites met een internationale domeinnaam, met een.nl domeinnaam of zonder eigen domeinnaam. Wel zijn er nu, anders dan in de tarievenlijst 2015, verschillende tarieven ingevoerd voor 'bedrijven en instellingen' (€ 360,00 per jaar), 'cultureel en educatief' (€ 180,00 per jaar), en 'internet particulieren' (€ 90,00 per jaar). Deze tarieven gelden voor maximaal 100.000 pageviews per jaar. Per 100.000 pageviews per maand extra geldt een opslag van 10%, en bij gebruik van de foto voor logo's en huisstijl geldt een opslag van 100%. De verschillende tarieven voor verschillende maten (in pixels) van de foto's zijn uit de lijst verdwenen: de nieuwe tarieven zijn van toepassing op de standaardmaat (72dpi / 600x800 pixels). Ook gelden de nieuwe tarieven voor de duur van een jaar, en worden er geen tarieven meer gegeven per week, maand, kwartaal etc. De tarievenlijst 2019 is naar mijn idee overzichtelijker dan de lijst uit 2015, hetgeen denk ik aangeeft dat ook de beroepsgroep zelf behoefte had aan meer duidelijkheid en 'simpelere' tarieven. Tevens wordt in een aantal van de bestudeerde vonnissen uit 2019 door eiser aansluiting gezocht bij de algemene voorwaarden van de beroepsorganisatie voor professionele fotografen DuPho (voorheen de FotografenFedera-

18 Art. 13, lid 1, onder b, IE-Handhavingsrichtlijn; *Kamerstukken II 2005/06*, 30392, 3, p. 27.

19 Hof Arnhem-Leeuwarden, 11 juli 2017, zaaknummer 200.137.649 (*MergenMetz/Cozzmoss*). Zie ie-forum.nl, dossiernummer IEF 16965.

20 HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5519, NJ 2000/489 (*Danestyle/HBS*); D.W.F. Verkade, 'Artikel 27a Auteurswet', Tekst en Commentaar Intellectuele Eigendom, 6^e druk.

21 S.D. Lindenbergh, *Groene Serie Schadevergoeding 2018*, art. 6:96 BW, aant. 4.3.3. In de vordering van eiser wordt dit onderscheid overigens wel vaker gemaakt, zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam, 22 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2168 (*X/BijlmerBajes Events*), r.o. 2.2.

22 J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht: Auteursrecht, portretrecht, naburige rechten en databankenrecht* (Recht en Praktijk Intellectuele Eigendom IE2), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 11.17; S.D. Lindenbergh, *Groene Serie Schadevergoeding 2018*, art. 6:96 BW, aant. 4.2.1.

23 Spoor c.s., par. 11.17.

24 Zie <https://fotoanoniem.nl/tarievenlijst-fotoanoniem/>.

25 Spoor c.s., par. 10.22. Zie www.pictoright.nl.

tie).²⁶ In het verleden is bepaald dat deze algemene voorwaarden – ook al zijn ze niet van toepassing omdat ze (bij een inbreuk) niet contractueel zijn overeengekomen – een rechtens aanvaardbaar en geaccepteerd uitgangspunt vormen voor begroting van de schade.²⁷ Ook worden soms als aanknopingspunt gebruikt de tarieven op de eigen website van de fotograaf, en de Richtprijzen Nederlandse Vakfotografie.²⁸ De laatstgenoemde richtprijzen die in het verleden werden verstrekt door de FotografenFederatie werden voorheen vaak gehanteerd door fotografen, maar zijn sinds 2004 verboden door de Autoriteit Financiële Markten omdat werd gevreesd voor verboden prijsafspraken.²⁹ Waarschijnlijk ook om deze reden wordt tegenwoordig in de meeste gevallen verwezen naar de hiervoor genoemde tarieven van SFA.

2.3 De toepassing van artikel 1019h Rv

Artikel 1019h Rv implementeert artikel 14 IE-Handhavingsrichtlijn: in procedures inzake de handhaving van intellectuele eigendomsrechten moeten de proceskosten van de in het gelijk gestelde partij in beginsel door de in het ongelijk gestelde partij worden vergoed. Dit betekent niet dat de verliezende partij noodzakelijkerwijs alle proceskosten van de andere partij moet dragen, maar wel dat de laatste recht heeft op vergoeding van minstens een significant en passend deel van de redelijke kosten die zij daadwerkelijk heeft gemaakt.³⁰ Volgens de memorie van toelichting verplicht artikel 14 IE-Handhavingsrichtlijn tot een ‘ruime proceskostenveroordeling’ van de verliezende partij. De rechter zal bij de proceskostenveroordeling moeten toetsen aan de redelijkheid en billijkheid. Bij inbreuken te goeder trouw ligt een beperking van de proceskostenveroordeling bijvoorbeeld meer voor de hand dan bij grootschalige namaak of piraterij. Voor inbreuken die ‘daartussen liggen’, moet de rechter beoordelen wat redelijke en evenredige proceskosten zijn en daarbij rekening houden met de specifieke ken-

merken van elk afzonderlijk geval, waaronder de aard van de inbreuk.³¹ De rechtspraak heeft voor IE-zaken indicatietarieven gemaakt om de redelijkheid en evenredigheid van proceskosten te kunnen beoordelen.³²

In procedures waarin sprake is van een onrechtmatige inbreuk op het auteursrecht van een fotograaf zal de inbreukmaker dus in beginsel niet alleen aan zijn schadevergoedingsplicht moeten voldoen, maar ook (een gedeelte van) de proceskosten van de fotograaf moeten vergoeden. De dreiging die uitgaat van een volledige proceskostenveroordeling zou ertoe leiden dat dit soort zaken vaker wordt geschikt en inbreukmakers ervoor kiezen dan maar gewoon vrijwillig te betalen.³³ In de procespraktijk zijn de toegewezen proceskosten echter redelijk en evenredig in de zin van artikel 1019h Rv omdat de kantonrechter deze kan matigen, begroten op (een gedeelte van) het indicatietarief, of compenseren in die zin dat partijen hun eigen kosten dragen.³⁴ Dit is volgens mij niet anders in de voor deze bijdrage bestudeerde vonnissen uit 2019, waarin ik wat betreft de proceskostenveroordeling geen bijzonderheden zoals excessieve bedragen ben tegengekomen. In het geval de door eiser gevorderde kosten toch buitensporig blijken te zijn, hoeft de kantonrechter deze nog niet toe te wijzen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een van de vonnissen waarin een bedrag van € 12.920,51 aan kosten wordt gevorderd en waarover de kantonrechter het volgende zegt:³⁵

‘Het auteursrecht is ervoor bedoeld om aan auteurs van werken een gerechtvaardigde vergoeding te geven voor het vervaardigde werk. Het is er niet voor het op deze wijze opdrijven van een vergoeding voor de gemachtigden, wat ook niet in het belang van de auteursrechthebbende is. Dat een door [eiseres] met haar mobiel gemaakte foto tijdens een uitvoering, waarvan zij zelf meent dat een vergoeding van € 426,00 afdoende is, tot een zo hoge kostenpost leidt, is niet te rechtvaardigen. Gelet op de hoogte van de vordering, de complexiteit van de zaak en de aard van de werkzaamheden was een vergoeding overeenkomstig het kantonliquidatietarief gebaseerd op de hoogte van de vordering als redelijke en evenredige gerechtskosten overigens eerder op zijn plaats geweest.’

Omdat partijen over en weer deels in het ongelijk zijn gesteld, zijn in deze zaak de kosten gecompenseerd zodat iedere partij de eigen kosten draagt.

26 Bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland, 20 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:630, r.o. 4.10; Rb. Amsterdam, 26 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2267, r.o. 10. Overigens ging de kantonrechter in beide uitspraken niet mee in de vordering van eiser om de schadevergoeding op deze algemene voorwaarden te baseren. Zie voor de algemene voorwaarden www.dupho.nl. Art. 9.2 van de algemene voorwaarden luidt: ‘Bij inbreuk komt de Fotograaf een vergoeding toe ter hoogte van tenminste 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 (waaronder begrepen het recht op vergoeding van alle directe en indirecte schade en alle daadwerkelijke gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten).’

27 Zie Rb. Maastricht, 15 april 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BI1157, waarnaar verwezen door S.D. Lindenbergh, Groene Serie Schadevergoeding 2018, art. 6:96 BW, aant. 4.2.6.5. Vgl. A.R. Lodder & M. van der Linden-Smith, *Jurisprudentie Internetrecht 2009-2015*, 2015, par. 11.1.0, die aangeven dat er bij een inbreuk geen overeenkomst tot stand is gekomen waardoor de algemene voorwaarden dus niet van toepassing zijn.

28 Zie bijvoorbeeld Rb. Limburg, 6 maart 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:2046, r.o. 4.6; Rb. Amsterdam, 14 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4334, r.o. 4.8.

29 Zie <https://www.dupho.nl/kennisbank-ondernemen/marketing/prijs/>; K.E. Sandvliet & A.P. Engelfriet, ‘Vaststellen van schade bij online auteursrechtinbreuk’, *AMI* 2012/5, p. 206.

30 C.J.J.C. van Nispen, ‘Artikel 1019h Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering’, Tekst en Commentaar Intellectuele Eigendom, 6^e druk, die verwijst naar HvJ EU, 18 oktober 2011, C-406/09, *NJ* 2012/19 (*RealChemie/Bayer*) en HvJ EU, 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *BIE* 2016/35 (*United Video/Telenet*).

31 *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3, p. 26; Richtlijn 2004/48/EC, overweging 17 van de considerans.

32 De geldige indicatietarieven (versie 1 april 2017) zijn te raadplegen via Rechtspraak.nl.

33 D.J.G. Visser, ‘Kroniek van de Intellectuele Eigendom’, *NJB* 2012/15 (p. 884); K.E. Sandvliet & A.P. Engelfriet, ‘Vaststellen van schade bij online auteursrechtinbreuk’, *AMI* 2012/5, p. 208.

34 A.P. Engelfriet, ‘Schadevergoeding bij online auteursrechtinbreuk: stand van zaken 2015’, *AMI* 2015/5, p. 129.

35 Rb. Amsterdam, 15 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1930, r.o. 12.

2.4 **Kritiek op het huidige systeem van schadebegroting**

De kritiek op de huidige manier van schadebegroting door kantonrechters komt er volgens een aantal auteurs op neer dat gevorderde schadeclaims ‘als arbitrair en zelfs exorbitant worden ervaren’,³⁶ en ‘dat er eigenlijk in de rechtspraak helemaal geen goede juridische onderbouwing is van wat een rechtens aanvaardbaar en geaccepteerd uitgangspunt vormt om de schade te begroten’.³⁷ Met name de opslagen in de vorm van een percentage van de licentievergoeding – waarover meer in paragraaf 3 en 4 – die naast de licentievergoeding worden toegewezen zouden ontoelaatbaar zijn en niet passen in het systeem van het Nederlandse schadevergoedingsrecht. Zo zijn Spoor c.s. kritisch over het begroten van schade aan de hand van de gedeerde licentievergoeding, omdat dit niet altijd in overeenstemming is met het beginsel dat de werkelijk geleden schade moet worden vergoed, en tevens aan de schuldeiser een keuzerecht geeft om de voordeligste wijze van schadebegroting te kiezen.³⁸ In het bijzonder zijn zij kritisch over verhogingen die worden toegepast voor het geval men vooraf geen vergoeding overeengekomen was, wat doorgaans het geval is bij een auteursrechtinbreuk, omdat dit soort verhogingen vergelijkbaar zijn met ‘eenzijdig geproclameerde boetes’ waarvoor geen grondslag is te vinden in ons wettelijk systeem. In dit verband stellen zij dan ook dat een punitieve schadevergoeding aan het Nederlandse schadevergoedingsrecht vreemd is.³⁹ Ook door sommige kantonrechters wordt het inzetten van schadevergoeding als preventiemiddel onwenselijk geacht:⁴⁰

‘De kantonrechter acht het in ieder geval niet haar taak om door verhoging van de schadevergoeding het onaantrekkelijk te maken om foto’s illegaal te gebruiken omdat anders een gebruiker van auteursrechtelijk beschermd werk achteraf alsnog het gangbare tarief zou kunnen betalen en dan niet slechter af zou zijn dan als hij toestemming zou hebben gevraagd. De schadevergoeding, zoals geregeld in artikel 27 Auteurswet en artikel 6:95 BW en verder, geeft die ruimte niet. Voor generale preventie is het civiele recht niet bedoeld. Artikel 31 en verder [strafrechtelijke bepalingen in de Auteurswet] voorziet hierin.’

Hetzelfde geldt voor een schadevergoeding als bestraffing:⁴¹

‘Een verhoging van de licentievergoeding wegens ontbreken van toestemming voor plaatsing van de foto’s past niet in het systeem van het Nederlandse schadevergoedingsrecht bij onrechtmatige daad. Dat systeem gaat uit van een reële schadevergoeding in het individuele geval. Een vorm van schadevergoeding als middel van genoegdoening (ook wel *punitive damages* genoemd) kent het Nederlandse rechtstelsel niet. In zoverre zal de vordering van [eiser] dan ook worden afgewezen.’

De hier genoemde kritiek is het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht niet vreemd. Over de functies van het schadevergoedingsrecht is veel geschreven, en de consensus is dat de vergoedingsfunctie, ofwel de hiervoor genoemde herstellfunctie, veruit de belangrijkste is.⁴² Daarnaast worden de volgende (neven)functies genoemd: schadespreiding en kostenallocatie, waarheidsvinding, erkenning en genoegdoening, preventie en bestraffing. Met name over (de noodzaak en het nut van) de preventieve en bestraffende functie van geldelijke sancties bestaat veel discussie.⁴³ Het systeem van ons schadevergoedingsrecht is daar volgens tegenstanders – kort gezegd – niet voor bedoeld en niet op ingericht. Voorstanders van een gerichte inzet van een punitieve sanctie, onder wie ikzelf, zijn van mening dat een verhoging van de schadevergoeding in sommige gevallen van opzettelijk, calculerend of ernstig wangedrag wel degelijk zinvol kan zijn. Ten aanzien van auteursrechtinbreuken kan men bijvoorbeeld denken aan het op grote schaal commercieel profiteren van andermans werk, aangezien het auteursrecht de exploitatie van werk beschermd.⁴⁴ Maar ook in meer algemene zin vraagt het intellectuele eigendomsrecht om een pittig handhavingsregime. Juist omdat de aard van de schade (ontastbaar, moeilijk op waarde te schatten) en de aard van de inbreuk (vaak calculerend, opzettelijk) daar soms toe noopt en andere handhavingsmechanismen onvoldoende prikkelen, heeft de benadeelde mijns inziens sneller recht op meer dan de licentievergoeding. Het gaat dan om een verhoging die bestraffing van de inbreukmaker, preventie van soortgelijk onrechtmatig gedrag, en genoegdoening van de rechthebbende wenst te realiseren. Volgens Grosheide zijn dit inderdaad, naast het goedmaken van geleden schade, de doelstellingen van sanctionering in het kader van auteursrechtinbreuk.⁴⁵ Daarbij speelt denk ik ook een rol dat het voor (professionele) fotografen, schrijvers, en andere makers die door het auteursrecht worden beschermd, zeker in de huidige tijd van internet, *social me-*

36 K.E. Sandvliet & A.P. Engelfriet, ‘Vaststellen van schade bij online auteursrechtinbreuk’, *AMI* 2012/5, p. 204.
 37 A.R. Lodder & M. van der Linden-Smith, *Jurisprudentie Internetrecht 2009-2015*, 2015, par. 11.1.0.
 38 Spoor c.s., par. 11.17. Op dezelfde wijze Asser/Sieburgh 6-II, *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 36.
 39 Spoor c.s., par. 11.17.
 40 Rb. Limburg, 6 maart 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:2046, r.o. 4.8. Vgl. S.D. Lindenbergh, Groene Serie Schadevergoeding 2018, art. 6:96 BW, aant. 4.2.6.4.1, die verwijst naar Rb. Amsterdam, 30 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY2617, r.o. 27, waarin de kantonrechter juist wel driemaal de licentievergoeding toewijst, omdat nu er voor de auteur sprake is van verlies aan exclusiviteit en vermindering van exploitatiemogelijkheden, het niet aantrekkelijk gemaakt moet worden voor inbreukmakers om na de inbreuk alsnog een schadevergoeding in de vorm van eenmaal de licentievergoeding te betalen, en dan niet slechter af te zijn dan wanneer van tevoren toestemming was gevraagd.

41 Rb. Amsterdam, 3 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:318, r.o. 4.7.
 42 Onder meer T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer: Kluwer 1997, p. 17.
 43 Zie mijn proefschrift, R.C. Meurkens, *Punitive Damages: The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, Deventer: Kluwer, p. 2014.
 44 R.C. Meurkens, ‘Schadebegroting bij auteursrechtinbreuk: opmerkingen naar aanleiding van het arrest MergenMetz/Cozzmoss’, *IER* 2018/41 (p. 400).
 45 F.W. Grosheide, *Intellectuele eigendom* (Monografieën BW), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 65.

dia (op Instagram bijvoorbeeld worden naar het schijnt wereldwijd gemiddeld 80 miljoen (!) foto's per dag geplaatst)⁴⁶ en kopieergedrag, lastig zo niet onmogelijk is geworden om met hun werk een inkomen te genereren.⁴⁷ Wanneer de rechter aan een fotograaf die een schadeclaim eist alleen de licentievergoeding toewijst, waardoor de inbreukmaker die illegaal een foto gebruikt eigenlijk niet slechter af is dan wanneer hij vooraf toestemming had gekregen om de foto te gebruiken, blijft het inderdaad aantrekkelijk en gemakkelijk om inbreuk te maken op het auteursrecht. Gelet op de beschermingsgedachte van het auteursrecht, lijkt het mij anders dan de kantonrechter in de zojuist aangehaalde uitspraak suggereert, wel een taak van de rechter om hier een stokje voor te steken. In paragraaf 4.3 zal ik hier nog nader op ingaan.

Juist omdat het fotograferen moeilijk wordt gemaakt om hun werk te exploiteren, is een harde aanpak van inbreukmakers aangewezen. Het is dan wel van belang dat de rechter een eventuele verhoging van de schadevergoeding alleen op gerichte wijze inzet wanneer de omstandigheden van het specifieke geval daar redelijkerwijs om vragen. Exorbitante schadevergoedingen zijn in het algemeen niet wenselijk omdat daar mogelijk een 'chilling effect' van uitgaat waardoor ook rechtmatig gebruik van foto's wordt ontmoedigd. Het gebruik van foto's mag soms namelijk zonder toestemming, bijvoorbeeld ten behoeve van een citaat ex artikel 15a Auteurswet. De balans tussen bescherming van het individu (de auteursrechthebbende) en het publiek (de vrijheid van meningsuiting) die de Auteurswet met dergelijke uitzonderingen beoogt te waarborgen moet in het oog worden gehouden. Het ligt dan ook voor de hand om hogere schadevergoedingen in het belang van de rechtshandhaving alleen in te zetten in geval van flagrante auteursrechtinbreuken.

3. De zaak van X tegen BijlmerBajes Events

Het vonnis van de kantonrechter (rechtbank Amsterdam) in deze zaak geeft goed weer hoe de schadebegroting bij inbreuk op het auteursrecht van een fotograaf in zijn werk kan gaan. Daarom volgt hier ter illustratie een overzicht van dit vonnis, waarbij de nadruk op de beoordeling van de verschillende schadeposten ligt. Ook de belangrijkste grondslagen waarop een opslag in de vorm van een percentage van de licentievergoeding kan worden gebaseerd komen daarbij aan bod.

3.1 De feiten

Deze uitspraak gaat over een fotograaf van bekende Nederlanders die een eigen website exploiteert om zijn foto's op te plaatsen. De gedaagde is BijlmerBajes Events, een eenmanszaak die activiteiten organiseert in de voormalige gevangenis Over Amstel, ook wel bekend als de Bijlmer Bajes. In dit gebouw heeft BijlmerBajes Events foto's opge-

hangen van personen die er ooit gedetineerd waren, waaronder een door eiser gemaakte en op zijn website geplaatste foto van persoon X. De foto is door BijlmerBajes Events van een andere, door een derde beheerde website gehaald, waar deze zonder naamsvermelding was opgenomen, en vervolgens op canvas afgedrukt en opgehangen. Daarnaast is de foto zichtbaar in een documentaire over de Bijlmer Bajes die is te zien via de website van NPO3, en in een promotiefilmpje van BijlmerBajes Events dat via twee andere websites openbaar is gemaakt.

Eiser heeft gedaagde eerst aangeboden de zaak buitengerechtelijk af te doen tegen betaling van een bedrag van € 5.000,00. Daarop heeft BijlmerBajes Events gereageerd dat de foto, nadat deze er negen maanden heeft gehangen, is verwijderd en dat zij aanvankelijk niet wist maar thans erkent dat zij toestemming had moeten vragen voor het gebruik van de foto. Ook vindt zij het genoemde schadebedrag veel te hoog, en stelt in plaats daarvan een bedrag van € 250,00 voor. Eiser gaat daarmee niet akkoord, en heeft vervolgens het schadebedrag verlaagd naar € 3.750,00, waarop BijlmerBajes Events wederom afwijzend heeft gereageerd. BijlmerBajes Events is toen per brief gesommeerd om een bedrag van € 5.895,00 te betalen, bestaande uit € 1.250,00 aan gederfde licentievergoeding voor de duur van een jaar, een opslag van € 3.750,00 voor publicatie van de foto zonder toestemming, het ontbreken van een naamsvermelding, en verminking van het werk (aansnijden of 'croppen' van de foto), alsmede € 895,00 aan juridische kosten. BijlmerBajes Events vond ook deze schadevergoeding, indien er al sprake zou zijn van een auteursrechtinbreuk, niet reëel, en heeft aan eiser een bedrag van € 300,00 overgemaakt.

3.2 De vordering

Naast verklaringen voor recht dat BijlmerBajes Events inbreuk heeft gemaakt op de auteurs- en persoonlijkheidsrechten van de fotograaf, vordert deze een verbod om de foto openbaar te maken en/of te verspreiden zonder toestemming. Ook vordert hij een veroordeling in de werkelijk gemaakte proceskosten ad € 2.990,00 en een schadevergoeding van € 4.264,00 wegens inbreuk op zijn auteursrechten. Ter onderbouwing van het schadebedrag voert eiser aan dat BijlmerBajes Events door de auteursrechtinbreuk, zijnde het zonder toestemming verveelvoudigen en openbaar maken van de foto, onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld. Dit brengt volgens hem materiële en immateriële schade toe, aangezien er afbreuk aan de exclusiviteit van de foto wordt gedaan. De door hem gevorderde schadevergoeding bestaat uit een gederfde licentievergoeding van € 1.066,00, die is gebaseerd op de tarievenlijst 2015 van SFA.⁴⁸ Daarnaast vordert eiser driemaal een opslag gelijk aan de licentievergoeding, namelijk voor het publiceren zonder toestemming, het niet vermelden van zijn naam en het aansnijden van de foto.

⁴⁶ <https://www.ttmcommunicatie.nl/nieuws/instagram-de-cijfers-die-je-moet-weten/>.

⁴⁷ A.R. Lodder & M. van der Linden-Smith, *Jurisprudentie Internetrecht 2009-2015*, 2015, par. 11.1.0.

⁴⁸ Dit bedrag bestaat uit € 623,00 voor het gebruik van een foto van 60 bij 80 cm bij een point of sale, en € 443,00 voor het gebruik van de foto voor reclame/PR in een AV-productie.

3.3 De beoordeling

Om te beginnen heeft de kantonrechter in deze zaak geconcludeerd dat het zonder toestemming en zonder naamsvermelding gebruiken van de foto door BijlmerBajes Events een auteursrechtinbreuk oplevert die onrechtmatig is jegens de fotograaf.⁴⁹ De door de fotograaf gevorderde verklaringen voor recht ten aanzien van de schending van auteurs- en persoonlijkheidsrechten, alsmede het verbod tot openbaarmaking en verspreiding van de foto zonder zijn toestemming worden dan ook toegewezen.

Door de onrechtmatige auteursrechtinbreuk ontstaat er voor BijlmerBajes Events een schadevergoedingsplicht. Ten aanzien van de hoogte van de schadevergoeding maakt de kantonrechter onderscheid tussen a) gemiste licentie-inkomsten, b) opslag wegens ontbreken toestemming, c) opslag wegens ontbreken naamsvermelding, en d) opslag wegens verminking werk.⁵⁰ De beoordeling van deze schadeposten zal hierna in die volgorde worden behandeld.

a. Gemiste licentie-inkomsten

Voor het bepalen van de hoogte van de schade wegens gemiste licentie-inkomsten sluit de kantonrechter, zoals gebruikelijk is in dit soort zaken, aan bij het bedrag dat BijlmerBajes Events aan de fotograaf had moeten betalen indien er wel toestemming was gegeven voor het gebruik van de foto. De in de vordering gehanteerde tarieven van SFA (tarievenlijst 2015) zijn volgens de kantonrechter echter geen juist uitgangspunt. In plaats daarvan kiest de kantonrechter voor een lager tarief uit de lijst (€ 56,00 per maand) in een andere categorie (tentoonstellingen/hanggelden). Dit bedrag wordt vermenigvuldigd met 9 voor het aantal maanden dat de foto in de Bijlmer Bajes heeft gehangen, waardoor het schadebedrag uitkomt op € 504,00 (aanzienlijk lager dan de gevorderde licentievergoeding van € 1.066,00). Volgens de kantonrechter kan BijlmerBajes Events niet worden aangesproken voor het openbaar maken van de foto in de documentaire, aangezien zij niet de maker van de documentaire is.

b. Opslag wegens ontbreken toestemming

Volgens de kantonrechter bestaat er geen contractuele of wettelijke grondslag voor de gevorderde opslag van € 1.066,00 in verband met het zonder toestemming openbaar maken en verveelvoudigen van de foto, nu de argumentatie voor deze opslag is dat hierdoor potentiële inbreukmakers ervan worden weerhouden om inbreuk te maken op het auteursrecht. Een dergelijke opslag heeft een punitief karakter en dat past, naar het oordeel van de kantonrechter, 'niet in het systeem van het Nederlands schadevergoedingsrecht bij onrechtmatige daad, dat uitgaat van toekenning van een reële schadevergoeding in een individueel geval'.⁵¹ De kantonrechter volgt daarmee het verweer van BijlmerBajes Events dat deze opslag een punitief karakter heeft en

in de jurisprudentie wordt aangemerkt als boete, hetgeen op zichzelf weer aansluit bij de hierboven in paragraaf 2.4 genoemde kritiek op het huidige systeem van schadebegroting. Zoals daar opgemerkt is de discussie over het punitieve karakter, of de eventuele behoefte daaraan, van schadevergoeding bij auteursrechtinbreuk al veel langer gaande.

c. Opslag wegens ontbreken naamsvermelding

Wat betreft het ontbreken van de naamsvermelding op de foto, voert BijlmerBajes Events aan dat zij de foto zonder naamsvermelding van een door een derde beheerde website heeft gehaald en daarom niet op de hoogte was van de maker. Volgens de kantonrechter komt dit echter voor haar risico, waardoor het redelijk is om een opslag van 25% te hanteren als vergoeding voor de geleden schade vanwege misgelopen naamsbekendheid. Dit komt neer op € 125,00 (25% van €500,00),⁵² wat aanzienlijk lager is dan de gevorderde vergoeding van € 1.066,00 wegens ontbreken van de naamsvermelding.

d. Opslag wegens verminking werk

De fotograaf claimt tevens schade te hebben geleden wegens het aansnijden van de foto, en vordert ook om die reden een opslag ter hoogte van de gederfde licentievergoeding (€ 1.066,00). Opnieuw verweert BijlmerBajes Events zich door te stellen dat niet zij maar de door een derde beheerde website de foto heeft bewerkt. Ook dit komt volgens de kantonrechter echter voor risico van BijlmerBajes Events. Toch wordt de schadevergoeding (net als de verklaring voor recht) op dit punt afgewezen, omdat door de fotograaf onvoldoende is gesteld dat door het bewerken sprake is van verminking, vervorming of andere aantasting van zijn werk. Evenmin is gesteld dat hierdoor nadeel is toegebracht aan de eer of goede naam van de fotograaf of aan zijn waarde in deze hoedanigheid. Hieruit leid ik af dat indien ten aanzien hiervan wel voldoende was gesteld, een schadevergoeding op dit punt door de kantonrechter was toegewezen. De fotograaf zal dan voldoende kennis in huis moeten hebben over hoe verminking etc. van fotomateriaal in zijn werk gaat.

3.4 De beslissing

Zoals hierboven aangegeven worden de verklaringen voor recht ten aanzien van de schending van auteurs- en persoonlijkheidsrechten, alsmede het verbod tot openbaarmaking en verspreiding van de foto zonder zijn toestemming toegewezen. De gevorderde schadevergoeding ad € 4,264,00 wordt aanzienlijk verlaagd: de kantonrechter begroot de schade op € 625,00 (€ 500,00 voor gemiste licentie-inkomsten plus een opslag van € 125,00 wegens ontbreken naamsvermelding), waarop de € 300,00 die reeds door BijlmerBajes Events aan de fotograaf is betaald in mindering moet worden gebracht. Tot slot compenseert de kantonrechter de proceskosten tussen partijen. In plaats van de gevorderde volledige proceskostenveroordeling moet iedere partij zijn eigen kosten dragen, omdat de zaak in de kern vooral over

49 Zie r.o. 2.6-2.17. De inhoudelijke beoordeling en de door BijlmerBajes Events gevoerde verweren ten aanzien van de auteursrechtinbreuk zal ik hier achterwege laten.

50 R.o. 2.18-2.31.

51 R.o. 2.24.

52 De door de kantonrechter berekende schade wegens gemiste licentie-inkomsten (ad a.) die kennelijk wordt verlaagd van € 504,00 naar € 500,00.

de hoogte van de schadevergoeding is gegaan en de gevorderde vergoeding uiteindelijk maar voor een zeer klein deel is toegewezen.

3.5 Een voor de huidige praktijk illustratief vonnis

Dit vonnis is illustratief voor de huidige praktijk, omdat de kantonrechter naast een bedrag aan gedeelde licentievergoeding – gebaseerd op de tarievenlijst 2015 van SFA – een opslag als onderdeel van de schadevergoeding geoorloofd acht. In dit geval betreft de opslag 25% van de toegewezen licentievergoeding als vergoeding voor de schade die is ontstaan door het ontbreken van de naamsvermelding. Zoals in de volgende paragraaf zal blijken volgen anno 2019 verschillende kantonrechters dit voorbeeld. Wel valt op dat de kantonrechter in het onderhavige vonnis geen ruimte laat voor een opslag vanwege het ontbreken van toestemming, omdat een dergelijke opslag een punitief karakter heeft.

4. Schadebegroting door kantonrechters in de praktijk: vonnissen uit 2019

De laatste jaren is er sprake van een toename van het aantal schadeclaims van fotografen wiens auteursrecht is geschonden. Zoals eerder opgemerkt door Sandvliet en Engelfriet gaat het in dit soort zaken bijna altijd om uitspraken van kantonrechters, nu hogere rechtspraak gezien de relatief geringe hoogte van de schade niet valt te verwachten.⁵³ Het komt weleens voor dat een zaak betreffende inbreuk op het auteursrecht niet door de kantonrechter maar door de rechtbank (enkelvoudige of meervoudige kamer) wordt behandeld, maar dergelijke uitspraken laat ik hier achterwege. Hetzelfde geldt voor beslissingen van de voorzieningenrechter in kort geding en voor tussenvonnissen. De toename in schadeclaims leid ik af uit het volgende: terwijl er via Rechtspraak.nl 31 uitspraken van kantonrechters zijn te vinden over een periode van 10 jaar (2004-2013), zijn het er vanaf 2014 tot heden al 56.⁵⁴ In 2019 zijn er tot nu toe (laatste zoekdatum 5 november 2019) 21 vonnissen op Rechtspraak.nl te vinden betreffende schadebegroting bij inbreuk op het auteursrecht van een fotograaf dan wel degene die

het auteursrecht beheert/exploiteert.⁵⁵ Bij bestudering van deze vonnissen vallen een aantal zaken op.

Om te beginnen heeft de kantonrechter in alle 21 vonnissen vastgesteld dat er sprake is van een online auteursrechtinbreuk. Over de schadebegroting valt wat meer te zeggen. Duidelijk is dat in bijna alle vonnissen een schadevergoeding is toegewezen, waarbij de hoogte van de schadevergoeding varieert van enkele honderden tot enkele duizenden euro's. In slechts één zaak is de vordering tot schadevergoeding afgewezen.⁵⁶

Opvallend is dat de vordering van eiser in alle zaken is gebaseerd op de gedeelde licentievergoeding, en dat de kantonrechter hieraan vasthoudt in de zaken waarin de vordering is toegewezen. Hieruit kan worden afgeleid dat bij schending van het auteursrecht van een fotograaf in de regel de methode van abstracte schadebegroting ex artikel 6:97 BW jo. artikel 27, lid 2, Auteurswet (en artikel 13, lid 1, onder b IE-Handhavingsrichtlijn) wordt gehanteerd. Dit lijkt mij een juiste benadering, ook vanuit het 'gewone' aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht bezien, daar het nu eenmaal moeilijk zo niet onmogelijk is om de concrete schade die door een auteursrechtinbreuk is geleden vast te stellen. Daarnaast is het zo dat de vrijheid van de rechter om op grond van artikel 6:97 BW te kiezen voor een zekere methode van schadebegroting niet betekent dat hij in een bepaald type gevallen – bijvoorbeeld schending van het auteursrecht van een fotograaf – nu eens voor de ene dan weer voor de andere methode mag kiezen. Wanneer in de rechtspraak is gekozen voor een abstracte methode, dan is deze methode in vergelijkbare gevallen door alle rechters aangewezen.⁵⁷

Verder valt op dat in veruit de meeste zaken de tarievenlijst 2015 van SFA wordt gebruikt. In 6 zaken is dit niet het geval, ofwel omdat eiser voor zijn vordering andere aanknopingspunten zoals eigen tarieven hanteert,⁵⁸ ofwel omdat de kantonrechter beslist dat de tarievenlijst in het onderhavige

53 K.E. Sandvliet & A.P. Engelfriet, 'Vaststellen van schade bij online auteursrechtinbreuk', *AMI* 2012/5, p. 204-209. Op grond van art. 93 Rv is de kantonrechter bevoegd kennis te nemen van geschillen over, onder meer, vorderingen met een bedrag van ten hoogste € 25.000 of vorderingen van onbepaalde waarde indien er duidelijke aanwijzingen bestaan dat de vordering geen hogere waarde vertegenwoordigt dan € 25.000.

54 Zoektermen 'auteursrecht foto' en 'auteursrecht fotografen'. Ten aanzien van de gestelde toename van schadeclaims ben ik mij ervan bewust dat er sprake kan zijn van een vertekend beeld aangezien Rechtspraak.nl zelf de redactie voert met betrekking tot de publicatie van vonnissen.

55 Rb. Zeeland-West-Brabant, 30 januari 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3997; Rb. Den Haag, 13 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:1044; Rb. Midden-Nederland, 13 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:484; Rb. Rotterdam, 15 februari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1573; Rb. Midden-Nederland, 20 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:630; Rb. Midden-Nederland, 6 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:928; Rb. Limburg, 6 maart 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:2046; Rb. Rotterdam, 7 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2464; Rb. Midden-Nederland, 13 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1068; Rb. Midden-Nederland, 13 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1069; Rb. Amsterdam, 15 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1930; Rb. Overijssel, 19 maart 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1632; Rb. Overijssel, 19 maart 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1633; Rb. Amsterdam, 26 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2267; Rb. Midden-Nederland, 3 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1500; Rb. Midden-Nederland, 3 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1504; Rb. Midden-Nederland, 10 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1499; Rb. Rotterdam, 16 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4259; Rb. Amsterdam, 14 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4334; Rb. Noord-Nederland, 10 september 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:4096; Rb. Gelderland, 9 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:4427.

56 Rb. Midden-Nederland, 3 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1504. De reden voor de afwijzing is, kort gezegd, dat eiseres onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld op grond waarvan kan worden aangenomen dat zij als licentienemster schade heeft geleden (r.o. 4.7 en 4.8).

57 T. Hartlief c.s., *Verbindenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 275.

58 Rb. Zeeland-West-Brabant, 30 januari 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3997, r.o. 3.6; Rb. Amsterdam, 26 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2267, r.o. 10; Rb. Midden-Nederland, 3 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1504, r.o. 4.7; Rb. Amsterdam, 14 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4334, r.o. 4.8.

geval onvoldoende aanknopingspunten voor een redelijke schadebegroting biedt.⁵⁹

Tot slot bestaat er een opmerkelijke tweedeling in de 20 vonnissen waarin de vordering wordt toegewezen: zoals hierna zal blijken wordt in 12 zaken naast een bedrag aan gedeerde licentievergoeding een opslag in de vorm van een percentage van de licentievergoeding toegewezen, terwijl een dergelijke opslag in 8 zaken niet wordt geaccepteerd.

In zaken betreffende inbreuk op het auteursrecht van een fotograaf lijkt de vraag wat een geschikt aanknopingspunt is voor de schadebegroting in eerste aanleg dus geen probleem te vormen. Zowel eisers als kantonrechters zijn het erover eens dat dit de licentievergoeding is. Dat is mogelijk anders wanneer het gaat om een ander soort auteursrechtelijk beschermd werk. Zo oordeelde het hof Arnhem-Leeuwarden in 2017 dat de licentievergoeding géén geschikt aanknopingspunt is wanneer het gaat om online krantenartikelen.⁶⁰ In plaats daarvan nam het hof, zoals reeds vermeld in paragraaf 2.1, de gedeerde advertentie-inkomsten als passende maatstaf voor de schadebegroting. Dit doet overigens wel de vraag rijzen of ieder geschil binnen de categorie van auteursrechtinbreuken dan een eigen begrotingswijze (noodig) heeft. Dit is in ieder geval niet de bedoeling van de wetgever bij artikel 6:97 BW, dat immers slechts differentieert al naar gelang de aard van de schade.⁶¹ Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid, alsmede het zojuist genoemde oogpunt dat rechters in vergelijkbare gevallen dezelfde methode dienen te hanteren ligt differentiatie niet voor de hand. Hier staat tegenover dat de rechter vanuit het oogpunt van rechtshandhaving wel moet kunnen differentiëren, bijvoorbeeld op basis van het soort inbreukmaker (kleine partij versus grote partij), het soort auteursrechtinbreuk (online inbreuk versus inbreuk die geen verband houdt met het internet), of het soort auteursrechtelijk beschermd werk (foto versus krantenartikel). Deze verschillen kunnen immers van invloed zijn op de exploitatiemogelijkheden van het werk, en dus ook op de schade en de schadebegroting. Dat de context bij de schadebegroting van belang is blijkt tevens uit een recent arrest van het hof Den Haag.⁶² Deze zaak gaat over een natuurfotograaf die in hoger beroep schadevergoeding vordert voor auteursrechtinbreuken gepleegd in een *non profit*-context, namelijk door een stichting die volledig draait op vrijwilligers en waarvan de fotograaf deel uitmaakt. Volgens het hof is het aannemelijk dat wanneer de stichting toestemming had gevraagd voor gebruik van de foto's, de fotograaf deze zou hebben verleend tegen een vergoeding van veel minder dan de gevorderde licentiever-

goeding (€ 100,00 per gebruikte foto, voor 120 foto's).⁶³ De schade wordt door het hof begroot op € 2.420,00 in plaats van de gevorderde € 12.000,00, waarbij overigens de tarievenlijst 2015 van SFA als aanknopingspunt wordt gehanteerd.⁶⁴ Daarnaast wordt door het hof een opslag van 25% (€ 605,00 van € 2.420,00) toegekend wegens het ontbreken van de naamsvermelding.⁶⁵

Problematischer dan de vraag naar geschikte aanknopingspunten is, dat leid ik althans af uit genoemde tweedeling, de vraag of naast het bedrag aan gedeerde licentievergoeding een opslag als onderdeel van de schadevergoeding geoorloofd is en waarom (niet). In de zojuist besproken uitspraak van *X/BijlmerBajes Events* blijkt dit inderdaad het geval te zijn, en ook het hof Den Haag wijst een opslag toe. Op dit aspect van de schadebegroting zal ik hieronder nader ingaan.

4.1 Een verhoging is toegestaan

De 12 zaken waarin naast het bedrag aan gedeerde licentievergoeding door de kantonrechter een verhoging is toegestaan, kunnen verder worden onderverdeeld in zaken waarin een opslag van 25%, 50% of 100% van de licentievergoeding is gehanteerd.

4.1.1 Toewijzing van een opslag van 25%

Door de kantonrechter is in 6 zaken een opslag van 25% gehanteerd. Deze opslag wordt gezien als een redelijke vergoeding voor de inbreuk op de persoonlijkheidsrechten van de fotograaf (artikel 25 Auteurswet) wegens het ontbreken van de naamsvermelding.⁶⁶ Op deze manier kan de schade vanwege misgelopen 'exposure' worden vergoed, daar het mogelijk is dat door het ontbreken van de naamsvermelding nieuwe opdrachten en daarmee winst is misgelopen. Ook het gebruik van de foto in bewerkte vorm, bijvoorbeeld door aansnijden van de foto, vormt afgezien van het ontbreken van de naamsvermelding een reden voor het hanteren van de opslag.⁶⁷ In alle zaken is overigens meer schadevergoeding gevorderd dan uiteindelijk is toegewezen. Zo heeft een van de eisers 300% van de gedeerde licentievergoeding gevorderd op basis van de algemene voorwaarden van de FotografenFederatie (tegenwoordig DuPho), hetgeen door de kantonrechter is afgewezen omdat deze algemene voorwaarden in casu niet overeengekomen en dus niet van toepassing zijn.⁶⁸ Opvallend is dat in het merendeel van deze zaken expliciet géén verhoging van de schadevergoeding wordt toegekend wegens de door eiser gestelde inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht. Reden voor deze afwijzing is dat,

59 Rb. Amsterdam, 15 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1930, r.o. 9; Rb. Rotterdam, 16 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4259, r.o. 4.6. Vgl. hof Arnhem-Leeuwarden, 3 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7104, r.o. 6.22.

60 Hof Arnhem-Leeuwarden, 11 juli 2017, zaaknummer 200.137.649 (*Mergen-Metz/Cozzmoss*).

61 R.C. Meurkens, 'Schadebegroting bij auteursrechtinbreuk: opmerkingen naar aanleiding van het arrest MergenMetz/Cozzmoss', *IER* 2018/41 (p. 401). Hoewel ik het belang van deze vraag onderschrijf, zal ik hier geen op het bestek van deze bijdrage op dit moment niet nader op ingaan.

62 Hof Den Haag, 22 oktober 2019, zaaknummer 200.237.848/01 (*Zwijndrechtse natuurfotograaf*). Zie *ie-forum.nl*, dossiernummer IEF 18774.

63 R.o. 10.9 van het arrest.

64 Zie r.o. 10.10 van het arrest voor de exacte berekening.

65 R.o. 10.13 van het arrest.

66 Rb. Midden-Nederland, 20 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:630, r.o. 4.9; Rb. Midden-Nederland, 6 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:928, r.o. 4.12; Rb. Midden-Nederland, 10 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1499, r.o. 4.7; Rb. Noord-Nederland, 10 september 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:4096, r.o. 5.7.

67 Rb. Midden-Nederland, 13 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1068, r.o. 4.6; Rb. Midden-Nederland, 3 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1500, r.o. 4.6.

68 Rb. Midden-Nederland, 20 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:630, r.o. 4.10. Zie ook par. 2.1 hierboven.

volgens de kantonrechter, de waarde van de exclusiviteit van de foto is verdisconteerd in de licentievergoeding.⁶⁹

4.1.2 Toewijzing van een opslag van 50%

In de 5 vonnissen waarin een opslag van 50% is toegewezen, komt deze verhoging de kantonrechter als redelijk voor omdat de foto's zijn geplaatst zonder toestemming, en omdat de tarieven van SFA waarop de licentievergoeding is gebaseerd een redelijk tarief zijn in de branche.⁷⁰ Ook worden volgens de kantonrechter de kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid ex artikel 6:96 lid 2 sub b BW,⁷¹ alsmede de schade als gevolg van het ontbreken van de naamsvermelding door de verhoging gedekt. Tot slot is de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht hier, anders dan in de zaken waarin een opslag van 25% werd gehanteerd, wel reden voor toepassing van de verhoging. De kantonrechter benadrukt zelfs dat de verhoging op goede gronden is gebaseerd en dat daarom niet, anders dan door gedaagde is gesteld, kan worden gezegd dat 'de verhoging een (uitsluitend) punitief karakter heeft'.⁷²

4.1.3 Toewijzing van een opslag van 100%

In één zaak is een opslag van 100% gehanteerd.⁷³ Volgens de kantonrechter is deze opslag geoorloofd omdat de fotograaf voldoende gemotiveerd heeft onderbouwd dat hij schade heeft geleden vanwege het ontbreken van toestemming voor het gebruik van de foto's en het ontbreken van de naamsvermelding. Ook speelt mee dat de fotograaf coulanchehalve de licentievergoeding van € 280,00 per foto per jaar slechts heeft vermenigvuldigd met het aantal foto's (14), en niet ook nog eens met het aantal jaren (5) dat de foto's op de website van gedaagde hebben gestaan. Inclusief verhoging wordt daarom alsnog minder toegewezen dan de gehele licentievergoeding voor 14 foto's voor 5 jaren, aldus de kantonrechter.

4.2 Geen verhoging toegestaan

In 8 zaken wordt geen verhoging gehanteerd omdat de kantonrechter de vordering op dit punt afwijst. In een van de zaken wordt in het geheel niet ingegaan op een eventuele verhoging.⁷⁴ Door sommige kantonrechters wordt stilgestaan bij het doel van de schadevergoeding voor auteursrechtinbreuk, en gesuggereerd dat deze niet als straf of preventiemiddel ter ontmoediging van het plegen van een

inbreuk kan dienen. De rechtbank Den Haag overweegt bijvoorbeeld het volgende:⁷⁵

'Er is ook geen plaats voor toepassing van een verhoging met 50% voor de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht of ter ontmoediging van het plegen van inbreuk op auteursrechten, zoals ANP vordert. Toepassing van de tarieven van Stichting Foto Anoniem gaan er namelijk van uit dat de rechthebbende zelf niet om toestemming is gevraagd en in het Nederlandse recht [is] geen plaats voor schadevergoeding bij wijze van straf.'

In dezelfde lijn is volgens de rechtbank Limburg een verhoging ter afschrikking van de inbreukmaker niet gepast omdat het civiele recht niet voor generale preventie is bedoeld,⁷⁶ en is volgens de rechtbank Gelderland het strafrechtelijke traject beschikbaar voor het toekennen van een schadevergoeding bij wijze van straf.⁷⁷ Ook wordt een vermenigvuldiging met een factor 3.3, zoals gevorderd door eiser, omschreven als een buitenproportionele schadevergoeding die niet in lijn is met de abstracte schadebegroting ex artikel 6:97 BW.⁷⁸ Een andere reden – die ook in paragraaf 4.1.1 is behandeld – voor het afwijzen van een opslag is dat de gestelde inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht, oftewel de waarde van de exclusiviteit van de foto, in de licentievergoeding is verdisconteerd.⁷⁹ De rechtbank Gelderland gaf recent bijvoorbeeld nog aan dat het verlies van exclusiviteit geen grond is voor verhoging van de schadevergoeding, omdat ook het verlenen van gewone licenties verlies van exclusiviteit tot gevolg heeft.⁸⁰ Overigens zal ik hierna, in paragraaf 4.3, uitleggen waarom het toewijzen van een opslag wegens inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht wel degelijk in lijn is met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Ten slotte is er volgens de kantonrechter in twee van de zaken geen feitelijke aanleiding om naast het toegewezen bedrag aan licentievergoeding nog een extra bedrag wegens inbreuk op persoonlijkheidsrechten toe te kennen, bijvoorbeeld omdat eiser aan gedaagde eerder wel toestemming had gegeven om op internet een banner (met foto) zonder naamsvermelding te gebruiken.⁸¹

4.3 Verhogingen van de licentievergoeding: wel of niet toestaan?

Zoals vermeld in paragraaf 2.4 wordt er wanneer het gaat om de schadebegroting vooral kritiek geuit op de verhogingen die sommige kantonrechters toewijzen naast de licentievergoeding. In de bestudeerde vonnissen uit 2019 gaat het dan om een opslag in de vorm van een percentage van de licentievergoeding. Er wordt bijvoorbeeld een licentievergoeding van € 225,00 toegewezen, en daarnaast

69 Rb. Midden-Nederland, 6 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:928, r.o. 4.12.1; Rb. Midden-Nederland, 13 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1068, r.o. 4.6; Rb. Midden-Nederland, 3 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1500, r.o. 4.6; Rb. Midden-Nederland, 10 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1499, r.o. 4.7; Rb. Noord-Nederland, 10 september 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:4096, r.o. 5.7.
70 Rb. Rotterdam, 7 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2464, r.o. 4.6; Rb. Overijssel, 19 maart 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1632, r.o. 4.3; Rb. Overijssel, 19 maart 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1633, r.o. 4.3.
71 Deze kosten kunnen ook als aparte schadepost worden gevorderd en toegewezen, zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland, 6 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:928, r.o. 4.13; Rb. Midden-Nederland, 13 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1068, r.o. 4.7.
72 Rb. Rotterdam, 15 februari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1573, r.o. 4.12.3; Rb. Rotterdam, 16 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4259, r.o. 4.7.
73 Rb. Amsterdam, 14 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4334.
74 Rb. Amsterdam, 15 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1930.

75 Rb. Den Haag, 13 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:1044, r.o. 4.8.
76 Rb. Limburg, 6 maart 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:2046, r.o. 4.8.
77 Rb. Gelderland, 9 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:4427, r.o. 4.7.
78 Rb. Amsterdam, 26 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2267, r.o. 13.
79 Rb. Midden-Nederland, 13 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1069, r.o. 4.6; Rb. Amsterdam, 26 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2267, r.o. 13.
80 Rb. Gelderland, 9 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:4427, r.o. 4.7.
81 Rb. Midden-Nederland, 13 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:484, r.o. 4.11; Rb. Zeeland-West-Brabant, 30 januari 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3997, r.o. 3.7.

een opslag van 25% ad € 56,25 wegens het ontbreken van de naamsvermelding.⁸² Ik ben maar één zaak tegengekomen waarin tweemaal de licentievergoeding werd toegewezen (door een opslag van 100%, zie paragraaf 4.1.3).⁸³ In enkele gevallen werd door eiser wel een opslag van meer dan 100% gevorderd, maar ging de kantonrechter daar niet in mee.⁸⁴ Ik heb dan ook de indruk dat het anno 2019 wel meevalt met (het aantal) ‘exorbitante’ verhogingen die neerkomen op een schadevergoeding van twee- of zelfs driemaal de licentievergoeding. In het verleden zijn dergelijke verhogingen wel toegewezen. De rechter zocht dan bijvoorbeeld aansluiting bij de algemene voorwaarden van de FotografenFederatie die recht geven op driemaal de licentievergoeding bij een inbreuk.⁸⁵

De door de rechthebbende gevorderde verhogingen zijn doorgaans gebaseerd op (een van) de volgende grondslagen: publicatie van de foto zonder toestemming, het ontbreken van een naamsvermelding, vermindering van het werk, en inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht. Dit laatste is het recht om zelf te bepalen waar, hoe en hoe lang de foto wordt gebruikt (de andere grondslagen vallen hier dus eigenlijk ook onder) en wordt op één lijn gesteld met de waarde van de exclusiviteit van de foto. Volgens fotografen daalt de marktwaarde van de foto door de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht. Wanneer slechts de licentievergoeding wordt toegewezen, dan betekent dit volgens hen ook dat zonder consequentie – de inbreukmaker hoeft immers vooraf geen toestemming meer te vragen – inbreuk kan worden gemaakt op het auteursrecht van de fotograaf.⁸⁶ Dat dit laatste niet de bedoeling kan zijn volgt inderdaad uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het online zetten van foto's wordt doorgaans gezien als een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van Richtlijn 2001/29/EG. In dit kader is bepaald dat iedere mededeling aan het publiek van een werk door een derde de voorafgaande toestemming van de auteur vereist, en dat auteurs op grond van artikel 3, lid 1, beschikken over een recht van preventieve aard.⁸⁷ Dit wil zeggen dat fotografen het recht hebben om de mededeling aan het publiek die gebruikers van hun foto's overwegen te doen te verbieden. Volgens het hof wordt aan dit recht van preventieve aard het nuttig effect ontnomen wanneer voor een mededeling aan het publiek geen voorafgaande toestemming is vereist.⁸⁸ Het auteursrecht is toch vooral een verbodsrecht waarmee de auteur kan voorkomen dat een ander zijn werk gebruikt. Deze argumentatie rechtvaardigt dan ook het toewijzen

van een opslag in de vorm van een percentage van de licentievergoeding bij inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht.

Het toekennen van verhogingen op de hiervoor genoemde grondslagen is volgens mij tevens in lijn met het wettelijk kader en de abstracte begrotingswijze uiteengezet in paragraaf 2.1 (artikel 6:97 BW en artikel 27, lid 2, Auteurswet): de opslag vormt een onderdeel van de schadevergoeding die op basis van de licentievergoeding kan worden vastgesteld.⁸⁹ Inderdaad laat paragraaf 4.1 zien dat een (kleine) meerderheid van de kantonrechters in de bestudeerde zaken naast de licentievergoeding een opslag toewijst. Wel ben ik het met Engelfriet eens dat het toekennen van een verhoging in de praktijk alleen te rechtvaardigen is als de verhoging aan een concrete schadepost is gekoppeld.⁹⁰ De fotograaf zal dus voldoende moeten stellen om zijn schade die is ontstaan wegens, bijvoorbeeld, het ontbreken van de naamsvermelding aantoonbaar te maken.

In de zaken waarin een verhoging niet is toegestaan wordt vaak het doel van de schadevergoeding in brede zin aangehaald. Volgens sommige kantonrechters is preventie en bestraffing geen doel van de schadevergoeding voor een auteursrechtinbreuk. Dit is dan ook de belangrijkste reden om de verhoging af te wijzen, ongeacht de grondslag (publicatie zonder toestemming, ontbreken naamsvermelding, etc.) waarop deze is gebaseerd. Dat een eventuele verhoging niet als onderdeel van de schadevergoeding maar als niet-compensatoire opslag wordt gezien is wat mij betreft geen echt probleem. In het kader van de IE-Handhavingsrichtlijn geldt dat hoewel deze richtlijn de lidstaten niet verplicht om te voorzien in een niet-compensatoire schadevergoeding, zij tegelijkertijd niet kan worden uitgelegd als een verbod om een dergelijke maatregel in te voeren.⁹¹ Daarnaast is een forfaitaire vergoeding bestaande uit tweemaal de licentievergoeding volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie niet per definitie niet-compensatoir, omdat een dergelijke vergoeding niet zonder meer waarborgt dat de daadwerkelijke schade wordt vergoed. Zo is het bijvoorbeeld maar de vraag of de rechthebbende eventuele kosten in verband met opsporing en onderzoek, immateriële schade en rente volledig krijgt vergoed. Ook kan het zo zijn dat de forfaitaire vergoeding lager uitvalt dan het bedrag dat de rechthebbende op basis van een concrete (in plaats van abstracte) begrotingswijze had kunnen vorderen. Ten slotte wijst het hof erop dat niet uitgesloten is dat een forfaitaire vergoeding de daadwerkelijke schade dermate overstijgt dat er sprake is van verboden rechtsmisbruik in de zin van artikel 3, lid 2, IE-Handhavingsrichtlijn.⁹² Met een dergelijke begrenzing van schadevergoedingen is niets mis: wanneer ik een vergelijking maak met het Amerikaanse *punitive damages*-recht

82 Rb. Midden-Nederland, 20 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:630, r.o. 4.9.

83 Rb. Amsterdam, 14 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4334.

84 Bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland, 20 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:630, r.o. 4.10; Rb. Amsterdam, 26 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2267, r.o. 13.

85 Zie K.E. Sandvliet & A.P. Engelfriet, 'Vaststellen van schade bij online auteursrechtinbreuk', *AMI* 2012/5, p. 207-208; A.P. Engelfriet, 'Schadevergoeding bij online auteursrechtinbreuk: stand van zaken 2015', *AMI* 2015/5, p. 129. Over deze algemene voorwaarden voetnoot 26 hierboven.

86 Rb. Gelderland, 9 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:4427, r.o. 4.5.

87 HvJ EU, 7 augustus 2018, C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634, (*Renckhoff*), r.o. 29 en daar aangehaalde arresten.

88 HvJ EU, 7 augustus 2018, C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634, (*Renckhoff*), r.o. 30.

89 Art. 13, lid 1, onder b, IE-Handhavingsrichtlijn; *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3, p. 27.

90 A.P. Engelfriet, 'Schadevergoeding bij online auteursrechtinbreuk: stand van zaken 2015', *AMI* 2015/5, p. 128, waar wordt verwezen naar Hof Arnhem, 18 december 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BZ4286.

91 Richtlijn 2004/48/EC, overweging 26 van de considerans; HvJ EU 25 januari 2017, zaak C-367/15, ECLI:EU:C:2017:3 (*OTK/SFP*), r.o. 27-28.

92 HvJ EU 25 januari 2017, zaak C-367/15, ECLI:EU:C:2017:3 (*OTK/SFP*), r.o. 30. Zie mijn eerdere bijdrage 'Punitive damages ter handhaving van intellectuele eigendomsrechten', *IER* 2017/34 (p. 262).

valt op dat wetgevende en rechtsprekende instanties daar ook met behulp van controlemechanismen, bijvoorbeeld door vaststelling van limieten, de vinger aan de pols houden bij de toewijzing van *punitive damages*.⁹³ Zoals uitgelegd in paragraaf 2.4 ben ik voorstander van een gerichte inzet van een punitieve sanctie, omdat een verhoging van de schadevergoeding met als doel preventie en bestraffing in sommige gevallen van opzettelijk, calculerend of ernstig wangedrag wel degelijk zinvol kan zijn. Uiteraard moet een dergelijke sanctie op redelijke wijze door de civiele rechter worden toegepast, en moet het toe te wijzen bedrag niet meer behelzen dat noodzakelijk is om het doel te bereiken.

5. Conclusie

Schadebegroting bij inbreuk op het auteursrecht van een fotograaf staat volop in de belangstelling. De laatste jaren is er sprake van een toename van schadeclaims die met name bij de kantonrechter worden ingesteld. Deze toename is goed te verklaren door de tijd waarin we leven: het internet speelt een sleutelrol, *social media* heeft een enorme vlucht genomen, en kopieergedrag ligt nu eenmaal in de aard van de mens. Voor de fotograaf, en iedere andere maker in de zin van de Auteurswet, die met zijn werk een inkomen probeert te genereren zijn het lastige tijden. Omdat het auteursrecht de exploitatie van werk beschermt, en een onrechtmatige inbreuk tot schadeplichtigheid van de inbreukmaker leidt in de zin van artikel 6:162 BW, staat een fotograaf volledig in zijn recht wanneer hij zijn schade vergoed wil zien. In die zin vind ik de suggestie dat fotografen door de toename van het aantal schadeclaims zouden bijdragen aan het ontstaan van een claimcultuur dan ook onterecht. Hetzelfde geldt voor de suggestie dat er verdeeldheid zou ontstaan door de grote verschillen in de hoogte van schadevergoedingen die door kantonrechters worden toegewezen; enige nuancering lijkt hier op haar plaats. Een belangrijke vraag is uiteraard wel hoe de schadebegroting in dit soort zaken in goede banen kan worden geleid. Hoewel het gewaagd is om op basis van slechts 21 vonnissen conclusies te trekken, kan er wel een en ander uit worden afgeleid. In de praktijk is abstracte schadebegroting de gebruikelijke methode. Vanuit het algemene aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht bezien heeft de rechter deze ruimte: op grond van artikel 6:97 BW wordt de schade namelijk begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Ook wordt in artikel 27, lid 2, Auteurswet een nadere invulling gegeven aan de abstracte schadebegroting. In passende gevallen kan de schadevergoeding worden vastgesteld als een forfaitair bedrag, bijvoorbeeld op basis van de licentievergoeding. De door kantonrechters gehanteerde methode van schadebegroting bij inbreuk op het auteursrecht van een fotograaf, namelijk aan de hand van de licentievergoeding, is dus zowel eenduidig als in lijn met het wettelijk kader. Ook ten aanzien van de vraag hoe de licentievergoeding dient te worden vastgesteld lijken eisers en kantonrechters

het eens te zijn. In het algemeen wordt aansluiting gezocht bij de tarievenlijst 2015 van SFA. Volgens de rechtspraak geeft deze lijst in de branche gebruikelijk tarieven die een reëel aanknopingspunt kunnen vormen voor de licentievergoeding. Mijn indruk van de tarievenlijst 2015 is dat deze uitvoerig is en door de indeling in verschillende categorieën ruimte laat voor voldoende differentiatie. Hierdoor kan een redelijk resultaat worden bereikt in veelvoorkomende gevallen, terwijl toch zoveel als mogelijk de werkelijke waarde wordt vergoed (i.e. het doel van abstracte schadebegroting). Sinds augustus 2019 geldt er een nieuwe, vereenvoudigde tarievenlijst die is vastgesteld na consultatie van een klankbordgroep van (vertegenwoordigers van) fotografen. Mijn advies zou inderdaad zijn dat de tarievenlijst 2019 van SFA in dit soort zaken wordt gebruikt. Dit kan eraan bijdragen dat gelijke gevallen zoveel als mogelijk gelijk worden behandeld, wat de rechtszekerheid ten goede komt. Anderzijds acht ik het niet wenselijk dat hantering van de tarievenlijst verplicht wordt gesteld, en ook verdere of andere standaardisering is mijns inziens niet haalbaar. De in de branche gebruikelijke tarieven zijn niet 'beter' of 'geschikter' voor de schadebegroting dan eigen tarieven van de fotograaf. Het moet dus mogelijk blijven voor een fotograaf om te verwijzen naar eigen tarieven, bijvoorbeeld omdat deze zich niet kan vinden in de door SFA gehanteerde tarieven (denk aan een hele bekende en veelgevraagd fotograaf), en het is dan aan de kantonrechter om te kijken of daarin kan worden meegegaan. Dit zal mede afhangen van de vraag of de fotograaf voldoende gemotiveerd kan stellen dat hij zijn schade heeft geleden als gevolg van de inbreuk.

Ten aanzien van de verdeeldheid tussen kantonrechters en de verschillen in hoogte van schadevergoedingen valt op dat dit vooral wordt veroorzaakt door de opslagen die (al dan niet) naast het bedrag aan gederfde licentievergoeding worden toegewezen. Kantonrechters wijzen de opslag toe voor schade die is ontstaan door het ontbreken van de naamvermelding, het gebruik van de foto in bewerkte vorm, het plaatsen van de foto zonder toestemming, en de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht. De toewijzing van opslagen in de vorm van een percentage (25, 50, soms wel 100%) van de licentievergoeding is naar mijn mening niet alleen in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie maar ook met het wettelijk kader en de abstracte begrotingswijze.

Een dergelijk opslag wordt gezien als onderdeel van de schadevergoeding. Gelet op de uiteenlopende schadeposten waaraan de opslag wordt gekoppeld is het echter ook mogelijk om er een verhoging in te zien die méér dan alleen vergoeding van de rechthebbende wenst te realiseren. Ik denk dan natuurlijk aan bestraffing van de inbreukmaker, preventie van soortgelijk onrechtmatig gedrag, en genoegdoening van de rechthebbende. Deze niet-compensatoire functies leid ik ook af uit het feit dat volgens kantonrechters die afwijzend staan tegenover toewijzing van een opslag alle schade reeds in de licentievergoeding is verdisconteerd. Het inzetten van een niet-compensatoire schadevergoeding ter handhaving van intellectuele eigendomsrechten is volgens mij niet in strijd met de IE-Handhavingsrichtlijn. Wel is het

⁹³ R.C. Meurkens, *Punitive Damages: The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, Deventer: Kluwer 2014, p. 107 e.v.

is van belang dat er meer duidelijkheid komt over de vraag of een niet-compensatoire opslag wenselijk is. Wat mij betreft is er niets mis met punitieve elementen in het schadevergoedingsrecht bij auteursrechtinbreuk. Sterker nog, ik ga ervan uit dat deze eraan zullen bijdragen dat fotografen hun auteursrecht beter kunnen handhaven. Hierdoor wordt de exploitatie van hun werk beter beschermd, en dat is nu juist de bedoeling van het auteursrecht. In de huidige tijdgeest is een hoog beschermingsniveau denk ik geen sinecure. Het auteursrecht vraagt om een pittig handhavingsregime, juist omdat het fotografen moeilijk wordt gemaakt om met hun werk een inkomen te genereren en andere handhavingsmiddelen ontbreken of tekort schieten. Daarom is een specifiek en 'nader opgetuigd' schadevergoedingsregime op zijn plaats. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan de rechter hier door middel van gerichte inzet van een punitieve sanctie een handje bij helpen.