

Vaststellen van schade bij online auteursrechtinbreuk

Het gemak waarmee werk te copy-pasten is, de misvatting dat op internet alles gratis is en het feit dat een effectieve handhaving ver weg lijkt, heeft geleid tot de brede opvatting dat overnemen van tekst en beeld op internet 'moet kunnen'. Dit uit zich in massaal overnemen van teksten en afbeeldingen door particulieren en kleine bedrijven en instellingen. Rechthebbenden richten zich steeds meer op online handhaving, hetgeen heeft geleid tot vele 'kleine' inbreukzaken. De vraag dringt zich op hoe de schade bij dergelijke zaken moet worden bepaald. Met name de praktijk om als schadevergoeding het dubbele of drievoudige te vragen van de gebruikelijke vergoeding springt hierbij in het oog. Is hier niet in feite sprake van civielrechtelijk beboeten?

**K.E. Sandvliet en
A.P. Engelfriet**

Mr. K.E. Sandvliet is juriste te Den Haag. Mr.ir. A.P. Engelfriet is ICT-jurist te Amsterdam en docent aan de Vrije Universiteit. Dit artikel is een bewerking van de afstudeerscriptie 'Wat kost het: de hoogte van de schadevergoeding bij online auteursrechtinbreuken (2012)' van de eerste auteur. De tweede auteur was daarbij haar begeleider.

De procespartijen

De handhaving van online auteursrecht 'in het klein' is een opmerkelijk fenomeen dat recentelijk veel aandacht heeft gekregen, met name nu enkele gespecialiseerde bureaus (wij noemen Cozzmoss en Getty Images) en advocatenkantoren deze handhaving als niche hebben ontdekt. Waar de handhaving als zodanig niet ter discussie staat, zijn deze zaken toch opmerkelijk omdat de door rechthebbenden verlangde bedragen als arbitrair en zelfs exorbitant worden ervaren.¹

Wij onderzochten 53 vonnissen en één arrest waarin de inbreukmaker een relatief kleine websitehouder is, waarin inbreuk is gemaakt op het auteursrecht op een foto of een geschreven werk en de hoofdvraag in de zaak vooral is toegespitst op de hoogte van de schadevergoeding. Deze uitspraken zijn afkomstig van rechtspraak.nl, boek9.nl en ieforum.nl en gewezen tussen 2004 en 29 augustus 2012. Gepoogd is een zo compleet mogelijke inventarisatie te maken, maar naar de aard van de zaak zullen er ongetwijfeld vonnissen gemist zijn. Het betreft – op het arrest na en twee rechtbankuitspraken – alleen kantonrechtersonnissen. Gezien de relatief geringe hoogte van de schade is

het niet te verwachten dat er veel hogere rechtspraak zal volgen.

De eisende partijen in de onderzochte vonnissen vallen grofweg uiteen in drie groepen: Cozzmoss (23 zaken), fotografen (29 zaken) en schrijvers (2 zaken). De laatste twee groepen spreken voor zich. Het in 2005 opgerichte Nederlandse bedrijf Cozzmoss verdient wel een kleine toelichting. Het bedrijf richt zich op online handhaving van auteursrechten namens rechthebbenden, met name kranten.² Cozzmoss hanteert speciale software om overgenomen auteursrechtelijk beschermde artikelen van haar klanten op te sporen. Fotografen en schrijvers opereren op basis van hun eigen auteursrecht. Cozzmoss is geen rechthebbende, en krijgt ook geen rechten overgedragen, maar opereert op basis van een lastgevingsovereenkomst als lasthebber op eigen naam.³

Tegenover deze rechthebbenden staan de inbreukmakers. Wij hanteren deze term omdat de inbreuk in vrijwel alle zaken bewezen werd geacht. Deze groep is gevarieerder, en loopt van particuliere bloggers tot bedrijven en instellingen. Vaak handelt men vanuit commercieel oogmerk, maar lang niet altijd. Regelmatig wordt gesteld dat men niet wist

1 'Cozzmoss jaagt weer op auteurscenten', Emerce 4 juni 2012; 'Trouw en de Volkskrant verdienen aan claims, maar verliezen abonnees', Publishr.nl 31 augustus 2010. De sommaties van het Amerikaanse Getty Images leidden zelfs tot aandacht in het consumentenprogramma TROS Radar (10 okt 2011) voor het fenomeen. Overigens heeft Getty, ondanks dat het bedrijf veelvuldig partijen aanschrijft, al dan niet via Nederlandse advocaten, nog nimmer een

rechtszaak gestart in Nederland om haar rechten te handhaven.

2 Cozzmoss procedeert onder de naam Cozzmoss BV. Cozzmoss heeft haar handelsnaam in 2011 veranderd in Auxen en is te vinden op www.auxen.eu. Zie ook 'Trouw en Volkskrant pakken contentpikkers aan', Webwereld.nl 29 januari 2009.

3 Art. 7:400 BW. Zie ook Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, Kluwer 2005, p. 480.

dat er auteursrecht op het artikel of de foto rustte, of dat de inbreuk per ongeluk heeft plaatsgevonden, of dat de inbreuk niet direct de schuld van de gedaagde is. Deze verweren blijken bij de rechter weinig effect te sorteren.⁴ Of de gedaagde een commercieel oogmerk had, wordt zowel uitdrukkelijk verklaard niet van belang te zijn bij de vaststelling van de schadevergoeding,⁵ als expliciet in aanmerking genomen bij de vaststelling van de schadevergoeding.⁶ Ook relevant blijkt de houding van de gedaagde. Een partij die meteen na de eerste sommatie het werk verwijdert, krijgt meestal een verlaagde schadevergoeding opgelegd.⁷

Sommige inbreukmakers verweren zich met een beroep op wettelijke excepties op het auteursrecht. In de elf vonnissen waarin de gedaagde zich beroept op een dergelijke exceptie werd dit beroep door de rechter afgewezen.⁸ De persexceptie wordt over het algemeen niet van toepassing geacht omdat de website van de gedaagde niet primair het brengen van nieuws als hoofddoel heeft.⁹ Een beroep op het citaatrecht wordt ook vrijwel altijd afgewezen, meestal vanwege ontbrekende naamsvermelding maar ook vaak omdat veel eerder sprake is van versiering dan van een functioneel verband.¹⁰ In één Cozzmoss-zaak werd echter bewezen geacht dat (in 2002) mondeling toestemming was verleend voor de overname.¹¹

Bepaling van schade

De wettelijke grondslag voor schadevergoeding bij inbreuk op auteursrecht is artikel 27 Auteurswet, hoewel strikt gesproken dit recht al voortvloeit uit het algemene artikel 6:162 BW.¹² De regels over aansprakelijkheid en vaststelling van de hoogte van de schade zijn dus bij auteurs-

rechtinbreuk niet anders dan bij een 'gewone' onrechtmatige daad.¹³

In de regel berust de berekening van een schadevergoeding op een concrete schadebegroting, waarbij de begroting zo veel mogelijk is gebaseerd op de concrete, individuele omstandigheden van de benadeelde.¹⁴ Bij inbreuk op het auteursrecht is het moeilijk de daadwerkelijk geleden schade vast te stellen, zeker wanneer dit via een ongrijpbaar medium als het internet plaatsvindt. De schade in deze zaken wordt dan ook op abstracte wijze begroot. Artikel 6:97 BW geeft de rechter de mogelijkheid om de schade te begroten 'op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is' met de aard van de schade, alsook de mogelijkheid om de schade te schatten. Deze laatste abstracte schadevergoeding is ook terug te vinden in artikel 27(2) Aw, waarin de rechter de mogelijkheid heeft om een forfaitair bedrag als schadevergoeding vast te stellen.

Dát er schade is geleden door de inbreuk, lijkt voor de rechter een gegeven. Een totale afwezigheid van schade wordt nergens aangenomen.¹⁵ De discussie komt dan ook eigenlijk altijd neer op de vraag welke schade is geleden. Uitgangspunt in vrijwel alle zaken is de vergoeding die verschuldigd zou zijn geweest indien de auteursrechthebbers de toestemming zou hebben gegeven voor de overname.¹⁶

Het recht op naamsvermelding wordt in de Auteurswet als persoonlijkheidsrecht (art. 25) opgevoerd en staat daarmee los van de economische exploitatierechten.¹⁷ In de onderzochte vonnissen wordt naamsvermelding echter regelmatig als economisch belang opgevoerd, bijvoorbeeld omdat naamsbekendheid leidt tot meer opdrachten.¹⁸ In slechts vijf gevallen wordt door de rechter immateriële schade toe-

4 Rb. Amsterdam 13 juli 2011, *IEPT* 20110713, r.o. 4.1; Rb. Arnhem 31 oktober 2011, *B9* 10370, r.o. 2.2; Rb. Breda 14 september 2011, *LJN* BT2326, r.o. 2.13; Rb. Groningen 8 december 2010, *LJN* BP6577, r.o. 4.5; Rb. Haarlem 18 november 2010, *LJN* BQ6771, p. 4; Rb. Zwolle-Lelystad 16 maart 2011, *LJN* BR6104, r.o. 4; Rb. Alkmaar 21 december 2011, *IEPT* 20111221, r.o. 4.2.

5 Rb. Dordrecht 20 juli 2011, *LJN* BR2517, r.o. 4.20, 2.26; Rb. Haarlem 7 december 2011, *LJN* BV6111, r.o. 4.6.

6 Rb. Haarlem 22 maart 2006, *AMI* 2006/4, 136, r.o. 4.10; Rb. Amsterdam 16 december 2011, *LJN* BV6471, r.o. 8; Rb. Alkmaar 21 december 2011, *IEPT* 20111221, r.o. 4.4.

7 Rb. Amsterdam 23 december 2011, *IEPT* 20111223, r.o. 10; Rb. Arnhem 10 december 2008, *IEPT* 20081210, p. 2; Rb. Amsterdam 24 augustus 2011, *LJN* BT1960, r.o. 19; Rb. Amsterdam 16 december 2011, *LJN* BV6471, r.o. 8.

8 Rb. Amsterdam 17 augustus 2011, *LJN* BT6885, r.o. 8; Rb. Utrecht 7 maart 2012, zaaknr. nr. 301478/HA ZA 11-291 (ongepubliceerd), r.o. 4.4; Rb. Dordrecht 20 juli 2011, *LJN* BR2517, r.o. 4.7-4.12; Rb. Amsterdam 3 februari 2011, *IEPT* 20110203, r.o. 9; Rb. Breda 14 september 2011, *LJN* BT2326, r.o. 2.9; Rb. Breda 29 juni 2011, *IEPT* 20110629, r.o. 6.2; Rb. Breda 30 mei 2012, *LJN* BW7204, r.o. 3.9.1-3.10.1; Rb. Breda 16 mei 2012, *IEF* 11478, r.o. 3.5; Rb. Arnhem 15 juni 2012, *B9* 11371, r.o. 4.11-4.15.

9 Zie ook Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, Kluwer 2005, p. 227-230; Rb. Rotterdam 22 augustus 2000, *Mediaforum* 2000, p. 344 (*AD/Eureka*; *Kranten.com*). Vgl. Hof Leeuwarden 26 juli 2011, *LJN* BR3119 (*Kranten/Provincie Flevoland*).

10 Rb. Dordrecht 20 juli 2011, *LJN* BR2517, r.o. 4.13; Rb. Amsterdam 24 augustus 2011, *LJN* BT1960, r.o. 16; Rb. Amsterdam 3 februari 2011, *IEPT* 20110203, r.o. 10;

Rb. Breda 30 mei 2012, *LJN* BW7204, r.o. 3.10. Zie ook HR 26 juni 1992, *NJ* 1993, 205 (*Damave/Trouw*).

11 Rb. Dordrecht 7 maart 2012, *LJN* BV7786, *LJN* BV7786, r.o. 2.11 (*Cozzmoss/BVFP*).

12 N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Noordhoff Uitgevers: Amsterdam 2007, p. 205-206; Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, Amsterdam: Kluwer Recht en Praktijk 42 (2005), p. 494. Naast schadevergoeding is ook winstafdracht (art. 27a Aw) mogelijk. Dit laten wij buiten beschouwing, net als beslag en afgifte (art. 28 Aw) nu dit in de onderzochte vonnissen nooit werd gevorderd. Zie over winstafdracht als meer geëigend middel T.E. Deurvorst, 'Schadevergoeding en proceskostenveroordeling bij inbreuk op auteursrecht', *AMI* 2012/3, p. 85-89.

13 T. Hartlief, 'Schadevergoedingsrecht', in: Spier e.a. (red.) *Verbintnissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 235-236; Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, Kluwer 2005, p. 493.

14 Hartlief 2009, p. 227-228.

15 Bij een niet-bedrijfsmatig handelend fotograaf kan dat wellicht anders zijn. Rb. Amsterdam 9 maart 2006, *LJN* AV4204 (*Curry/Weekend*).

16 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 27. Deze vergoeding moet 'een passende beloning' opleveren, aldus het Hof van Justitie in de *Premier League*-zaak (4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 en C-429/08); *AMI* 2012/1, nr. 1 m.nt. F.W. Grosheide.

17 Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 351.

18 Rb. Amsterdam 29 februari 2012, *IEF* 10982, r.o. 2.10; Rb. Amsterdam 13 juli 2011, *IEPT* 20110713, r.o. 4.5, 4.8; Rb. 's-Gravenhage 13 juli 2011, *IEPT* 20110713, r.o. 4.28; Rb. 's-Hertogenbosch 11 januari 2006, *LJN* AU9504, r.o. 5.8, 5.11; Rb. 's-Gravenhage 29 september 2011, *IEPT* 20110929, r.o. 6.7.

gewezen voor het ontbreken van de naam, waaronder twee als gevolg van het ontbreken van verweer door de gedaagde en één zonder motivering.¹⁹ Dat ontbreken van naamsvermelding de kans op verdere inbreuk wordt vergroot, wordt ook wel als argument geaccepteerd.²⁰ In het enige arrest wordt het ontbreken van naamsvermelding als deel van de schade genoemd, maar wordt niet gemotiveerd hoe dit begroot wordt als deel van de vergoeding.²¹

Naast de gemiste gebruiksvergoeding worden ook wel andere schadeposten opgevoerd. Zo wordt verlies aan exclusiviteit en vermindering van exploitatiemogelijkheden regelmatig erkend als schade.²² Minder sterke argumenten blijken echter afname van *traffic* naar de website van de rechthebbende,²³ het niet meer kunnen stellen van voorwaarden voor het gebruik,²⁴ het te algemeen bekend worden van de foto,²⁵ gemiste advertentie-inkomsten²⁶ en het zelf moeten opzoeken van de inbreuk.²⁷

Aansluiting bij richtprijzen

Voor begroting van schade geleden door professionele rechthebbenden kan aansluiting worden gezocht bij prijzen die in de branche gebruikelijk zijn.²⁸ De beoordeling door de rechter steunt in deze gevallen op objectieve maatstaven, waarbij de rechter nagaat hoe groot de schade in het algemeen zou zijn geweest van een schuldeiser in een gelijksoortige positie.²⁹

Fotografen hanteren hierbij vaak (18 van de 29 fotografen-vonnissen) de zogeheten *Richtprijzen Fotografie*. Tot 2004 publiceerde de FotografenFederatie, de overkoepelende organisatie van diverse beroepsverenigingen van fotografen een lijst met richtprijzen. Na sommatie door de kartelwaakhond NMa heeft de organisatie de publicatie gestaakt.³⁰ Publicatie en verhoging van de prijzen is vervolgens als particulier initiatief overgenomen, hoewel volslagen ondui-

delijk is hoe de representativiteit van deze prijzen wordt bepaald.³¹ Het is dan ook bepaald merkwaardig te noemen dat rechters in 9 van de 29 fotografen-zaken de Richtprijzen volgen bij bepaling van de schade.³²

De auteursrechtenorganisatie voor visuele makers Pictoright heeft ook een tarievenlijst opgesteld voor gebruikers, maar deze wordt in geen enkel vonnis expliciet genoemd. Vanuit de aan Pictoright gelieerde stichting Foto Anoniem is een prijslijst beschikbaar die vaak als vervanging van de Richtprijzen wordt gepresenteerd.³³ Ook hiervan is niet duidelijk hoe de gangbaarheid van de tarieven wordt bepaald.

Er is ons geen onderzoek bekend dat bepaalt welke prijzen gebruikelijk zijn in deze branche. Eind 2010 publiceerde *NRC Handelsblad* een overzicht van de tien best verkochte foto's van fotobureau Hollandse Hoogte.³⁴ De nummer één had als topprijs € 482,-. En voor wie als particulier op niet-commerciële basis een foto wil gebruiken, is sinds enige tijd de website www.eerlijkefoto.nl beschikbaar. Deze verkoopt licenties voor enkele euro's voor niet-commercieel gebruik. De toegewezen schadevergoeding wijkt hier fors vanaf: de mediaan ligt rond de € 1.200,-, met uitschieters naar enkele duizenden euro en in één geval € 19.500,-.

Economische waarde

Voor het begroten van de schade wordt door Cozzmoss aansluiting gezocht bij het zelf geïntroduceerde criterium van de 'economische waarde' van het artikel dat is overgenomen. De economische waarde wordt ingevuld als de kosten die de rechthebbende, in de meeste gevallen een krant, voor het artikel heeft gemaakt. De kosten worden in twaalf van de 23 vonnissen gelijkgesteld aan het betaalde freelance tarief per woord, dat loopt van 36 cent per woord voor *de Volkskrant* tot 52 cent per woord voor *NRC Handelsblad*.³⁵ Hiermee komt de waarde neer op een vergoeding

19 Rb. Amsterdam 22 juli 2011, *LJN* BV6764, r.o. 7-8; Rb. Breda 6 juli 2011, *IEPT* 20110706, r.o. 3.2-3.3; Rb. 's-Gravenhage 29 september 2011, *IEPT* 20110929, r.o. 6.7; Rb. Leeuwarden 19 oktober 2011, *IEPT* 20111019, r.o. 2.5; Rb. Alkmaar 21 december 2011, *IEPT* 20111221, r.o. 4.7.
20 Rb. Arnhem 31 oktober 2011, *B9* 10370, r.o. 2.7; Rb. 's-Gravenhage 13 juli 2011, *IEPT* 20110713, r.o. 4.28; Rb. Haarlem 19 november 2008, *LJN* BG5139, r.o. 8; Rb. 's-Hertogenbosch 11 januari 2006, *LJN* AU9504, r.o. 5.8, 5.11.
21 Hof Amsterdam 17 juli 2012, *B9* 11482, r.o. 3.4.2.
22 Rb. Amsterdam 3 februari 2011, *IEPT* 20110203, r.o. 15-16; Rb. Breda 14 september 2011, *LJN* BT2326, r.o. 2.14; Rb. Groningen 8 december 2010, *LJN* BP6577, r.o. 4.7; Rb. Zwolle-Lelystad 16 maart 2011, *LJN* BR6104, r.o. 6; Rb. Arnhem 15 juni 2012, *B9* 11371; Rb. Middelburg 11 juni 2012, *LJN* BX4106; Rb. Rotterdam 10 augustus 2012, *B9* 11563; Rb. Breda 16 mei 2012, *IEF* 11478; Rb. Zutphen 9 november 2011, *B9* 11374. Anders: Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 499.
23 Rb. Breda 30 mei 2012, *LJN* BW7204, r.o. 3.14.6-7.
24 Rb. Arnhem 31 oktober 2011, *B9* 10370, r.o. 2.7; Rb. Rotterdam 2 september 2004, *LJN* AT4681, p. 4.
25 Rb. 's-Gravenhage 29 september 2011, *IEPT* 20110929, r.o. 6.7.
26 Rb. Breda 29 augustus 2012, *LJN* BX5896, r.o. 2.9.
27 Rb. Haarlem 19 november 2008, *LJN* BG5139, r.o. 8; Rb. Maastricht 8 februari 2006, *LJN* AV2506, r.o. 3.6.
28 Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 498-499; Deurvorst 2012, p. 86.
29 Hartlief 2009, p. 228-231.
30 'Federatie trekt adviestariefen in', *PhotoQnl* 13 juli 2004. Vgl. NMa-besluit

3309-186 van 26 april 2004 (NIP, LIVE, NVP en NVVP).

31 'De richtprijzen zijn gebaseerd op onderzoek naar het prijspeil voor publicatie en productie.' Jurriaan Nijkerk, 'Richtprijzen Nederlandse Vakfotografie 2012', www.photonmagazine.eu. Navraag bij de heer Nijkerk leverde geen inzage in dit onderzoek of de gebruikte methodologie op.
32 Rb. Rotterdam 2 september 2004, *LJN* AT4681; Rb. Maastricht 8 februari 2006, *LJN* AV2506; Rb. Roermond 17 april 2007, *LJN* BA3462; Rb. Amsterdam 22 juli 2011, *LJN* BV6764; Rb. Arnhem 31 oktober 2011, *B9* 10370; Rb. Amsterdam 29 februari 2012, *IEF* 10982; Rb. Amsterdam 6 april 2012, *IEPT* 20120406; Rb. Arnhem 15 juni 2012, *B9* 11371; Rb. Rotterdam 10 augustus 2012, *B9* 11563.
33 'Als FotoAnoniem u deze vrijwaring afgeeft betaalt u daarvoor de gangbare tarieven voor publicatie, vermeerderd met 15 procent administratiekosten,' FotoAnoniem.nl 11 juli 2012.
34 'De 10 best verkochte foto's van Hollandse Hoogte', *NRC Weekblad* 27 november 2010.
35 Rb. Alkmaar 16 maart 2011, *IEF* 9568, r.o. 6; Rb. Amsterdam 3 februari 2011, *IEPT* 20110203, r.o. 4; Rb. Breda 14 september 2011, *LJN* BT2326, r.o. 2.3; Rb. Breda 29 juni 2011, *IEPT* 20110629, r.o. 4.1; Rb. Groningen 8 december 2010, *LJN* BP6577, r.o. 2.1-2.2; Rb. Haarlem 18 november 2010, *BQ6771*, p. 3; Rb. Dordrecht 20 juli 2011, *LJN* BR2517, 4.19-20; Rb. Amsterdam 17 augustus 2011, *LJN* BT6885, r.o. 11; Rb. Zwolle-Lelystad 16 maart 2011, *LJN* BR6104, r.o. 6; Rb. Utrecht 24 augustus 2011, *LJN* BS1232, r.o. 4.2; Rb. Utrecht 7 maart 2012, zaaknr. nr. 301478/HA ZA 11-291 (ongepubliceerd), r.o. 4.9-4.10; Rb. Breda 30 mei 2012, *LJN* BW7204, r.o. 3.14.3.

van de volledige kosten die de kranten voor het artikel hebben betaald. Dit staat in groot contrast met de vergoeding van slechts 2% die de kranten zelf in begin 2000 voor het hergebruik op internet aan freelance journalisten bereid waren te betalen.³⁶

Een andere invulling van 'economische waarde' is de gepubliceerde prijs voor hergebruik. Deze prijs blijkt in de praktijk identiek aan het al genoemde freelance tarief. In acht van de 23 Cozzmoss-vonnissen wordt deze invulling gevolgd.³⁷ Het lage aantal is vooral verklaarbaar doordat Cozzmoss deze invulling pas sinds medio 2011 hanteert. In twee zaken werden beide invullingen overigens samen gehanteerd.³⁸

Eisen van verhogingen

In 42 van de 54 zaken wordt een verhoging (meestal verdubbeling of verdrievoudiging) van de economische waarde, licentievergoeding of het oorspronkelijk honorarium geëist als onderdeel van de schade. Als grondslag wordt onder meer aangevoerd dat sprake is van uitgeholde exclusiviteit,³⁹ dat de inbreuk op internet de kans verhoogt op nieuwe inbreuken,⁴⁰ dat publicatie ongevroegd plaatsvond,⁴¹ dat het achteraf kopen van toestemming moet worden tegengegaan,⁴² ter ontmoediging van inbreuk⁴³ of simpelweg dat de auteursrechten zijn geschonden.⁴⁴ De laatste drie grondslagen komen in feite neer op het creëren van een afschrikking om auteursrechten te schenden. Dit is vanuit de positie van rechthebbenden begrijpelijk. Wanneer de schadevergoeding gelijk is aan de normale licentievergoeding, bestaat het reële gevaar dat potentiële klanten eenvoudigweg het risico nemen niet te betalen totdat zij op de vingers worden getikt.

Een punitieve grondslag voor het hanteren van verhogingen van de gebruikelijke tarieven bij berekening van schadevergoeding is in de wet echter niet terug te vinden.⁴⁵ Het gaat in het civiele recht immers om het compenseren van de geleden schade, en niet om leedtoevoeging of bestraf-

ping van de onrechtmatige daad, of om het creëren van een afschrikking naar derden toe. Dit zijn overwegingen om een daad strafbaar te stellen, en de reden dat opzettelijke inbreuk op het auteursrecht als misdrijf is vastgelegd.

Kanttekening daarbij is dat strafrechtelijke handhaving in het auteursrecht vrijwel volstrekt afwezig is. Hoewel formeel de opzettelijke schending van het auteursrecht een misdrijf is, komt het Openbaar Ministerie slechts in zeer uitzonderlijke gevallen in actie.⁴⁶ Er moet sprake zijn van grootschalige inbreuk die verband houdt met georganiseerde misdaad of de volksgezondheid bedreigt. Het soort inbreuken dat in dit onderzoek centraal staat, voldoet volstrekt niet aan dit criterium.

De afwezigheid van een effectief strafrechtelijke handhaving heeft, samen met de grootschalige inbreuken op internet, er dan ook toe geleid dat rechthebbenden zelf op zoek zijn gegaan naar genoegdoening binnen de civielrechtelijke handhaving. Dit leidt tot allerlei argumenten waarom de schade meer is dan de gewone gemiste vergoeding. Hoe begrijpelijk dit ook is, het wringt wel met het wettelijk systeem van schadevergoeding.

Invloed van algemene voorwaarden

Een veel gebruikt argument (24 van de 54 zaken) door rechthebbenden om een hogere schadevergoeding te eisen dan de gebruikelijke vergoeding is dat door hen gehanteerde algemene voorwaarden een beding van die strekking kennen. De hierbij vrijwel altijd gehanteerde voorwaarden zijn de standaardvoorwaarden zoals gepubliceerd door Nederlandse Vereniging van Journalisten (NVJ) en de Fotografiefederatie (FF). Artikel 18A en 19 van de NVJ-voorwaarden bepalen dat bij 'gebruik dat niet is overeengekomen' een vergoeding van minstens drie keer het overeengekomen honorarium moet worden betaald, en nog eens 100% van het honorarium wanneer naamsvermelding ontbreekt. Artikel 17.2 en 18.2 van de FF-voorwaarden bevatten overeenstemmende bedingen.

36 Rb. Amsterdam 22 december 1999, *LJN* AA3995; Rb. Amsterdam 9 augustus 2000, *LJN* AA6716; Rb. Amsterdam 1 mei 2002, *LJN* AE3459; Rb. Utrecht 26 maart 2008, *LJN* BC7661.

37 Rb. Dordrecht 20 juli 2011, *LJN* BR2517; Rb. Utrecht 16 november 2011, *IEPT* 20111116; Rb. Amsterdam 23 november 2011, *IEPT* 20111123; Rb. Utrecht 7 maart 2012, zaaknr. nr. 301478/HA ZA 11-291 (ongepubliceerd); Rb. Breda 30 mei 2012, *LJN* BW7204, r.o. 3.14.13; Rb. Breda 16 mei 2012, *IEF* 11478, r.o. 3.6; Rb. Zutphen 9 november 2011, *B9* 11374, r.o. 4.6; Rb. Arnhem 18 juni 2012, *B9* 11358, r.o. 4.3.

38 Rb. Utrecht 24 augustus 2011, *LJN* BS1232, r.o. 4.5; Rb. Breda 30 mei 2012, *LJN* BW7204, r.o. 3.14.3.

39 Rb. Amsterdam 16 december 2011, *LJN* BV6471, r.o. 3; Rb. Amsterdam 23 december 2011, *IEPT* 20111223, r.o. 3; Rb. Amsterdam 3 februari 2011, *IEPT* 20110203, r.o. 4; Rb. Arnhem 15 juni 2012, *B9* 11371; Rb. Middelburg 11 juni 2012, *LJN* BX4106; Rb. Rotterdam 10 augustus 2012, *B9* 11563; Rb. Breda 16 mei 2012, *IEF* 11478; Rb. Zutphen 9 november 2011, *B9* 11374.

40 Rb. Groningen 8 december 2010, *LJN* BP6577, r.o. 2.2.

41 Rb. Utrecht 7 maart 2012, zaaknr. 301478/HA ZA 11-291 (ongepubliceerd), r.o.

3.2; Rb. Breda 29 juni 2011, *IEPT* 20110629, r.o. 4.1; *IEPT*, r.o. 3.2.

42 Rb. Amsterdam 16 december 2011, *LJN* BV6471, r.o. 3; Rb. Amsterdam 23 december 2011, *IEPT* 20111223, r.o. 3; Rb. Groningen 8 december 2010, *LJN* BP6577, r.o. 2.2; Rb. Breda 29 juni 2011, *IEPT* 20110629, r.o. 4.1.

43 Rb. Amsterdam 3 februari 2011, *IEPT* 20110203, r.o. 4; Rb. Rotterdam 10 augustus 2012, *B9* 11563; Rb. Breda 16 mei 2012, *IEF* 11478; Rb. Zutphen 9 november 2011, *B9* 11374.

44 Rb. Alkmaar 16 maart 2011, *IEF* 9568, r.o. 6; Rb. Dordrecht 7 maart 2012, *LJN* BV7786, r.o. 4.23; Rb. Groningen 8 december 2010, *LJN* BP6577, r.o. 2.2; Rb. Utrecht 24 augustus 2011, *LJN* BS1232, r.o. 4.7; Rb. Utrecht 7 maart 2012, zaaknr. nr. 301478/HA ZA 11-291 (ongepubliceerd), r.o. 3.2; Rb. Amsterdam 17 augustus 2011, *LJN* BT6885, r.o. 11; Rb. Breda 29 juni 2011, *IEPT* 20110629, r.o. 4.1; Rb. Haarlem 18 november 2010, *LJN* BQ6771, r.o. 6; Rb. Utrecht 16 november 2011, *IEPT* 20111116, r.o. 3.2.

45 Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 498-499.

46 *Aanwijzing intellectuele-eigendomsfraude* (2005A022), *Stcrt.* 2006, nr. 6. Verlengd bij besluit tot 31 januari 2016, *Stcrt.* 2012, nr. 1754. Zie ook Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 534.

In de onderzochte zaken gaat het om inbreuk en niet om wanprestatie bij overeenkomst, waardoor geen direct beroep kan worden gedaan op algemene voorwaarden.⁴⁷ Toch zoekt de rechter regelmatig aansluiting bij deze standaardvoorwaarden. In het ene arrest alsmede negen van de vijftien fotografen-vonnissen wordt analoge toepassing van de FF-voorwaarden aangenomen.⁴⁸ Terugkerende overweging daarbij is dat deze 'een rechtens aanvaardbaar en geaccepteerd uitgangspunt vormen om de schade te begroten' dan wel dat toepassing aansluit bij wat gebruikelijk is in de branche. Verdere motivering blijft uit, met het gevolg dat het onduidelijk blijft waarop deze overwegingen gebaseerd zijn.

Opmerkelijk is dat bij geschreven werk (Cozzmoss en Schrijvers) de NVJ-voorwaarden veel minder snel van toepassing worden verklaard. In zes van de acht zaken waarin de NVJ-voorwaarden werden opgevoerd door eisers, wees de rechter dit beroep af.⁴⁹ De rechter overwoog onder meer dat deze niet overeengekomen waren en dat de daaruit voortvloeiende verhoging niet gebaseerd was op een schadeberekening. De motivatie om wel toe te passen is in de andere twee zaken zeer beperkt.⁵⁰

In vier zaken waar de AV FF als uitgangspunt worden genomen, wordt de verhoging uit deze voorwaarden als objectieve maatstaf aangenomen.⁵¹ Daarnaast is volgens vijf rechters een verhoging gerechtvaardigd als 'straf' omdat het derden anders vrij zou staan achteraf toestemming te kopen.⁵² Vijf andere rechters wijzen de verhoging uit de AV FF af, omdat de verhoging het karakter heeft van een boete.⁵³ Hier wordt vaak aan toegevoegd dat überhaupt geen toepassing van de AV FF kan plaatsvinden, omdat de

algemene voorwaarden niet tussen de partijen zijn overeengekomen.⁵⁴ Of deze voorwaarden dan een 'rechtens aanvaardbaar en geaccepteerd uitgangspunt' kunnen zijn, blijft daarbij in het midden.

Proceskosten

Los van de toewijzing en begroting van een schadevergoeding, geldt bij auteursrechtinbreuken dat in beginsel de volledige, werkelijke proceskosten vergoed moeten worden door de in het ongelijk gestelde partij.⁵⁵ De rechter kan beoordelen of de kosten redelijk en evenredig zijn en deze kosten op grond van de billijkheid eventueel matigen.

De hoogte van (dreigende) proceskosten wordt in de praktijk, zeker bij de 'kleine' inbreukmaker uit dit onderzoek, genoemd als belangrijke factor om tot een schikking over te gaan.⁵⁶ Uit het onderzoek blijkt dat de rechter in negentien van de 54 gevallen de schadevergoeding matigt, meestal (13 van 19) tot maximaal €1000,- euro.⁵⁷ In één geval werden de indicatietarieven gevolgd en werd € 8.000,- euro toegevoegd.⁵⁸ In nog eens tien gevallen werden de proceskosten gecompenseerd in die zin dat partijen hun eigen kosten dragen.⁵⁹ In twee zaken kreeg de gedaagde zijn proceskosten vergoed van de eiser.⁶⁰

Conclusies

Hoe bepaalt de rechter de hoogte van de schadevergoeding bij 'kleine' online auteursrechtinbreuken? Wij onder-

47 Groene Serie Schadevergoeding (Deurvorst), aant. 97 bij art. 6:96.

48 Hof Amsterdam 17 juli 2012, B9 11482, r.o. 3.4.2; Rb. Amsterdam 22 juli 2011, LJV BV6764, r.o. 8; Rb. Amsterdam 26 november 2008, IEPT 20081126, r.o. 4.8; Rb. 's-Gravenhage 29 september 2011, IEPT 20110929, r.o. 6.8; Rb. Roermond 17 april 2007, LJV BA3462, p. 6; Rb. Haarlem 19 november 2008, LJV BG5139, r.o. 6.; Rb. Arnhem 29 februari 2012, LJV BV7587, r.o. 4.4; Rb. Rotterdam 2 september 2004, LJV AT4681, p. 4; Rb. Maastricht 15 april 2009, LJV BI1157, p. 4; Rb. Arnhem 31 oktober 2011, B9 10370, r.o. 2.6.

49 Rb. Alkmaar 3 augustus 2011, LJV BR4987, p. 4; Rb. Utrecht 7 maart 2012, zaaknr. nr. 301478/HA ZA 11-291 (ongepubliceerd), r.o. 4.12; Rb. Dordrecht 20 juli 2011, LJV BR2517, r.o. 4.24; Rb. Arnhem 10 december 2008, IEPT 20081210, p. 2; Rb. Utrecht 16 november 2011, IEPT 20111116, r.o. 4.8; Rb. Utrecht 24 augustus 2011, LJV BS1232, LJV BS1232, r.o. 4.8.

50 Rb. Haarlem 18 november 2010, LJV BQ6771, r.o. 8; Rb. Haarlem 22 maart 2006, AMI 2006/4, nr. 12, r.o. 4.10-11.

51 Rb. Amsterdam 22 juli 2011, LJV BV6764, r.o. 8; Rb. Roermond 17 april 2007, LJV BA3462, p. 6; Rb. 's-Gravenhage 29 september 2011, IEPT 20110929, r.o. 6.8; Rb. Arnhem 15 juni 2012, B9 11371, r.o. 4.19.

52 Rb. 's-Gravenhage 29 september 2011, IEPT 20110929, r.o. 6.8; Rb. Arnhem 31 oktober 2011, B9 10370; Rb. Arnhem 21 november 2011, LJV BV6788; Rb. Arnhem 29 februari 2012, LJV BV7587, r.o. 4.5; Rb. Rotterdam 10 augustus 2012, B9 11563, r.o. 4.10.

53 Rb. 's-Hertogenbosch 11 januari 2006, LJV AU9504, r.o. 5.12; Rb. Amsterdam 29 februari 2012, IEF 10982, r.o. 2.9; Rb. Maastricht 8 februari 2006, LJV AV2506, r.o. 3.6; Rb. Haarlem 25 mei 2011, IEPT 20110525, r.o. 4.10; Rb. Breda 30 mei 2012, LJV BW7204, r.o. 3.14.5.

54 Rb. Amsterdam 29 februari 2012, IEF 10982, r.o. 2.9; Rb. Haarlem 25 mei 2011, IEPT 20110525, r.o. 4.9; Rb. 's-Hertogenbosch 11 januari 2006, LJV AU9504, r.o.

5.12; Rb. Maastricht 8 februari 2006, LJV AV2506, r.o. 3.6; Rb. Amsterdam 6 april 2012, IEPT 20120406, r.o. 8.

55 Art. 1019h Rv, in afwijking van de hoofdregel uit art. 237 Rv. Als leidraad gelden daarbij de 'indicatietarieven' zoals in oktober 2010 gepubliceerd door de Rechtspraak in overleg met de Nederlandse Orde van Advocaten.

56 Zie ook D.J.G. Visser, 'Kroniek van de Intellectuele Eigendom (2012)', NJB 2012 (15), pp. 1041-1049.

57 Rb. Haarlem 18 november 2010, LJV BQ6771; Rb. Groningen 8 december 2010, LJV BP6577; Rb. Amsterdam 3 februari 2011, IEPT 20110203; Rb. Zwolle/Lelystad 16 maart 2011, LJV BR6104; Rb. Utrecht 24 augustus 2011, LJV BS1232; Rb. Breda 14 september 2011, LJV BT2326; Rb. Amsterdam 23 november 2011, IEPT 20111123; Rb. Amsterdam 16 december 2011, LJV BV6471; Rb. 's-Hertogenbosch 11 januari 2006, LJV AU9504; Rb. Roermond 17 april 2007, LJV BA3462; Rb. Rb. Amsterdam 26 november 2008, IEPT 20081126; Rb. 's-Gravenhage 13 juli 2011, IEPT 20110713; Rb. Amsterdam 22 juli 2011, LJV BV6764; Rb. 's-Gravenhage 29 september 2011, IEPT 20110929; Rb. Alkmaar 21 december 2011, IEPT 20111221; Rb. Arnhem 29 februari 2012, LJV BV7587; Rb. Amsterdam 29 februari 2012, IEF 10982; Rb. Rotterdam 10 augustus 2012, B9 11563; Rb. Breda 30 mei 2012, LJV BW7204.

58 Rb. Amsterdam 29 februari 2012, IEF 10982.

59 Rb. Arnhem 10 december 2008, IEPT 20081210. Rb. Alkmaar 16 maart 2011, IEF 9568; Rb. Utrecht 16 november 2011, IEPT 20111116; Rb. Amsterdam 23 december 2011, IEPT 20111223; Rb. Maastricht 8 februari 2006, LJV AV2506; Rb. Haarlem 7 juli 2010, LJV BN0985; Rb. Arnhem 21 november 2011, LJV BV6788; Rb. Amsterdam 6 april 2012, IEPT 20120406; Rb. Haarlem 22 maart 2006, AMI 2006/4, 136; Rb. Alkmaar 3 augustus 2011, LJV BR4987.

60 Rb. Dordrecht 7 maart 2012, LJV BV7786; Rb. Amsterdam 24 augustus 2011, LJV BT1960.

zochten 53 vonnissen en één arrest waarin de inbreukmaker een relatief kleine websitehouder is, waarin inbreuk is gemaakt op het auteursrecht op een foto of een geschreven werk en de hoofdvraag in de zaak vooral is toegespitst op de hoogte van de schadevergoeding.

Uitgangspunt in vrijwel alle zaken is de vergoeding die verschuldigd zou zijn geweest indien de auteursrechthebber toestemming zou hebben gegeven voor de overname. Ook wordt voor ontbrekende naamsvermelding regelmatig een aparte vergoeding verschuldigd geacht. In twintig van de 23 onderzochte Cozzmoss-zaken wordt de 'economische waarde' als basis genomen, oftewel het aankoopbedrag van het artikel door de krant in wiens opdracht het is geschreven of de gepubliceerde prijs voor hergebruik.

Bij fotografen wordt vaak geschermd met richtprijzen om de vergoeding te bepalen. Deze worden in negen van de 29 fotografen-zaken overgenomen door de rechter. De algemene voorwaarden van de Fotografenfederatie worden verder

regelmatig (9 uit 15) als 'rechtens aanvaardbaar en geaccepteerd uitgangspunt om de schade te begroten' opgevoerd, met overwegend als gevolg een verhoging naar twee (soms drie) maal de oorspronkelijke licentievergoeding. Bij tekstschrijvers en Cozzmoss wordt het gebruik van de standaardvoorwaarden van de Nederlandse Journalisten Vereniging juist in meerderheid (6 uit 8) van de gevallen afgewezen. Ook zonder toepassing van bepalingen uit algemene voorwaarden wordt een verhoging van de waarde van het werk regelmatig (13 uit 24) toegewezen, zeker wanneer deze is gepresenteerd als aanvullende schade (zoals uitholling van exclusiviteit of ontbrekende naamsvermelding). Een verhoging met punitief element (bestrafen van overname, afschrikken van derden) wordt echter ook relatief vaak (11 uit 19 zaken) toegewezen. Hoezeer er tegenwoordig sprake is van een tijd waarin gemakkelijk online inbreuk op auteursrechten wordt gepleegd, blijft het buitengewoon merkwaardig dat een vordering tot schadevergoeding kan worden ingezet als algemeen preventiemiddel.

PERSVRIJHEIDSFONDS

Het Persvrijheidsfonds maakt het journalisten in Nederland mogelijk in vrijheid hun werk te doen en steunt hen bij juridische procedures met een principieel karakter

Heeft u een zaak met een principieel karakter?

Kijk voor de voorwaarden op:
www.persvrijheidsfonds.nl

Draagt u de persvrijheid in Nederland een warm hart toe?

Steun het Persvrijheidsfonds door uw bijdrage te storten op bankrekeningnummer: ING 667103511