



*Begroten en onderbouwen
van schade bij auteursrechtinbreuken
op fotografische werken*

Jeroen de Winter (S1062806)

ONDERZOEKSRAPPORT

Module: cfr SVA

MEI 2016

In opdracht van: Charlotte's Law & Fine Prints
mw. mr. C. W. Meindersma

Scriptiebegeleidster: mw. mr. A. Kloover
Onderzoeksdocent: mw. mr. I. Van Mierlo-Groot

Reguliere kans



CHARLOTTE'S LAW
& FINE PRINTS



hogeschool
Leiden



Dankwoord

Met het schrijven van dit dankwoord, komt een hoofdstuk ten einde. Een hoofdstuk waar soms geen eind aan leek te komen en een hoofdstuk dat ik met veel interesse heb bewandeld. Het hoofdstuk *Studeren* sluit zich en opent de deuren van een nieuwe. Ongetwijfeld één waarbij de eerder opgedane kennis van pas komt.

Een dankwoord. Zonder namen te noemen, kan eigenlijk niemand vergeten worden. Toch, zonder sentimenteel te worden of het belang ervan te onderschatten, wil ik de volgende personen bedanken. Op de eerste plek mevrouw mr. Charlotte W. Meindersma, in de hoedanigheid van mijn opdrachtgeefster en eigenaresse van *Charlotte's Law & Fine Prints*. Haar kennis en kijk op de wereld van het auteursrecht is ongekend en verdient veel ontzag. Ik dank haar voor haar kennis, tijd en geduld. Op de tweede plek gaat mijn dank uit naar mevrouw mr. Annemieke Kloover en mevrouw mr. Ingrid van Mierlo-Groot, in de hoedanigheid van mijn scriptiebegeleidster en mijn onderzoeksdocent. Ik dank hun beide voor hun kennis en goede raad. Daarnaast wil ik mijn ouders bedanken voor hun onvoorwaardelijke liefde, vertrouwen en steun tijdens alle hoogte- en dieptepunten die mijn studie met zich meebracht. Als laatste wil ik mijn vriend en studiegenoot Casper R. Lut bedanken voor de morele steun en goede raad die ik van hem heb mogen ontvangen gedurende onze vriendschap.

Jeroen de Winter
Den Haag, mei 2016



Naamsvermelding



Geen Afgeleide Werken



Samenvatting

De toename van het aantal auteursrechtinbreuken op foto's gaat gepaard met de digitalisering van de samenleving. Dat valt te herleiden uit het percentage geanalyseerde uitspraken (95,1%), waarbij er sprake is van een digitale inbreuk. Daar waar het aantal inbreuken groeit, heeft ook het aantal gerechtelijke procedures toegenomen. Dit onderzoek is op verzoek van de opdrachtgeefster tot stand gekomen, omdat er geen vaste richtlijnen zijn waarmee een fotograaf zijn schade en vordering inzake schadevergoeding kan begroten en onderbouwen, waardoor de opdrachtgeefster haar klanten niet optimaal kan adviseren. De centrale vraag luidt daarbij: "Wat kan Charlotte's Law & Fine Prints fotografen – die haar klanten zijn – adviseren met betrekking tot het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding en de proces- en andere gerechtelijke kosten, die voortvloeien uit auteursrechtinbreukzaken op fotografische werken, blijkens jurisprudentie?" Voor dit onderzoek zijn 61 uitspraken geanalyseerd en het biedt de opdrachtgeefster handvatten om haar klanten te adviseren. Ondanks dat de wet geen onderscheid maakt, zijn in dit onderzoek drie verschillende smaken fotografen te onderscheiden, te weten: (1) de professionele fotograaf die een eigen prijslijst hanteert; (2) de professionele fotograaf die geen eigen prijslijst hanteert; en (3) de amateurfotograaf. Uit het onderzoek komt tevens naar voren dat er in alle gevallen sprake is van schadebedragen op grond van gebruikersvergoedingen (licenties) en niet van een schadebedrag dat ziet op het rechten-vrij overdragen van auteursrecht.

Om schadevergoeding toegewezen te kunnen krijgen, dient een fotograaf aan te tonen dat zijn foto tot stand is gekomen door creatieve keuzes en dat de foto een eigen, oorspronkelijk karakter heeft. Daarnaast dient hij aan te tonen dat er sprake is van een inbreuk op zijn auteursrecht(en). Ter onderbouwing van de schade doet een fotograaf er goed aan om te stellen dat (1) hij inkomsten heeft misgelopen of dat er sprake is van winstderving; (2) dat zijn exploitatiemogelijkheden zijn beperkt; (3) dat hij geen voorwaarden heeft kunnen stellen aan het gebruik, doordat de foto zonder toestemming is gebruikt; (4) dat zijn goede naam en/of exclusiviteit is aangetast; (5) dat de waarde van zijn auteursrechten zijn verminderd; en/of (6) dat er (in de toekomst) prijsbederf valt te verwachten. Het begroten en onderbouwen van de schade en het schadebedrag dient op een overzichtelijke en eenvoudige manier te worden gedaan. Hoe ingewikkelder de bewijsvoering wordt gemaakt, hoe groter de kans is dat de hoogte van het schadebedrag wordt verlaagd of afgewezen.

Ondanks dat een fotograaf vrij is in het bepalen van de waarde van zijn foto('s) en daarmee de omvang van zijn schade, doet een professionele fotograaf die geen eigen prijslijst/tarieven gebruikt, er goed aan om bij een auteursrechtinbreuk een schadebedrag te hanteren dat ligt tussen €150,00 en €500,00 per auteursrechtinbreuk (voor het gebruik van een jaar). Een professionele fotograaf die geen eigen prijslijst/tarieven hanteert kan zijn schade begroten aan de hand van (1) de Richtprijzen Nederlandse Vakfotografie; (2) de tarieven van Stichting FotoAnoniem; of (3) de tarieven van Stichting Pictoright. In 89,3% van de uitspraken, die betrekking hebben op dergelijke richtprijzen/tarieven, accepteert de rechter de hiervoor genoemde richtprijzen/tarieven om de schade op objectieve



wijze te begroten. Een fotograaf doet er zodoende goed aan om bij een auteursrechtinbreuk richtprijzen/tarieven te hanteren die liggen tussen €180,00 en €513,00 per auteursrechtinbreuk (voor het gebruik van een jaar). Een marktconform tarief ligt voor beide smaken fotografen op €255,00 per foto (voor het gebruik van een jaar). Jurisprudentie met betrekking tot amateurfotografen ontbreekt. Toch stelt de wet niet dat alleen een professionele fotograaf het recht, om een werk openbaar maken en te verveelvoudigen, toekomt. Een amateurfotograaf dient zijn schade eveneens te kunnen begroten en onderbouwen. Immers, ook een amateurfotograaf kan worden beperkt in zijn (mogelijke) exploitatiemogelijkheden. Daarbij zou een amateur eveneens gebruik moeten kunnen maken van een marktconform tarief van €255,00 per foto (voor het gebruik van een jaar).

Naast een schadebedrag dat voortkomt uit mislopen van inkomsten of winstderving, kan schade ook ontstaan door het ontbreken van naamsvermelding, het verminken, aantasten of misvormen van een auteursrechtelijk beschermd foto of door het niet kunnen stellen van voorwaarden aan het gebruik van de foto en het onrechtmatige gebruik (ook wel een regeling achteraf genoemd). De algemene voorwaarden van DuPho stellen dat een verhoging van het schadebedrag mogelijk is van 100% (wegens het ontbreken van naamsvermelding) en 100% (wegens het verminken van de foto) en 300% (wegens een regeling achteraf). DuPho is de beroepsorganisatie voor professionele fotografen. Ondanks dat er geen contractuele relatie bestaat, accepteert de kantonrechter in 82,4% van de uitspraken de algemene voorwaarden om de schade op objectieve wijze te begroten, omdat deze rechtens aanvaardbaar en geaccepteerd zijn. Gezien recente jurisprudentie kan een verhoging, zoals hiervoor genoemd, worden gevorderd. Een vordering wegens het ontbreken van naamsvermelding en het verminken, aantasten of misvormen van een foto kan aan de hand van art. 25 lid 1 Aw en art. 16 en 18 van de algemene voorwaarden van DuPho. Een juridische grondslag voor een regeling achteraf ontbreekt, maar wordt in 51,4% van de betreffende uitspraken wel geaccepteerd en vindt zijn oorsprong in art. 17 van de algemene voorwaarden van DuPho. Een regeling achteraf kan onderbouwd worden met de woorden: "dat het immers niet aantrekkelijk gemaakt moet worden, voor gebruikers van auteursrechtelijk beschermd werk, door achteraf alsnog het gangbare tarief te betalen en dan niet slechter uit te zijn dan als zij van tevoren toestemming zou hebben gevraagd. In dat geval zou immers het systeem van bescherming van auteursrechten illusoir worden gemaakt." Dergelijke verhogingen kunnen – om de kans op schadevergoeding te vergroten – worden gevorderd over het aantal inbreuk-makende foto's en niet over het aantal (auteursrecht)inbreuken of over de totale vordering.

De procesrisico's zijn laag wanneer komt vast te staan dat er sprake is van een auteursrechtinbreuk en de vordering, met betrekking tot de proces- en andere gerechtelijke kosten, binnen de marges van de indicietarieven vallen, die rechtbanken hanteren. Deze indicietarieven kennen een plafond van €6.000,00. Of een rechter de gedaagde veroordeelt in de proces- en andere gerechtelijke kosten valt samen met de manier waarop een fotograaf zijn schade begroot en onderbouwt. Een fotograaf doet er zodoende goed aan om de schade en het schadebedrag op een overzichtelijk en eenvoudige wijze te onderbouwen en te begroten en rekening te houden met de hiervoor genoemde richtprijzen/tarieven.



> 0 Inhoudsopgave

Samenvatting	3
Hoofdstuk 1 – Inleiding	7
1.1 – Probleemanalyse	7
1.2 – Juridische achtergrond	9
1.3 – Doelstelling	10
1.4 – Centrale vraagstelling	11
1.5 – Deelvragen & methoden van onderzoek	11
1.6 – Begrippenlijst	13
1.7 – Leeswijzer	13
Hoofdstuk 2 – Theoretisch-juridisch kader	14
2.1 – Auteursrechtinbreuk	14
2.1.1 – <i>Openbaar maken & verveelvoudigen</i>	15
2.1.2 – <i>Beperkingen</i>	17
2.1.3 – <i>Toerekening</i>	19
2.1.4 – <i>Rechtverkrijgende</i>	21
2.2 – Schadevergoeding	21
2.2.1 – <i>Een schadebedrag</i>	22
2.2.2 – <i>Verhoging van het schadebedrag</i>	22
2.2.3 – <i>Bijkomende vorderingen</i>	24
2.2.4 – <i>Proces- en andere gerechtelijke kosten</i>	26
2.2.5 – <i>Omvang schade</i>	26
Hoofdstuk 3 – Resultaten	27
3.1 – Eigen prijslijst/tarieven	27
3.1.1 – <i>Rechter gaat mee in begroting en onderbouwing</i>	28
3.1.2 – <i>Rechter gaat niet mee in begroting en onderbouwing</i>	29
3.1.3 – <i>Rechter wijst vordering af</i>	30



3.2 – Geen eigen prijslijst/tarieven	30
3.2.1 – <i>De Richtprijzen Nederlandse Vakfotografie</i>	31
3.2.2 – <i>De tarieven van de fotoverkoop afdeling van ANP Photo</i>	33
3.2.3 – <i>De tarieven van de Universiteit Utrecht</i>	33
3.2.4 – <i>De tarieven van Stichting FotoAnoniem</i>	33
3.2.5 – <i>De tarieven van Pictoright</i>	34
3.2.6 – <i>De tarieven van DuPho</i>	35
3.2 – Proces- en andere gerechtelijke kosten	36
Hoofdstuk 4 – Conclusies	37
4.1 – Professionele fotograaf met eigen prijslijst	37
4.2 – Professionele fotograaf zonder eigen prijslijst	38
4.3 – Amateurfotograaf	40
4.4 – Verhoging van het schadebedrag	40
4.1.1 – <i>Verlaging van een verhoging van het schadebedrag</i>	41
4.5 – Een boete of preventie-middel	42
4.6 – Meer inbreuken, minder vergoeding	43
4.7 – Duur van een licentie	43
4.8 – Proces- en andere gerechtelijke kosten	43
Hoofdstuk 5 – Aanbevelingen	45
5.1 – Schade onderbouwen	45
5.2 – Schade begroten	46
5.3 – Verhoging van het schadebedrag	47
5.4 – Proceskosten	47
Hoofdstuk 6 – Literatuur- & bronnenlijst	48
Bijlage	52
Bijlage 1 – Lijst geanalyseerde uitspraken	52
Bijlage 2 – Algemene voorwaarden van DuPho (2015)	54
Bijlage 3 – Resultatenoverzicht	55



1

Hoofdstuk 1

Inleiding

"Het is vanwege het slaafse karakter van de fotografie dat ik een fundamentele verachting voel voor deze nieuwe uitvinding, die nooit kunst zal voortbrengen, maar slechts in staat is om met behulp van een stuk geslepen glas de natuur te plagiëren", zei de Franse minister Alphonse Lamartine (1850) over fotografie. Dat foto's tegenwoordig een wezenlijk onderdeel zijn van de wereldwijde samenleving bewijzen de – gemiddeld – 350 miljoen nieuwe foto's die per dag worden geüpload via Facebook¹ en 55 miljoen foto's via Instagram.²

Urhneberrecht. Droits d'auteur. Copyright. Derecho de autor. Autorské právo. Ophavsret. Of gewoon het auteursrecht. In Nederland opgetekend in de Auteurswet. De wet die foto's van 'creatievelingen' beschermt tegen inbreuken door derden. Wanneer er sprake is van een dergelijke inbreuk, is de fotograaf gerechtigd zijn geleden schade van de inbreukmaker te vorderen. In dit hoofdstuk komen de Probleemanalyse (*paragraaf 1.1*), Juridische achtergrond (*paragraaf 1.2*), Doelstelling (*paragraaf 1.3*), Centrale vraagstelling (*paragraaf 1.4*), Deelvragen & methoden van onderzoek (*paragraaf 1.5*) en Leeswijzer (*paragraaf 1.6*) aan bod.

1.1 Probleemanalyse

Uit de toenemende stroom jurisprudentie blijkt dat er steeds vaker sprake is van auteursrechtinbreuken en dat steeds meer fotografen – die *slachtoffer* zijn van auteursrechtinbreuken – kiezen voor een gerechtelijke procedure om hun geleden schade vergoed te krijgen. Deze toename gaat gepaard met de digitalisering van de samenleving en het gebruik van zoekmachines als Google, Yahoo en Bing en Social Media platforms als Facebook (9,4 miljoen Nederlandse profielen sinds 2004), Instagram (1,8 miljoen Nederlandse profielen sinds 2010), Twitter (2,8 miljoen Nederlandse profielen sinds 2006), Pinterest (1,6 miljoen Nederlandse profielen sinds 2010) en YouTube.³ Uit Jurisprudentie is ook te herleiden dat het mensen vaak ontbreekt aan het besef dat er op (digitale) foto's auteursrecht rust, waardoor foto's van Social Media platforms worden gekopieerd en voor eigen gebruik worden gebruikt. In een zaak voor de Haarlemse Rechtbank werd door de advocaat van de gedaagde gepleit: "van schuld of verwijtbaarheid aan de zijde van gedaagde is [immers] geen sprake, nu eiser de foto 'downloadable' op zijn website heeft geplaatst, zodat die foto

¹ Oosterveer 2014.

² Volkskrant 2013.

³ Hendriksma 2015.



gemakkelijk op Google terecht kon komen. Onder die omstandigheden hoefde gedaagde er niet op bedacht te zijn, dat er mogelijk een auteursrecht op rustte.”⁴

Als er sprake is van een auteursrechtinbreuk en de fotograaf zich tot de rechter went, dient hij zijn schade te begroten en te onderbouwen. De vraag hierbij betreft hoe de fotograaf zijn schade op een manier kan begroten en onderbouwen, zodat de schadevergoeding, die hij vordert, door de rechter toegewezen krijgt. DuPho gaf tot halverwege 2008 fotografen – die geen eigen prijzen/prijslijst hadden om hun geleden schade te begroten en te onderbouwen – de mogelijkheid hun schade te begroten en te onderbouwen aan de hand van gepubliceerde richtprijzen (zie *paragraaf 1.6*). Halverwege 2008 trekt DuPho deze richtprijzen in wegens de angst om beboet te worden door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). De NMa had daarvoor vier organisaties van psychologen beboet wegens het verspreiden van adviesprijzen, omdat dit een vorm van concurrentievervalsing zou impliceren.⁵

Er zijn voor dit onderzoek drie smaken fotografen te onderscheiden: (1) de professionele fotograaf met eigen prijslijst; (2) de professionele fotograaf zonder eigen prijslijst; en (3) de amateurfotograaf. De auteurswet maakt geen onderscheid in de verschillende smaken, toch bestaan er onderlinge verschillen.

De professionele fotograaf met eigen prijslijst (met een prijslijst wordt bedoeld: de vaste vooropgestelde prijzen of tarieven die fotografen hanteren voor hun diensten, vaak neergelegd in licentieovereenkomsten), zal doorgaans minder moeite hebben om zijn schade aan te tonen. Hij verwijst naar de prijzen/tarieven die hij doorgaans hanteert voor een licentie. *De professionele fotograaf zonder eigen prijslijst* kan een eigen prijslijst/tarieven hebben, maar werkt doorgaans niet met licenties, waarin vaste prijzen zijn opgenomen voor aangeboden diensten. Zij werken doorgaans in opdracht (bijvoorbeeld als portret- en bruidsfotograaf), waarbij elke opdracht anders ingedeeld kan zijn. Daarbij rijst de vraag of zij (van tevoren vastgestelde) vaste prijzen/tarieven hebben voor één enkele foto in een krant/nieuwsblad of voor bloggers of een advertentie, om hun schade aan te tonen, te begroten en te onderbouwen. Als laatste heeft *de amateurfotograaf* helemaal geen prijzen/tarieven om zijn schade te kunnen begroten en te onderbouwen, omdat deze geen commerciële doelstellingen heeft. De vraag is daarbij hoe zij hun schade op een manier kunnen begroten en onderbouwen, om de schadevergoeding, die zij vorderen, door de rechter toegewezen te krijgen. Daarnaast speelt de vraag of amateurfotografen überhaupt schade (kunnen) lijden, als zij normaal hun foto's nooit verkopen/in licentie geven. Als amateurfotografen geen schade (zouden) kunnen lijden, rijst de vraag wat het nut van auteursrechten dan voor hen is en welke bescherming amateurfotografen zodoende toekomt. Onduidelijkheid zorgt voor rechtsonzekerheid. De vraag rijst ook hoe schade begroot kan worden wanneer er sprake is van een fotograaf die een prijslijst hanteert, maar geen bedrag heeft opgesteld voor een specifieke inbreuk. In dit onderzoek wordt geen onderscheid gemaakt tussen auteursrechtinbreuken in traditionele media⁶ en auteursrecht-

⁴ Rb. Haarlem 7 juli 2010, *LJN* BN0985

⁵ PhotoQ.nl 2008.

⁶ Rb. 's-Hertogenbosch 11 januari 2006, *LJN* AU9504; Rb. Amsterdam 17 april 2008, *LJN* BC9778. Rb; 's-Hertogenbosch 18 augustus 2011, zaak/rolnr.: 753348 / 11-3513.



inbreuken in digitale media,⁷ omdat beide type media ook na de opkomst van Social Media⁸ belangrijke pilaren zijn binnen de fotografie- en auteursrechtenwereld.

De opdrachtgeefster, mevrouw mr. Charlotte W. Meindersma (informatierecht juriste en eigenaresse van Charlotte's Law & Fine Prints), heeft in de praktijk ervaren dat er onduidelijkheid bestaat over de manier waarop rechters, in Nederland, schade en schadevergoedingen, met betrekking tot fotografische werken, vaststellen. Daarnaast stelt zij dat er geen richtlijnen bestaan met betrekking tot het begroten en onderbouwen van schade, waardoor het voor haar onduidelijk is wat en hoe zij haar klanten kan adviseren. De toename van jurisprudentie laat zien dat fotografen tegenwoordig steeds vaker besluiten om te gaan procederen, waardoor het van belang is om te weten hoe schade op een manier kan worden begroot en onderbouwd, zodat schadevergoeding verkregen kan worden. Ook met het oog op artikel 1019h van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv), wat zegt dat de in het ongelijk gestelde partij wordt veroordeeld in de gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijkgestelde partij heeft gemaakt, is het van belang om te weten hoe schade begroot en onderbouwd moet worden, omdat procederen risico's met zich meebrengen.

1.2 Juridische Achtergrond

Fotografen worden beschermd door het auteursrecht. Artikel 10 lid 1 onder 9 van de auteurswet (hierna: Aw) zegt dat fotografische werken onder de bescherming van de auteurswet vallen. De fotograaf dient aan te tonen dat zijn foto een werk is in de zin van art. 10 lid 1 Aw. De wet specificeert zich hier niet in. Jurisprudentie heeft zich hierover in meerdere arresten wel van doen uitspreken. Onder meer in het *Screenoprints/Citroën*-arrest,⁹ het *Van Dale/Romme*-arrest¹⁰ en later in het *Lancôme/Kecofa*-arrest¹¹ heeft de Hoge Raad beslist dat een voortbrengsel voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt wanneer het (1) voor menselijke waarneming vatbaar is; (2) een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het een persoonlijke stempel van de maker draagt (EOK&PS); en (3) het EOK&PS niet enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect.¹² In het *Endstra/Nieuw Amsterdam*-arrest wordt hieraan toegevoegd dat niet als eis mag worden gesteld dat de maker bewust een werk heeft willen scheppen en bewust creatieve keuzes heeft gemaakt.¹³ Het *Eva-Maria Painer*-arrest van het Hof van Justitie heeft aan de kwestie toegevoegd dat de auteur in staat is/moet zijn om zijn foto een "persoonlijke noot" te geven door het gebruik van bijvoorbeeld verschillende technieken, invalshoeken, camera-instellingen en het gebruik van software.¹⁴ De fotograaf heeft daarnaast het uitsluitend recht zijn foto te openbaren en te verveelvoudigen.¹⁵ Wanneer een ander dan de fotograaf dit, zonder toestemming van de fotograaf doet, ontstaat er

⁷ Rb. Haarlem, 07 december 2011, L/JN BV6111; Rb. Amsterdam 25 november 2012, L/JN BY0834.

⁸ Van Zessen 2014.

⁹ HR 29 november 1985, NJ 1987, 880 (*Screenoprints/Citroën*)

¹⁰ HR 04 januari 1991, NJ 1991, 608 (*Van Dale/Romme*)

¹¹ HR 16 juni 2006, L/JN AU8940 (*Lancôme/Kecofa*; geurwerk)

¹² Gielen e.a. 2014, p. 448.

¹³ HR 30 mei 2008, NJ 2008, 556 (*Endstra/Nieuw Amsterdam*; De Endstra-tapes)

¹⁴ HvJ EU 1 december 2011, EC-145/10 (*Eva-Maria Painer*)

¹⁵ Zie art. 1 Aw



een auteursrechtinbreuk. Wanneer er sprake is van een auteursrechtinbreuk heeft de fotograaf het recht om zijn geleden schade van de inbreukmaker te vorderen. Dit wordt mogelijk gemaakt door art. 27 lid 1 Aw, wat zegt: “Niettegenstaande de gehele of gedeeltelijke overdracht van zijn auteursrecht blijft de maker bevoegd een rechtsvordering ter verkrijging van schadevergoeding in te stellen tegen degene, die inbreuk op het auteursrecht heeft gemaakt.” De fotograaf pleit, in zaken bij de (kanton)rechter, zelf (of hij laat zich bijstaan door een gemachtigde of advocaat¹⁶) voor de omvang van de schade (en hoogte van de schadevergoeding). Voor het begroten van de schade kan de fotograaf onder andere aansluiting zoeken bij zijn standaardvoorwaarden; licentievergoedingen; gederfde winst; of aan de hand van de door de inbreukmaker verkochte of anderszins geëxplodeerde inbreuk-makende exemplaren.¹⁷ Kan de hoogte van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt dit door de rechter geschat, aldus Art. 6:97 BW. De rechter bepaalt uiteindelijk de hoogte van de schadevergoeding en kan dit ‘in passende gevallen’ vaststellen op een forfaitair bedrag.¹⁸

1.3 Doelstelling

Het doel van dit onderzoek is om fotografen die klant zijn van Charlotte’s Law & Fine prints te kunnen voorzien van advies over hoe zij hun geleden schade op een manier kunnen begroten en onderbouwen, waarmee zij schadevergoeding van de inbreukmaker kunnen vorderen ten overstaan van de Nederlandse rechter, op een manier zodat de Nederlandse rechter daarmee instemt. Het onderzoek zal bestaan uit een advies waarin naar voren komt hoe fotografen hun schade kunnen begroten en onderbouwen, zodat zij hun geleden schade vergoed kunnen krijgen. De rol van art. 1019h Rv richt zich op het idee dat de veroordeling in de proces- en andere gerechtelijke kosten invloed kan hebben op de bereidbaarheid om te procederen.

¹⁶ Zie art. 80 Rv jo art. 79 Rv

¹⁷ Gielen e.a. 2014, p. 543 & 544.

¹⁸ Zie art. 27 lid 2 Aw; zie ook Gielen e.a. 2014, p. 544.



1.4 Centrale vraagstelling

De centrale vraag luidt: Wat kan **Charlotte's Law & Fine Prints** fotografen – die haar klanten zijn – adviseren met betrekking tot het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding en de proces- en andere gerechtelijke kosten, die voortvloeien uit auteursrechtinbreukzaken op fotografische werken, blijkens jurisprudentie?

1.5 Deelvragen en methoden van onderzoek

Voor het beantwoorden van de hoofdvraag dienen de deelvragen te worden beantwoord. Naast een overzicht van de deelvragen wordt hierna ook de methoden van onderzoek, per deelvraag, beschreven.

Deelvraag 1

Wanneer is er sprake van een auteursrechtinbreuk op een fotografische werk, blijkens een literatuur- en wetsanalyse?

Voor het beantwoorden van deze deelvraag is gekeken naar Nederlandse wet- en regelgeving op het gebied van het Nederlandse auteursrecht. Daarbij spelen de artikelen 1 en 10, alsmede de artikelen 15a, 16a, 16b, 18b, 19, 20 en 21 van de Auteurswet een rol. De benodigde kennis is daarbij voor het grootste deel gehaald uit: *'Kort Begrip van het Intellectueel Eigendomsrecht'*. Geschreven door: Ch. Gielen, A.C.M. Alkema, P.G.F.A. Geerts, M.M. Groenenboom, R. Hermans, R.C.K. van Oerle & A.M.E. Verschuur.

Deelvraag 2

Wat houdt schadevergoeding in op grond van een auteursrechtinbreuk op een fotografisch werk van een fotograaf, blijkens een literatuur- en wetsanalyse?

Voor het beantwoorden van deze deelvraag wordt gekeken naar Nederlandse wet- en regelgeving op het gebied van het Nederlandse schadevergoedingsrecht met betrekking tot het auteursrecht. Daarbij spelen de artikelen 27, 27a en 28 van de Auteurswet, alsmede de artikelen 6:95, 6:97, 6:103, 6:162, 6:167, 6:196, 6:296 en 6:302 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) een rol. De benodigde kennis is daarbij voor het grootste deel gehaald uit: *'Kort Begrip van het Intellectueel Eigendomsrecht'*. Geschreven door: Ch. Gielen, A.C.M. Alkema, P.G.F.A. Geerts, M.M. Groenenboom, R. Hermans, R.C.K. van Oerle & A.M.E. Verschuur.



Deelvraag 3a

Hoe wordt schadevergoeding, met betrekking tot auteursrechtinbreuk van fotografische werken van professionele fotografen met eigen prijslijsten, vastgesteld, blijkens een jurisprudentieanalyse?

Deelvraag 3b

Hoe wordt schadevergoeding, met betrekking tot auteursrechtinbreuk van fotografische werken van professionele fotografen zonder eigen prijslijsten, vastgesteld, blijkens een jurisprudentieanalyse?

Deelvraag 3c

Hoe wordt schadevergoeding, met betrekking tot auteursrechtinbreuk van fotografische werken van amateurfotografen, vastgesteld, blijkens een jurisprudentieanalyse?

Voor het beantwoorden van de deelvragen 3a, 3b en 3c is het van belang om erachter te komen welke feiten en omstandigheden een rol hebben gespeeld bij het oordeel van de rechter. Gekeken is naar de vordering van de eisende partij en naar de onderbouwing van de schade. Daarnaast is gekeken naar de betwistingen van de gedaagde en de onderbouwing daarvan. Uiteindelijk is gekeken hoe de rechter omgaat met de bewijsvoering, de onderbouwing van de schade en betwistingen en hoe de rechter uiteindelijk de schade en de schadevergoeding wel of niet heeft vaststelt. Daarvoor zijn 61 zaken geanalyseerd. De uitspraken komen voort uit: www.rechtspraak.nl, www.ie-forum.nl & www.boek9.nl. Vindplaatsen die (ook) door advocaten en IE-juristen worden gebruikt. Het tijdsbestek ligt tussen 2006 en 2016, zodat een valide en betrouwbaar beeld wordt verkregen omtrent de hoofdvraag en van de ontwikkelingen binnen de rechtspraak. Daarnaast is het tijdsbestek nodig omdat een korter tijdsbestek kan zorgen voor een groter risico op “toeval”. Een overzicht van de geanalyseerde uitspraken is terug te vinden in *bijlage 1*.

Deelvraag 4

Hoe wordt de veroordeling in de proces- en andere gerechtelijke kosten vastgesteld, blijkens een jurisprudentieanalyse?

Voor het beantwoorden van deze deelvraag is van belang om erachter te komen hoe de veroordeling in de proces- en andere gerechtelijke kosten wordt vastgesteld. Dit met het oog op de procesrisico's die de fotograaf heeft met betrekking tot de auteursrechtinbreuk. Met de proces- en andere gerechtelijke kosten worden de kosten met betrekking tot art. 1019h van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bedoeld. Voor het beantwoorden van deze deelvraag wordt kort gekeken naar wet- en regelgeving. De benodigde kennis is daarbij gehaald uit: *'Kort Begrip van het Intellectueel Eigendomsrecht'*. Geschreven door: Ch. Gielen, A.C.M. Alkema, P.G.F.A. Geerts, M.M. Groenenboom, R. Hermans, R.C.K. van Oerle & A.M.E. Verschuur. Daarnaast wordt gekeken naar jurisprudentie, waarbij dezelfde 61 zaken zijn geanalyseerd, zoals naar wordt verwezen bij deelvraag 3a, 3b en 3c.



1.6 Begrippenlijst

DuPho : Dutch Photographers (de beroepsorganisatie voor professionele fotografen). Tot 2009 heette DuPho: *de Fotografenfederatie*. Daar waar in jurisprudentie wordt gesproken over de Fotografenfederatie, wordt mede bedoeld: DuPho.

1.7 Leeswijzer

Dit onderzoek is opgebouwd uit 6 hoofdstukken en de bijlagen. In hoofdstuk 1 zijn – zoals hiervoor omschreven – de probleemanalyse, doelstelling, hoofd- en deelvragen en de methoden van onderzoek uiteengezet. In hoofdstuk 2 is het theoretisch-juridisch kader opgetekend, waarin antwoord wordt gegeven op de deelvragen 1 en 2. In dit hoofdstuk worden de kaders aangegeven waarbinnen dit onderzoek zich afspeelt. In hoofdstuk 3 zijn de resultaten terug te vinden, met een verwijzing naar bijlage 3. Daarin zijn de bevindingen terug te vinden die voortkomen uit de jurisprudentieanalyse. In hoofdstuk 4 staan de conclusies geformuleerd die voortkomen uit de jurisprudentieanalyse. In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de deelvragen 3a, 3b, 3c & 4 en op de hoofdvraag. In hoofdstuk 5 staan de aanbevelingen. De aanbevelingen (of: advies) zijn tot stand gekomen naar aanleiding van de resultaten en de conclusies. In hoofdstuk 6 zijn de literatuur- en bronnenlijst terug te vinden. Dit onderzoek wordt afgesloten met de bijlagen.



Hoofdstuk 2

Theoretisch-juridisch kader

Dit hoofdstuk bestaat uit twee deelvragen, waarbij deelvraag 1 (*paragraaf 2.1*) luidt: “Wanneer is er sprake van een auteursrechtinbreuk op een fotografisch werk, blijkens een literatuur- en wetSANalyse?” Deelvraag 2 (*paragraaf 2.2*) luidt: “Wat houdt schadevergoeding in op grond van een auteursrechtinbreuk op een fotografisch werk van een fotograaf, blijkens een literatuur- en wetSANalyse?” Het doel van dit hoofdstuk is om inzicht te geven binnen welke (juridische) kaders dit onderzoek zich afspeelt, waarbij de Auteurswet de boventoon voert.

De eerste vormen van auteursrechten, die een wettelijke grondslag kennen, kwamen voor in de The Statute of Queen Anne (Groot-Brittannië, 1709),¹⁹ gevolgd door de Boekenwet 1803 of *Wet van 3 Junij 1803* (Betaafse Republiek, 1803) en de ‘sur la propriété littéraire et artistique’ (Franse Bezetting, 1795-1813).²⁰ Deze wetten waren bedoeld om de rechten van drukkers en boekverkopers (*kopijrecht*, *copyright*) te waarborgen.²¹ Dankzij de invoering van de Auteurswet 1817 kregen auteurs ‘het regt van kopij of van kopieren door den druk’ (of wel: het auteursrecht op het voortgebrachte werk).²² De tot nu toe geldende Auteurswet 1912 zag het levenslicht op 23 september 1912, zij het dat de wet sinds maart 2008 eenvoudigweg de Auteurswet (hierna: Aw) wordt genoemd.²³ Zij is de opvolger van de Auteurswet 1881 en gebaseerd op de Berner Conventie (hierna: BC) van 1886.²⁴

2.1 Auteursrechtinbreuk

De eerste deelvraag luidt: “Wanneer is er sprake van een auteursrechtinbreuk op een fotografisch werk, blijkens een literatuur- en wetSANalyse?” Van belang is om te weten dat *fotografische werken* onder de bescherming van de Auteurswet vallen. In art. 10 lid 1 sub 9 Aw is opgetekend dat foto’s worden aangemerkt als ‘werken van letterkunde, wetenschap of kunst’. Zodoende wordt een foto van een fotograaf beschermd door het auteursrecht. Waaraan een fotografisch werk moet voldoen om daadwerkelijk te worden gezien als een werk van letterkunde, wetenschap of kunst’ wordt niet door de wet gespecificeerd. Jurisprudentie heeft zich hierover in meerdere arresten wel van doen uitspreken (*paragraaf 1.2*).

¹⁹ Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 18.

²⁰ Gielen e.a. 2014, p. 445.

²¹ Holzhauser & Gellaerts 2015, p.33.

²² Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 20.

²³ Reparatielwet Justitie III (*Stb.* 2008, 85). Toelichting, *Stb.* 2008, 149. Nota van toelichting, *stb.* 2009, 3. zegt: Die overbodige toevoeging [lees: 1912] wekt ten onrechte de indruk dat de wet in de loop der jaren niet veelvuldig aan technologische ontwikkelingen is aangepast”; zie ook Gielen & Visser 2013, p. 1.

²⁴ Gielen & Visser 2013, p. 1.



Het belangrijkste artikel inzake de bescherming van auteursrechten en de eerste deelvraag is art. 1 Aw, wat zegt: “Het auteursrecht is het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld.” Uit dit artikel valt op te maken dat een fotograaf, of zijn rechtverkrijgende, het alleenrecht heeft om zijn *werk van letterkunde, wetenschap of kunst* (te weten: een fotografisch werk, hierna: foto) openbaar te maken en te verveelvoudigen. Met andere woorden: als *een ander* (hierna: inbreukmaker) dan de fotograaf, of diens rechtverkrijgende, een foto, zonder de toestemming van de fotograaf, openbaart en/of verveelvoudigt, treedt er een auteursrechtinbreuk op, omdat er een inbreuk wordt gepleegd op het uitsluitend recht van de fotograaf.²⁵ Toch bestaan er enkele beperkingen op het alleenrecht van de fotograaf (*paragraaf 2.1.2*). Daarnaast spreekt art. 1 Aw naast de fotograaf ook van zijn rechtverkrijgende (*paragraaf 2.1.3*).

2.1.1 Openbaar maken & verveelvoudigen

Het uitsluitend recht van een fotograaf richt zich op het alleenrecht om foto's te openbaren en te verveelvoudigen. Deze rechten worden ook wel aangeduid als de exploitatierechten.²⁶ Van belang is om te weten wanneer er sprake is van een openbaring en een verveelvoudiging en wanneer niet, omdat daaruit opgemaakt kan worden wanneer er sprake is van een inbreuk op het auteursrecht van een fotograaf.

Openbaar maken wil zeggen dat een foto voor het publiek toegankelijk wordt gemaakt of toegankelijk is voor een publiek en volgt uit art. 12 lid 1 Aw.²⁷ Art. 3 van de auteursrechtlijn spreekt daarnaast over ‘mededeling aan het publiek’.²⁸ Daarvan is sprake wanneer een inbreukmaker een foto op een zodanige wijze aan een publiek beschikbaar stelt dat het voor het publiek toegankelijk (zichtbaar/waarneembaar) wordt. Het begrip ‘publiek’ richt zich op een onbepaald aantal potentiële ontvangers, waarbij het moet gaan om een grote onstabiele groep. Bij openbaarmaking dient onderscheid te worden gemaakt tussen *materiële openbaarmaking* en *immateriële openbaarmaking*. Afhankelijk van de manier waarop de inbreukmaker de foto openbaart wordt van een materiële (in het verkeer brengen van een stoffelijk voorwerp, zoals een foto in een krant of tijdschrift, op een koffiemok of boekomslag) of immateriële openbaarmaking (het uitzenden via ether, kabel of satelliet, of via internet ter beschikking stellen door het uploaden van een foto) gesproken.²⁹ De wet kent een niet-limitatieve omschrijving van het begrip ‘publiek’, wat valt te herleiden uit de woorden “wordt mede verstaan”, van art. 12 lid 1 Aw. Zodoende is het openbaarmakingsrecht bestand tegen technologische ontwikkelingen.³⁰

Bij verveelvoudigen gaat het om het vervaardigen van één of meer stoffelijke exemplaren waarin een foto is vastgelegd of het bewerken van een foto, welke niet als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt en volgt uit art. 13 Aw. Een inbreukmaker dient zodoende één of meerdere kopieën te maken van een foto van een

²⁵ Gielen e.a. 2014, p. 535.

²⁶ Gielen e.a. 2014, p. 501.

²⁷ Gielen & Visser 2013, p. 21; zie ook Gielen e.a. 2014, p. 491.

²⁸ Richtlijn 2001/29/EG van HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

²⁹ Gielen e.a. 2014, p. 491.

³⁰ Gielen e.a. 2014, p. 491.



fotograaf of een foto te hebben bewerkt dat niet kan worden gezien als een nieuwe foto. Daarbij zorgen het drukken, fotograferen of fotokopiëren van bestaand beeldmateriaal en het digitaal of analoog opslaan, voor een verveelvoudiging, omdat een kopie wordt gemaakt van het oorspronkelijke werk.³¹ Van een verveelvoudiging kan eveneens sprake zijn wanneer een inbreukmaker auteursrechtelijk beschermde elementen ontleend aan de foto van een fotograaf.³² Ook het 'downloaden' of 'doorsturen' van een foto geldt als een verveelvoudiging. Bij downloaden is er sprake van het ophalen en op de eigen computer plaatsen van een (digitale) foto van internet. Hierdoor wordt een kopie gemaakt van het oorspronkelijke werk, waardoor er een verveelvoudiging van de foto ontstaat. Volgens de Amsterdamse kantonrechter is er bij het doorsturen van onlinefoto's eveneens sprake van het maken van een kopie van een oorspronkelijk werk, waardoor een ongeoorloofde verveelvoudiging ontstaat.³³

Embedden, framen, hyperlinken en thumbnail

Het 'embedden', 'framen' en 'hyperlinken' zorgt daarentegen niet voor een openbaring of verveelvoudiging. Bij embedden is er geen sprake van het maken van een kopie, omdat de content niet opnieuw wordt gedownload of geüpload, maar via de website van de auteursrechthebbende wordt vertoond. Er wordt zodoende gebruik gemaakt van de servercapaciteit van de auteursrechthebbende en niet van die van een derde³⁴. Het Hof van Justitie EU in Luxemburg heeft een eind gemaakt aan de twijfels of het embedden van auteursrechtelijk materiaal zorgt voor een inbreuk.³⁵ Bij framen wordt gebruikgemaakt van een verwijzing naar een foto. Er is sprake van het weergeven van een foto van een derde, zonder het te uploaden of het in bezit hebben van het oorspronkelijke werk.³⁶ Bij Hyperlinken wordt gebruikgemaakt van een link naar het oorspronkelijke werk. Er wordt zodoende gebruikgemaakt van een verwijzing naar het oorspronkelijke werk. Hierdoor ontstaat er geen nieuwe openbaarmaking. Het Hof van Justitie oordeelde dat een hyperlink geen mededeling aan een nieuw publiek is en het plaatsen van een hyperlink zodoende niet inbreuk-makend.³⁷ Het gebruik van een thumbnail (*duimnagel*) kan er ook voor zorgen dat er geen sprake is van een openbaarmaking. Bij een thumbnail is er sprake van een weergave van een kleine foto, die vaak (ook) als hyperlink fungeert. Of er sprake is van een thumbnail gaat gepaard met de vraag of er sprake is van een citaat (op grond van art. 15 Aw of art. 15a Aw) en – naar het oordeel van de rechter – hoe de afbeelding aan een publiek toegankelijk wordt gemaakt.³⁸ Het gebruik moet in overeenstemming zijn met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is en het aantal en de omvang van de geciteerde gedeelten door het te bereiken doel zijn gerechtvaardigd.³⁹

³¹ Gielen e.a. 2014, p. 481.

³² Gielen e.a. 2014, p. 485.

³³ Rb. Amsterdam 26 november 2011, *LJN* BU6269

³⁴ Meindersma 2014.

³⁵ HvJ EG 14 oktober 2014, *ECLI:EU:C:2014:2315*

³⁶ Polish Helsinki Foundation for Human Rights 2015.

³⁷ HvJ EG 13 februari 2014, *IEPT* 20140213 (Svensson/retriever); zie ook Beentjes 2014.

³⁸ Rb. Amsterdam 5 juni 2013, zaaknr.: C/13511443 / HA ZA 12-241

³⁹ Hof Arnhem 4 juli 2006, *IEF* 2288 (NVM v Zoekalhuizen)



2.1.2 Beperkingen

Beperkingen op het uitsluitend recht van een fotograaf volgen uit de art. 15-25 Aw en danken hun bestaan aan de implementatie van de Auteursrechtlijn.⁴⁰ Een beperking op een auteursrecht wil zeggen dat ondanks een fotograaf het uitsluitend recht heeft op de exploitatie van zijn foto's, een derde toch geen inbreuk maakt op de auteursrechten van de fotograaf bij het gebruikmaken van een foto. Zo kent het auteursrecht, ten aanzien van fotografen, als beperkingen: het citaatrecht (art. 15a Aw); een reportage (art. 16a Aw); eigen gebruik (art. 16b Aw); de parodie (art. 18b Aw); en het portretrecht (art. 19, 20 & 21 Aw). De beperkingen worden hierna verder toegelicht.

Citaatrecht

Artikel 15a van de Auteurswet, inzake het citaatrecht, is verbonden met de Vrijheid van Meningsuiting en het algemeen belang dat mensen kennis moeten kunnen nemen van actuele gebeurtenissen.⁴¹ In tegenstelling tot art. 15 Aw richt art. 15a Aw zich wel op het citeren van foto's. Het citaatrecht met betrekking tot foto's wordt ook wel een *beeldcitaat* genoemd. Bij een beeldcitaat wordt een foto of afbeelding van een fotograaf aangehaald. Gezien de beperkte omvang mag de gehele foto of afbeelding worden overgenomen.⁴² Een beeldcitaat is mogelijk wanneer voldaan wordt aan de (cumulatieve) vereisten van art. 15a lid 1 Aw, te weten: (1) het werk waaruit geciteerd wordt is rechtmatig openbaar gemaakt; (2) het citeren is in overeenstemming met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs is geoorloofd (proportionaliteitsvereiste) en aantal en omvang van het geciteerde gedeelten wordt door het te bereiken doel gerechtvaardigd; (3) artikel 25 (van de Auteurswet, te weten: de persoonslijksrechten) is in acht genomen; en (4) voor zover redelijkerwijs mogelijk, wordt de bron, waaronder de naam van de fotograaf, op duidelijke wijze vermeld. Dat een beeldcitaat onder de bescherming van art. 15a Aw valt, is te herleiden uit de laatste zinsnede van lid 1, wat zegt: 'of voor een uiting met een vergelijkbaar doel'.⁴³ Er is geen sprake van een toelaatbaar beeldcitaat als de foto of afbeelding in overwegende mate dient als versiering of verfraaiing. Daarnaast mag het citaat geen afbreuk doen aan de exploitatierechten van een fotograaf of als een zelfstandige vorm van exploitatie aan te merken zijn.⁴⁴

Reportage

Het is toegestaan om foto's of afbeeldingen in het openbaar in een foto-, film-, radio- of televisiereportage te gebruiken, door middel van een korte opname, weergave of mededeling, voor zover het een behoorlijke weergave geeft van een actuele gebeurtenis, welke het onderwerp van de reportage uitmaakt. Dit valt te herleiden uit art. 16a Aw, wat zich eveneens richt op het algemeen belang. Als dit zwaarder weegt dan de rechten van een fotograaf, is het toegestaan om een foto te vervelvoudigen. Foto's of afbeeldingen mogen worden gebruikt, mits zij zelf de actuele

⁴⁰ Richtlijn 2001/29/EG van HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij

⁴¹ Gielen e.a. 2014, p. 509.

⁴² Gielen e.a. 2014, p. 516.

⁴³ Art. 15a lid 1 Aw zegt: "Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd het citeren uit een werk in een aankondiging, beoordeling, polemiek of wetenschappelijke verhandeling of voor een uiting met een vergelijkbaar doel mits:"

⁴⁴ Gielen e.a. 2014, p. 514-516.



gebeurtenis vormen en de opname mag niet langer of uitgebreider zijn dan redelijkerwijze noodzakelijk is voor 'een behoorlijke weergave'.⁴⁵

Eigen gebruik

Art 16b Aw richt zich nadrukkelijk op handelingen die strikt in de privésfeer liggen. Het verveelvoudigen van auteursrechtelijk beschermde foto's is toegestaan als het strikt is bedoeld voor eigen oefening, studie of gebruik en er geen sprake is van een direct of indirect commercieel oogmerk. De (enkele) gemaakte verveelvoudigingen mogen zodoende niet aan derden worden afgegeven. Lid 4 van art. 16b Aw zegt hierover dat toestemming nodig is van de fotograaf of zijn rechtverkrijgenden om de verveelvoudiging (aan een derde) af te geven. Naast het feit dat, door het privégebruik, de handeling buiten de feitelijke controle van de fotograaf valt, valt het ook buiten de reikwijdte van zijn recht.⁴⁶ Het verveelvoudigen dient zich te beperken tot een klein gedeelte van het werk, behalve als het betreft: (1) werken, waarvan naar redelijkerwijs mag worden aangenomen geen nieuwe exemplaren tegen betaling, in welke vorm ook, aan derden ter beschikking zullen worden gesteld; of (2) in een dag-, nieuws- of weekblad of tijdschrift verschenen korte artikelen, berichten of andere stukken.

Parodie

De parodie is gebaseerd op art. 5 lid 3 sub k van de Auteursrechttrichtlijn en is terug te vinden in art. 18b Aw. Om een beroep te doen op dit artikel dient de openbaarmaking of verveelvoudiging van een foto een humoristische intentie te hebben of om de spot te drijven met de geparodieerde foto. Daarbij moet het gebruik in overeenstemming zijn met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is. Een parodie mag gericht zijn op het behalen van commercieel voordeel, maar niet gericht zijn op het commercieel benadelen van de fotograaf. De Hoge Raad heeft in het *Suske en Wiske*-arrest geoordeeld dat indien goed uitgevoerd, wordt een karikatuur of parodie gezien als een 'nieuw, oorspronkelijk werk'. Zo is voor herkenbaarheid als parodie een vrijwel exacte nabootsing nodig, die dan ook is toegestaan en geldt zodoende als een beperking op het uitsluitend recht van de maker.⁴⁷

Portretrecht

Volgens de Memorie van Toelichting is een portret een foto of afbeelding van het gelaat van een persoon, met of zonder die van verdere lichaamsdelen, op welke wijze zij ook vervaardigd is.⁴⁸ Het begrip 'portret' dient heden ruim te worden geïnterpreteerd. Het moet – herkenbaar – de beeltenis van een persoon omvatten, maar ook een bepaalde kenmerkende lichaamshouding kan onderhavig zijn aan het portretrecht.⁴⁹ Voor een portret is niet vereist dat de geportretteerde daarvoor heeft geposeerd: ook een foto, die *stiekem* of *per ongeluk* is gemaakt, kan een portret zijn. Het portretrecht richt zich op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (oftewel privacy) en niet de creatieve

⁴⁵ Gielen e.a. 2014, p. 510.

⁴⁶ Gielen e.a. 2014, p. 517-518.

⁴⁷ HR 13 april 1984, NJ 1984, 524 (*Suske en Wiske*-arrest); zie ook Holzhauser & Gellaert 2015, p. 52.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 912, nr. 11 (MvT).

⁴⁹ HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277, rov. 3.2 (*Naturiste*-arrest)



prestaties van de fotograaf. Het biedt antwoord tegen ongewenste publicaties, waarbij de privacy van geportretteerde die geen publieke bekendheid genieten zwaarder weegt dan dat van personen die wel publieke bekendheid genieten. Daarbij moet wel rekening gehouden worden met de persoon van de geportretteerde, de plaats en de wijze van totstandkoming van het portret, de aard en mate van intimiteit waarin de geportretteerde is afgebeeld, het karakter van de afbeelding, de context van de publicatie, de juistheid van de daarin verstrekte informatie, alsmede het maatschappelijk belang of de nieuws waarde van de openbaarmaking.⁵⁰ Een geportretteerde kan zodoende optreden tegen de openbaarmaking en verveelvoudiging van zijn portret, waarmee het uitsluitend recht van de fotograaf wordt beperkt. Er zijn twee soorten portretrechten te onderscheiden: (1) portretten die in opdracht zijn gemaakt (art. 19-20 Aw) en (2) portretten die niet in opdracht zijn gemaakt (art. 21 Aw).

Artikel 19 & 20 Aw

Art. 19 lid 1 Aw stelt dat een geportretteerde zijn in opdracht gemaakte foto zonder toestemming van de fotograaf mag verveelvoudigen. Lid 4 van datzelfde artikel stelt dat het hierbij alleen mag gaan om foto's of afbeeldingen die gemaakt zijn in opdracht van de geportretteerde. De geportretteerde mag zijn foto verveelvoudigen in een nieuwsblad of tijdschrift, voor zover de naam van de fotograaf wordt genoemd, aldus art. 19 lid 3 Aw. Daarnaast stelt art. 20 Aw dat de fotograaf, bij een in opdracht gemaakt portret, toestemming nodig heeft van de geportretteerde, om een foto te mogen verveelvoudigen. Portretten die in opdracht zijn gemaakt, zorgen zodoende voor een inperking van de rechten van de fotograaf.

Artikel 21 Aw

Bij art. 21 Aw spelen twee rechtsgronden een rol, te weten: *privacybelang* en *exploitatiebescherming*.⁵¹ Bij dit artikel gaat het om portretten die niet in opdracht zijn vervaardigd en waarbij openbaarmaking kan zorgen voor een inbreuk op de privacy van de geportretteerde. Art. 21 Aw stelt dan ook dat openbaarmaking niet is geoorloofd als een redelijk belang van de geportretteerde zich daartegen verzet. Een redelijk belang hoeft niet per definitie te zorgen voor een publicatieverbod. De rechter dient eveneens rekening te houden met het belang om een foto *wel* te publiceren, rekening houdend met de persvrijheid en vrijheid van meningsuiting (de exploitatiebescherming).⁵² Een gegrond redelijk belang kan zorgen voor een beperking van het auteursrecht van de fotograaf.

2.1.3 Toerekening

Als er sprake is van een auteursrechtinbreuk, heeft een fotograaf het recht om zijn geleden schade van de inbreukmaker te vorderen, in de vorm van schadevergoeding. De juridische grondslag voor schadevergoeding – met betrekking tot een auteursrechtinbreuk – is terug te vinden in art. 27 Aw, dat zijn werking dankt aan de implementatie van Richtlijn 2004/48/EG van het Europees parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van

⁵⁰ HR 14 juni 2013, *MF* 2013, m.nt. Schuijt, *IER* 2013/60, p. 470 m.nt. PGFAG (Cruiff/Tirion); zie ook Gielen e.a. 2014, p. 531.

⁵¹ Gielen e.a. 2014, p. 530.

⁵² HR 21 januari 1994, *NJ* 1994, 473 (Ferdi E-arrest)



intellectuele-eigendomsrechten.⁵³ Art. 27 Aw zegt: “Niettegenstaande de gehele of gedeeltelijke overdracht van zijn auteursrecht blijft de maker bevoegd een rechtsvordering ter verkrijging van schadevergoeding in te stellen tegen degene, die inbreuk op het auteursrecht heeft gemaakt.”

De vraag of een fotograaf recht heeft op schadevergoeding gaat gepaard met de vraag of de auteursrechtinbreuk aan de inbreukmaker kan worden toegerekend. Van toerekening is sprake wanneer de inbreukmaker het besef heeft of had moeten hebben dat zijn handelen in strijd was met het auteursrecht van de fotograaf en legt het verband tussen de onrechtmatige gedraging (de auteursrechtinbreuk) en de inbreukmaker.⁵⁴

Het auteursrecht valt onder de civielrechtelijke handhaving van art. 6:162 BW en toerekening volgt uit lid 3, wat zegt: “Een onrechtmatige daad (een auteursrechtinbreuk) kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn *schuld* of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.”⁵⁵ Om van een *toerekenbare onrechtmatige gedraging* – zoals een onrechtmatige daad ook wel wordt genoemd – te spreken moet de inbreuk te wijten zijn aan: (1) iemands schuld; of aan een oorzaak die (2) krachtens de wet of (3) in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de inbreukmaker komt.⁵⁶

Schuld

Voor een toerekening op grond van schuld (of in Latijn: *culpa*), moet een onrechtmatige gedraging de inbreukmaker *te verwijten* zijn.⁵⁷ Met andere woorden: Om van schuld te kunnen spreken moet de inbreukmaker een *persoonlijk verwijt* worden gemaakt van zijn gedraging. Er moet zodoende een verband bestaan tussen het gedrag van de inbreukmaker en de onrechtmatige gedraging. Wanneer een inbreukmaker een foto, die toebehoort aan de fotograaf, zonder toestemming van de fotograaf openbaart en/of verveelvoudigt, kan de auteursrechtinbreuk hem worden verweten. Zodoende bestaat er een verband tussen de handeling van de inbreukmaker en de inbreuk, waardoor wordt voldaan aan het schuld criterium.

In het verkeer geldende opvattingen

Toerekening op grond van in het verkeer geldende opvattingen biedt de rechter de mogelijkheid, om bij het gemis van schuld, toch over te gaan tot het toerekenen van een onrechtmatige gedraging. Deze toerekeninggrond, wat zich richt op *het maatschappelijk denken*, is gebaseerd op het idee van risico(toedeling)⁵⁸ of risicoaansprakelijkheid. In het *Meppelse ree*-arrest oordeelde de Hoge Raad, in 1984, dat indien er een andere (re)actie mogelijk was (dan de geopenbaarde gedraging), er niet kan worden gezegd dat iemand geen verwijt gemaakt kan worden.⁵⁹ Doordat een

⁵³ Art. 13 lid 1 van de Richtlijn zegt: “De lidstaten dragen er zorg voor dat de bevoegde rechterlijke instanties op verzoek van de benadeelde partij de inbreukmaker die wist of redelijkerwijs had moeten weten dat inbreuk pleegde, gelasten de rechthebbende een passende vergoeding te betalen tot herstel van de schade die deze wegens de inbreuk heeft geleden.”

⁵⁴ Gielen e.a. 2014, p. 543 & 725.

⁵⁵ Gielen e.a. 2014, p. 525-541.

⁵⁶ Zie art. 6:162 lid 3 BW; zie ook Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2009, p. 2488; zie ook Timmer & Paffen 2011, p. 229; zie ook Gielen e.a. 2014, p. 543.

⁵⁷ Timmer & Paffen 2011, p. 230.

⁵⁸ Timmer & Paffen 2011, p. 230.

⁵⁹ HR 11 november 1983, NJ 1984, 331 (Lanting/DLG)



andere actie mogelijk is, neemt de persoon het risico een onrechtmatige gedraging te begaan. Zo kan gezegd worden dat factoren als: onwetendheid, onervarenheid, impulsiviteit, onoplettendheid, vermoeidheid of andere invloeden van buitenaf de verwijtbaarheid van de gedraging niet wegnemen.⁶⁰ Toerekening op grond van de wet wordt buiten beschouwing gelaten, omdat dit geen betrekking heeft op dit onderzoek.

2.1.4 Rechtverkrijgende

Auteursrecht gaat over bij erfopvolging en is vatbaar voor gehele of gedeeltelijke overdracht, zo staat beschreven in art. 2 lid 1 Aw. Daarnaast, zo stelt lid 2, kan een fotograaf aan een derde een licentie verlenen voor het gehele of gedeeltelijke gebruik van zijn auteursrecht (een gebruiksrecht). De gehele of gedeeltelijke overdracht, alsmede de verlening van een (exclusieve) licentie, geschiedt door middel van een daartoe bestemde akte. De akte bevat de bevoegdheden, aldus lid 3 van art. 2 Aw. Bij een licentie verbindt een fotograaf (licentiegever) zich jegens de licentienemer, waarbij afspraken worden gemaakt over het gebruik van de foto's en daarmee het *niet* uitoefenen van de exploitatierechten van de fotograaf. Daarbij mag de licentienemer tegen een vergoeding gebruikmaken van de (afgesproken) foto's van een fotograaf. De wet specificeert zich niet in de inhoud van dergelijke licentieovereenkomsten, waardoor deze wordt beheerst door de algemene regels van het verbintenissenrecht. Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen een exclusieve en een niet-exclusieve licentie, waarbij bij een exclusieve licentie de fotograaf niet eveneens dezelfde bevoegdheden tegenover derde kan verlenen.⁶¹ In tegenstelling tot de overdracht van auteursrecht, verkrijgt de licentienemer geen absoluut recht dat hij zelfstandig ten opzichte van derde kan handhaven. De licentienemer krijgt dergelijke rechten alleen als dit met de fotograaf is overeengekomen in de licentieovereenkomst.⁶² Anders dan bij overdracht van auteursrecht, kan een licentieovereenkomst worden gezien als een duurovereenkomst.⁶³ Ongeacht de (gehele of gedeeltelijke) overdracht van zijn auteursrecht of een verlening van een (exclusieve) licentie, behoudt de fotograaf zijn persoonlijkheidsrechten (conform art. 25 Aw, *paragraaf 2.2.2*).

2.2 Schadevergoeding

Deelvraag twee luidt: "Wat houdt schadevergoeding in op grond van een auteursrechtinbreuk op een fotografisch werk van een fotograaf, blijkens een literatuur- en wetanalyse?" Als vast is komen te staan dat er sprake is van een auteursrechtinbreuk en de inbreuk is de inbreukmaker toe te rekenen, kan een fotograaf schadevergoeding vorderen. Schadevergoeding kan bestaan uit een schadebedrag (*paragraaf 2.2.1*) en/of een verhoging van het schadebedrag (*paragraaf 2.2.2*). Daarnaast kan een fotograaf bijkomende vorderingen instellen (*paragraaf 2.2.3*) en de rechter verzoeken om de gedaagde te veroordelen in de proces- en andere gerechtelijke kosten (*paragraaf 2.2.4*). Als de omvang niet vastgesteld kan worden, kan dit door de rechter worden gedaan (*paragraaf 2.2.5*).

⁶⁰ Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2009, p. 2488.

⁶¹ Gielen e.a. 2014, p. 476.

⁶² Rb. Bergen op Zoom 20 augustus 2014, zaaknr.: 3017711 CV EXPL 14-2358; zie ook Mommers 2014.

⁶³ Gielen e.a. 2014, p. 477.



2.2.1 Een schadebedrag

Wanneer de fotograaf recht heeft op schadevergoeding en de inbreuk de inbreukmaker is te verwijten, moet de omvang van de schade en daarmee het schadebedrag worden bepaald. Enige geleden schade is voldoende⁶⁴ als die door een onrechtmatige gedraging is ontstaan.⁶⁵ Met andere woorden: er bestaat geen minimale waarde waaraan schade moet voldoen om te kunnen spreken van schade, zolang de schade maar het gevolg is van een auteursrechtinbreuk. Schade betreft de in geld meetbare aantasting van het vermogen.⁶⁶

In art. 6:95 BW valt te lezen dat schade, die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, in vermogensschade en ander nadeel bestaat. Vermogensschade bestaat uit *geleden verlies of gederfde winst*, ook wel materiële schade genoemd.⁶⁷ Ander nadeel ziet op *imago-/reputatieschade*⁶⁸ of *gederfde levensvreugde* en wordt ook wel immateriële of ideële schade genoemd.⁶⁹ Immateriële schade speelt voor dit onderzoek verder geen rol. Materiële schade ontstaat door het mislopen van inkomsten of winstderving (het mislopen van honorarium). Daarnaast kan een schadebedrag worden gevorderd voor (1) de (redelijke) kosten die zijn gemaakt ter voorkoming of beperking van schade die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mocht worden verwacht; (2) voor de redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid; en (3) voor de redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte.⁷⁰ Over de omvang van het schadebedrag doet de wet geen uitspraak en staat vrij ter vrije keuze van de fotograaf.

2.2.2 Verhoging van het schadebedrag

Naast schade dat ontstaat door het mislopen van honorarium of winstderving kan schade ook ontstaan door: (1) het ontbreken van naamsvermelding (of andere aanduiding van de fotograaf) bij een foto; (2) door het gebruik van een andere naam dan de naam van de fotograaf bij een foto; (3) door wijzigingen op of in een foto van de fotograaf; of (4) door misvorming, verminking of andere aantasting van een foto (welke nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van de maker of aan zijn waarde in deze hoedanigheid). Hiervoor kan een fotograaf eveneens een schadebedrag vorderen, omdat hij wordt beperkt in zijn exploitatiemogelijkheden en/of wordt geschaad in zijn eer of goede naam.⁷¹ De persoonlijkheidsrechten, onder welke noemer deze vormen van schade vallen, zijn terug te vinden in art. 25 lid 1 a t/m d Aw. Deze rechten kunnen op zowel de materiële als immateriële belangen van een fotograaf van toepassing zijn en zijn niet overdraagbaar.⁷² Wel kan afstand worden gedaan van deze rechten.⁷³ Ook na overdracht van het auteursrecht behoudt een fotograaf deze rechten.⁷⁴

⁶⁴ Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2009, p. 2485.

⁶⁵ Timmer & Paffen 2011, p. 213.

⁶⁶ Timmer & Paffen 2011, p. 25.

⁶⁷ Zie art. 6:96 lid 1 BW

⁶⁸ Rb. Amsterdam 17 april 2008, LJN BC9778

⁶⁹ Gielen e.a. 2014, p. 537-543.

⁷⁰ Zie art. 6:96 lid 2 BW

⁷¹ Gielen e.a. 2014, p. 725.

⁷² Gielen e.a. 2014, p. 501.

⁷³ Zie art. 25 lid 3 Aw

⁷⁴ Zie art. 25 lid 1 Aw



Daarnaast kan een fotograaf een schadebedrag vorderen wegens het onrechtmatige gebruik, door de inbreukmaker, van zijn foto. De schade ontstaat doordat een fotograaf geen voorwaarden heeft kunnen stellen aan het gebruik van zijn foto (iets waarvan bij een licentieovereenkomst wel sprake is) en doordat hij zelf actie heeft moeten ondernemen om zijn auteursrechten te handhaven. Daarbij kan de schade bestaan uit de kosten die daarvoor zijn gemaakt.⁷⁵ De schade ziet dan ook op het bedrag dat normaliter zou zijn gevraagd voor het rechtmatige gebruik van een foto. Dit wordt in recente uitspraken een *regeling achteraf* genoemd. Onder andere de Maastrichtse kantonrechter heeft gesteld dat: “het niet aantrekkelijk gemaakt moet worden voor gebruikers (of: inbreukmakers) van auteursrechtelijk beschermd werk door achteraf alsnog het gangbare tarief te betalen en dan niet slechter uit te zijn dan als zij van tevoren toestemming zou hebben gevraagd. In dat geval zou het systeem van bescherming van auteursrechten illusoir worden gemaakt.” Met andere woorden: het moet niet mogelijk gemaakt worden om, zonder toestemming en straffeloos, het auteursrecht van een fotograaf te kunnen gebruiken.⁷⁶ De Alkmaarse kantonrechter zegt over deze kwestie: “het moet niet aantrekkelijk gemaakt worden gemaakt voor een inbreukmaker om een inbreuk te herstellen door achteraf alsnog te betalen voor het gebruik. Zodoende zou een inbreukmaker een financiële afweging kunnen maken als deze voor de keuze gesteld werd: openbaarmaking met en zonder betaling van een licentievergoeding.”⁷⁷ De Amsterdamse kantonrechter heeft eerder over deze kwestie gesproken en zei daarover: “Als slechts een bedrag ter hoogte van de licentievergoeding zou worden toegewezen, zou het derden vrij staan om de toestemming pas te kopen op het moment dat de auteursrechthebbende de gebruiker daarop aanspreekt.”⁷⁸ Een juridische grondslag voor het gebruik van een regeling achteraf ontbreekt echter.

De persoonlijkheidsrechten (of *droit moral*) en een regeling achteraf hebben zelf geen nominale waarde, maar worden wel samen omschreven in de algemene voorwaarden van DuPho. Deze algemene voorwaarden kennen – bij een auteursrechtinbreuk – een verhoging toe van het schadebedrag. Ondanks dat algemene voorwaarden alleen van toepassing zijn als deze vooraf nadrukkelijk worden aanvaard – waarvan bij een auteursrechtinbreuk geen sprake is, omdat er geen overeenkomst tot stand is gekomen – worden deze door rechters meermaals aanvaard om de schade op een objectieve wijze te begroten.⁷⁹ Zodoende ontbreekt een duidelijke juridische grondslag voor het vorderen van een verhoging van het schadebedrag op grond van de algemene voorwaarden van DuPho. Voor het ontbreken van naamsvermelding kennen de algemene voorwaarden een verhoging, van het schadebedrag, toe van 100%.⁸⁰ Voor het misvormen, verminken of aantasten van een foto kennen de algemene voorwaarden eveneens een verhoging toe van 100%.⁸¹ Voor het onrechtmatige gebruik van een foto (een regeling achteraf) kennen de algemene voorwaarden een verhoging toe van 300%.⁸² Voor de algemene voorwaarden van DuPho zie *bijlage 2*.

⁷⁵ Rb. Noord-Holland 22 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:370

⁷⁶ Rb. Limburg 20 januari 2016, Zaak/rolnr.: 4036380 CV EXPL 15-3396 (IEF 15630).

⁷⁷ Rb. Alkmaar 27 mei 2015, zaak/rolnr.: 3589466 / CV EXPL 14-8045

⁷⁸ Rb. Amsterdam 30 oktober 2012, LJN BY2617

⁷⁹ Zie art. 6:234 lid 1 BW jo art. 6:231 BW

⁸⁰ Zie art. 18 van de algemene voorwaarden van DuPho (2015) en bijlage 2

⁸¹ Zie art. 19 van de algemene voorwaarden van DuPho (2015) en bijlage 2

⁸² Zie art. 17 van de algemene voorwaarden van DuPho (2015) en bijlage 2



2.2.3 Bijkomende vorderingen

Naast een geldbedrag kan de fotograaf, op grond van de Auteurswet, ook winstafdracht (art. 27a lid 1 Aw); rekening & verantwoording (art. 27a lid 1 Aw); afgifte van eigendom (art. 28 lid 1 Aw); onttrekking aan het verkeer (art. 28 lid 1 Aw); vernietiging van het inbreuk-makende werk (art. 28 lid 1 Aw); onbruikbaarmaking van het inbreuk-makende werk (art. 28 lid 1 Aw); beslag en executie tot afgifte van roerende zaken (art. 28 lid 3 Aw); en afgifte van informatie betreffende de herkomst en distributiekanaal van de goederen of diensten die inbreuk maken (art. 28 lid 9 Aw) vorderen. Vanwege het feit dat het auteursrecht onder de civielrechtelijke handhaving van art. 6:162 BW valt, kan de fotograaf op grond van het Overeenkomstenrecht ook schadevergoeding in natura (zoals: herstel in de vorige toestand); een rectificatie (art. 6:167 lid 1 BW jo art. 6:196 BW); verklaring voor recht (art. 3:302 BW); en een verbods- of gebodsactie (art. 3:296 BW) worden gevorderd.⁸³

Winstafdracht en rekening & verantwoording

Hoewel winstafdracht ziet op een geldbedrag, komt het voort uit de gedachten dat het voor de fotograaf lastig kan zijn om zijn schade aan te tonen. De wetgever is hierbij uitgegaan van het idee dat de genoten winst eenvoudiger is vast te stellen. Daarnaast heeft de wetgever willen voorkomen dat een inbreukmaker bij een moedwillige inbreuk voordeel zou kunnen halen uit de inbreukhandeling.⁸⁴ De mogelijkheid van winstafdracht gaat vaak gepaard met een vordering tot het afleggen van rekening & verantwoording. Dit gebeurt vaak aan de hand van een accountantsrapport.⁸⁵ Beide mogelijkheden danken hun bestaan aan de Anti-piraterijwet en zijn terug te vinden in art. 27a lid 1 Aw.

Afgifte van eigendom, onttrekking aan het verkeer, vernietiging & onbruikbaarmaking

Naast schadevergoeding kan de fotograaf ook vorderen dat de – in het bezit van de inbreukmaker zijnde – inbreukmakende foto's worden vernietigd; uit het maatschappelijke verkeer worden gehaald; aan de fotograaf worden overhandigd of onbruikbaar worden gemaakt. Hierbij wordt bedoeld op zowel de foto's zelf als ook de materialen of werktuigen die hebben bijgedragen aan het onrechtmatig openbaar maken en/of verveelvoudigen van de foto's. Deze mogelijkheden zijn terug te vinden in art. 28 lid 1 Aw.

Beslag en executie tot afgifte van roerende zaken

Het beslag, als bedoeld in art. 28 lid 3 Aw, kan gelegd worden op de middelen bedoeld in art. 28 lid 1 Aw. Doelend op de in strijd met auteursrecht verveelvoudigde of openbaar gemaakte voorwerpen, op materialen of werktuigen die voornamelijk bij de schepping of vervaardiging van deze voorwerpen zijn gebruikt. Naast de fotograaf komt dit recht ook toe aan een licentiehouders. Daarbij zijn de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

⁸³ Gielen e.a. 2014, p. 541.

⁸⁴ Gielen e.a. 2014, p. 544/726.

⁸⁵ Gielen e.a. 2014, p. 726.



betreffende beslag en executie tot afgifte van roerende zaken die geen registergoederen zijn, zijn van toepassing, aldus lid 3.⁸⁶

Afgifte van informatie betreffende de herkomst en distributiekkanalen van de goederen of diensten die inbreuk maken

Art. 28 lid 9 Aw stelt dat de rechter, op vordering van de fotograaf, de inbreukmaker kan bevelen al hetgeen hem bekend is omtrent de herkomst en distributiekkanalen van de goederen of diensten die inbreuk maken, aan de gerechtigde mee te delen en alle daarop betrekking hebbende gegevens aan deze te verstrekken. Onder dezelfde voorwaarden kan dit bevel worden gegeven aan een derde die op commerciële schaal inbreuk makende goederen in zijn bezit heeft of gebruikt, die op commerciële schaal diensten verleent die bij de inbreuk worden gebruikt, of die door een van deze derden is aangewezen als zijnde betrokken bij de productie, fabricage of distributie van deze goederen of bij het verlenen van deze diensten.

Schadevergoeding in natura, rectificatie en verklaring voor recht

Schadevergoeding wordt normaal gesproken uitgekeerd in een geldbedrag. Toch kan dit ook bestaan in iets anders dan een geldbedrag. Met schadevergoeding in natura wordt bedoeld: herstel in de vorige toestand (of *herstelgericht schaderegelen*). Deze mogelijkheid komt voor uit de zinsnede “Nochtans kan de rechter op vordering van de benadeelde schadevergoeding in andere vorm dan betaling van een geldsom toekennen” van art. 6:103 BW en richt zich op het in de vorige toestand terugbrengen van een situatie.

Op grond van art. 6:167 lid 1 BW jo art. 6:196 BW kan de fotograaf vorderen dat een inbreukmaker een rectificatie plaats wegens het doen van een onjuiste of misleidende publicatie van gegevens van feitelijke aard, waardoor de fotograaf schade heeft geleden. Een rectificatie kan bestaan uit een stuk tekst waarin de inbreukmaker zijn onrechtmatige handeling openbaart.

Een verklaring voor recht houdt in dat de fotograaf de rechter vraagt om de rechtsverhouding tussen hem en de inbreukmaker vast te stellen. Dit is mogelijk op grond van art. 3:302 BW.

Verbods- of gebodsactie

Op grond van art. 3:296 BW kan de fotograaf vorderen dat de inbreukmaker iets wordt verboden of geboden te doen. Dit artikel zegt: “Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld”.

⁸⁶ Gielen e.a. 2014, p. 541.



2.2.4 Proces- en andere gerechtelijke kosten

Ook kan fotograaf de rechter verzoeken om de inbreukmaker – als de in het ongelijk gestelde partij – te veroordelen in de proces- en andere gerechtelijke kosten van zijn zijde, op grond van art. 1019h Rv. Hierbij kan ook gedacht worden aan de advocaatkosten. Bij de veroordeling in de proces- en andere gerechtelijke kosten maakt de rechter gebruik van twee toetsstenen. In eerste instantie kijkt de rechter of een veroordeling zich niet verzet tegen de billijkheid. Daarnaast kijkt de rechter of het gevorderde bedrag redelijk en evenredig is. Rechtbanken nemen daarbij zogenaamde *indicatietarieven* ter hand. De tarieven – die zijn bepaald op €6.000,00 – geven het plafond aan waar een vordering op grond van de proces- en andere gerechtelijke kosten op kan worden gebaseerd. Ook wanneer de gemaakte kosten hoger liggen, worden deze tarieven gehanteerd.⁸⁷

2.2.5 Omvang schade

Kan de omvang van de schade – door de fotograaf – niet (precies) worden vastgesteld, dan kan deze door de rechter worden geschat, op grond van art. 6:97 BW. Daarnaast kan de rechter de schade ook vaststellen als een forfaitair bedrag, aldus art. 27 lid 2 Aw. De mogelijkheid van het vaststellen van een forfaitair bedrag komt voort uit de implementatie van Richtlijn 2004/48/EG.⁸⁸ Art. 13 lid 1 sub b van deze Richtlijn stelt dat een dergelijk bedrag kan worden vastgesteld op basis van elementen zoals ten minste het bedrag aan royalty's of vergoedingen dat verschuldigd was geweest indien de inbreukmaker toestemming had gevraagd om het desbetreffende intellectuele eigendomsrecht (een fotografisch werk) te gebruiken. Daarbij dient de rechter rekening te houden met alle passende aspecten, zoals de negatieve economische gevolgen die de fotograaf ondervindt, waaronder winstderving, die de fotograaf heeft ondervonden, de onrechtmatige winst die de inbreukmaker heeft genoten en, in passende gevallen, andere elementen dan economische factoren, onder meer de morele schade die de fotograaf door de inbreuk heeft geleden.⁸⁹

Bij het vaststellen van de omvang van de schade dient de rechter slechts die feiten of omstandigheden aan zijn beslissing ten grondslag leggen, die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld. Daarnaast dient hij de feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist, als vaststaand te beschouwen.⁹⁰ Wanneer de rechter dit nodig acht, kan hij partijen om aanvulling van bewijs verzoeken. Dit kan nodig zijn indien aanvaarding van de gestelde feiten zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van de partijen staat. De rechter heeft zodoende vooral een lijdelijke rol.

⁸⁷ Gielen e.a. 2014, p. 727-730.

⁸⁸ Richtlijn 2004/48/EG van het Europees parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten

⁸⁹ Art. 13 lid 1 en lid 1 sub a Richtlijn 2004/48/EG van het Europees parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten

⁹⁰ Zie art. 149 lid 1 Rv



Hoofdstuk 3 Resultaten

Om antwoord te krijgen op de deelvragen 3a, 3b, 3c en 4 is gekeken naar jurisprudentie. In dit hoofdstuk worden de resultaten, die voortvloeien uit de uitspraken, opgetekend. Tijdens het analyseren is gekeken naar de feiten en omstandigheden waaronder fotografen (of diens rechtverkrijgende) hun schade hebben begroot en onderbouwd; hoe gedaagden omgaan met de vorderingen die tegen hen worden ingesteld; en welke rol de rechter speelt bij het wel of niet toekennen van een schadevergoeding. Een overzicht van geanalyseerde uitspraken is terug te vinden in bijlage 1 en een overzicht van de resultaten is bijgevoegd in bijlage 3. Hoofdstuk drie bestaat uit de paragrafen: **Eigen prijslijst/tarieven (paragraaf 3.1)**, **Geen eigen prijslijst/tarieven (paragraaf 3.2)** en **Proces- en andere gerechtelijke kosten (paragraaf 3.3)**.

Tussen de 61 geanalyseerde uitspraken bevinden zich 38 beroepsfotografen (62,3%); 16 exclusieve licentiehouders/auteursrechthebbende (26,2%); 6 personen waarvan onbekend is in welke hoedanigheid zij actief zijn (9,8%) en 1 amateurfotograaf (1,6%).⁹¹ In 37 uitspraken (60,7%) zijn het aantal inbreuk-makende foto's gelijk aan het aantal inbreuken waar het toepassing op heeft. In 16 uitspraken (26,2%) bestaat er een verschil tussen de aantal inbreuk-makende foto's en het aantal auteursrechtinbreuken. In 6 uitspraken (9,8%) is het onduidelijk om hoeveel inbreuk-makende foto's, dan wel auteursrechtinbreuken het gaat.⁹² Daarbij gaat het in 55 van de 61 uitspraken (90,2%) om een digitale auteursrechtinbreuk, in 3 van de 61 uitspraken (4,9%) om een analoge auteursrechtinbreuk en in 3 van de 61 uitspraken (4,9%) om een combinatie van een digitale auteursrechtinbreuk en analoge auteursrechtinbreuk. In totaal is er in 58 uitspraken (95,1%) sprake van een digitale auteursrechtinbreuk. In 6 uitspraken (9,8%) wordt er geen vergoeding toegekend, waarvan in 4 uitspraken (6,6%) de rechter de vordering afwijst en in 2 uitspraken (3,3%) de rechter de eiser in de gelegenheid stelt om zijn vordering nader te onderbouwen. Tevens is er bij enkele uitspraken sprake van een primaire vordering in combinatie met een subsidiaire vordering.

3.1 Eigen prijslijst/tarieven

In 30 van de 61 uitspraken wordt de schade en het schadebedrag begroot en onderbouwd aan de hand van eigen vorderingen, eigen tarieven/licentievergoedingen, waarvan in 23 van de 61 uitspraken er gebruik gemaakt wordt van

⁹¹ Rb. Breda 08 juni 2011, LJN BQ9116 (Gedaagde stelt: "eiser is geen beroepsmatig fotograaf." Waarop de rechter stelt: "De wet stelt niet de eis, dat enkel de professionele maker dit recht (het recht op te treden tegen auteursrechtinbreuken) toekomt.")

⁹² In diverse zaken komt het voor dat er sprake is van 1 inbreuk-makende foto, maar meerdere auteursrechtinbreuken, omdat de foto meerdere keren worden geopend of vervelvoudigt.



eigen opgestelde tarieven/licentievergoedingen en in 7 uitspraken aan de hand van: (1) tarieven die worden genoemd in eerdere jurisprudentie (2 uitspraken); (2) aan de hand van ‘tarieven die marktconform zijn’ (3 uitspraken); of (3) willekeurig dan wel zonder onderbouwing (2 uitspraken). Dat er sprake is van een auteursrechtelijk beschermd werk – in de zin van art. 10 lid 1 sub 9 Aw – wordt bij elke hiervoor genoemde uitspraak aangenomen. Het aantonen dat op een foto auteursrecht rust, wordt door de rechter gemakkelijk en snel aangenomen, mede omdat dit vaak niet ter discussie staat van partijen.

3.1.1 Rechter gaat mee in begroting en onderbouwing

In 15 van de 30 uitspraken gaat de rechter mee in de begroting en onderbouwing van het schadebedrag en wordt het schadebedrag ook toegekend.⁹³ Gevorderde schadebedragen liggen daarbij tussen de €150,00 en €825,00 per foto/inbreuk. Daarnaast accepteert de rechter ook gevorderde schadebedragen met betrekking tot (1) het ontbreken van naamsvermelding; (2) het verminken van foto’s; en/of (3) een regeling achteraf. De betreffende schadebedragen zien op verhogingen van 50%⁹⁴ of 100% (wegens ontbreken van naamsvermelding), 100% (wegens het verminken van foto’s) en 100% tot 300% (wegens een regeling achteraf) van het schadebedrag dat wordt gevorderd wegens het mislopen van honorarium of winstderving. Dergelijke verhogingen worden begroot aan de hand van de algemene voorwaarden van DuPho en worden gevorderd óf over één foto óf over het totaalbedrag. Een verhoging van het schadebedrag over één foto of over de totale vordering kan invloed hebben op de hoogte van het totale schadebedrag.⁹⁵

Gedaagden stellen als standpunt dat de algemene voorwaarden van DuPho niet van toepassing zijn, omdat er geen wettelijke grondslag bestaat voor het opleggen van een dergelijke verhoging. Rechters stellen dat wel aansluiting gezocht kan worden bij de algemene voorwaarden, (1) omdat dit vaker gebeurt; (2) omdat ondanks de algemene voorwaarden niet van toepassing zijn op de (niet- contractuele) relatie tussen eiser en gedaagde, dit wel een rechtens aanvaardbaar uitgangspunt is om de schade te begroten; en (3) omdat het niet aantrekkelijk gemaakt moet worden, voor gebruikers van auteursrechtelijk beschermd werk, door een inbreuk te herstellen door achteraf alsnog het gangbare tarief te betalen en dan niet slechter af te zijn dan als zij tevoren toestemming zouden hebben gevraagd. Eventuele betwistingen of eisen in reconventie die worden ingesteld door gedaagden zijn (1) ongemotiveerd en worden daardoor langszij geschoven; of (2) hebben betrekking op het afwezig zijn van auteursrechtelijke bescherming of schuld, wat niet wordt aangenomen.

⁹³ Rb. Amsterdam 13 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1482; Rb. Limburg 20 januari 2016, Zaak/rolnr.: 4036380 CV EXPL 15-3396 (IEF 15630); Rb. Overijssel 24 februari 2015, zaak/rolnr.: 3520107 CV EXPL 14-10619; Rb. Berg op Zoom 20 augustus 2014, zaak/rolnr.: 3017711 CV EXPL 14-2358; Rb. Midden-Nederland 28 mei 2014, zaaknr.: 2839654 AC EXPL 14-963 mc/4071; Rb. Maastricht 5 maart 2014, zaak/rolnr.: 522526 CV EXPL 13-3092; Rb. Noord-Holland 22 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:370; Rb. Rotterdam 18 oktober 2013, zaak/rolnr.: 2067988 / CV EXPL 13-1988; Rb. Oost-Brabant 25 april 2013, L/N BZ9289; Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4771; Rb. Haarlem, 07 december 2011, L/N BV6111; Rb. Leeuwarden 19 oktober 2011, zaak/rolnr.: 360221 / CV EXPL 11-3004; Rb. ’s-Hertogenbosch 18 augustus 2011, zaak/rolnr.: 753348 / 11-3513; Rb. Breda 6 juli 2011, zaak/rolnr.: 655466 / CV EXPL 11-2671; Rb. Haarlem 1 juni 2011, L/N BQ7516; Hof Amsterdam 17 juli 2012, zaaknr.: 200.093.647/01.

⁹⁴ Rb. Limburg 20 januari 2016, Zaak/rolnr.: 4036380 CV EXPL 15-3396 (IEF 15630)

⁹⁵ Rb. Amsterdam 30 oktober 2012, L/N BY2617 (Voorbeeld: er is sprake van 1 inbreuk-makende foto die 3 maal wordt gebruikt, tegen een vordering van €255,00 per foto/inbreuk. 3 inbreuken betekend €765,00 schade. Een verhoging over het totaalbedrag betekend een verhoging van €765,00. Een totaal van €1.530,00. Een verhoging over 1 foto betekend: €255,00 = €765,00 = €1.020,00).



3.1.2 Rechter gaat niet mee in begroting en onderbouwing

In 13 van de 30 uitspraken gaat de rechter niet mee in de begroting en/of de onderbouwing van het schadebedrag, maar begroot de rechter het schadebedrag zelf. Daarbij geeft de rechter ook zelf invulling of er een verhoging van het schadebedrag kan plaatsvinden wegens het ontbreken van naamsvermelding, het verminken foto's en/of een regeling achteraf, al dan niet door betwistingen die zijn gedaan door de gedaagden. Gevorderde bedragen liggen daarbij tussen €255,00 en €5.535,00 per foto. De bedragen die rechters aan eisers toekennen liggen tussen €100,00 en €500,00 per foto.

In 7 van de 13 uitspraken gaat de rechter wel mee in de begroting van het schadebedrag, maar niet met de verhoging van het schadebedrag. In twee uitspraken wordt een verhoging van 100% wegens het ontbreken van naamsvermelding verlaagd naar 25%, vanwege de relatieve korte duur van de inbreuk en omdat de kantonrechter dit gerechtvaardigd acht.⁹⁶ In één uitspraak wordt een verhoging van 300% wegens een regeling achteraf verlaagd naar 25%.⁹⁷ In één uitspraak wordt een verhoging van 100% wegens het ontbreken van naamsvermelding verlaagd naar 50% (omdat dit volgens de kantonrechter gerechtvaardigd is) en de verhoging van 200% wegens een regeling achteraf afgewezen (omdat een dergelijke verhoging een duidelijk punitief karakter heeft).⁹⁸ In twee uitspraken worden verhogingen van 100% wegens het ontbreken van naamsvermelding en verminking toegewezen, maar een verhoging van 300% wegens een regeling achteraf afgewezen (omdat een dergelijke verhoging het een karakter heeft van een boete, dat niet past binnen het Nederlandse schadevergoedingsrecht).⁹⁹ In één uitspraak stelt de kantonrechter dat een verhoging van 100% kan worden toegewezen, doch wordt hierbij een verhoging toegekend van 100% over 1 foto en niet per inbreuk (daar waar het gaat over 3 inbreuken).¹⁰⁰

In 1 van de 13 uitspraken gaat de rechter wel mee in de verhoging van het schadebedrag, maar niet met de begroting van het schadebedrag (dat wordt gesteld op €2.915,50 wegens meerdere inbreuken op portretfoto's en €1.467,40 wegens inbreuk op een luchtfoto). De rechter stelt dat een schadebedrag van €230,00 voor de inbreuk op de luchtfoto reëel is. Een verhoging van 100% wegens het ontbreken van naamsvermelding en 100% wegens een regeling achteraf over het schadebedrag voor een inbreuk op de luchtfoto wordt toegekend. Het schadebedrag dat wordt gevorderd wegens de inbreuken op de portretfoto's wordt afgewezen. De rechter stelt dat het enkel ontbreken van naamsvermelding of het in het bezit zijn van negatieven niet voldoende is om aan te tonen dat de fotograaf beschikt over het auteursrecht.¹⁰¹

In 5 van de 13 uitspraken gaat de rechter niet mee in zowel de begroting als de verhoging van het schadebedrag. In één uitspraak verlaagt de kantonrechter het schadebedrag (van €230,00 naar €100,00 per foto), omdat de foto is verouderd, waardoor aangenomen mag worden dat de foto's (in totaal 4) inmiddels opbrengst hebben kunnen opleveren en dat de opbrengst in de toekomst beperkt zal zijn. Daarnaast wordt een verhoging toegekend van

⁹⁶ Rb. Alkmaar 27 mei 2015, zaak/rolnr.: 3589466 / CV EXPL 14-8045; Rb. Overijssel 21 april 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1975.

⁹⁷ Rb. Amsterdam 26 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8092

⁹⁸ Rb. Rotterdam 6 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1345

⁹⁹ Rb. Amsterdam 24 oktober 2012, L/N BY0834

¹⁰⁰ Rb. Amsterdam 30 oktober 2012, L/N BY2617

¹⁰¹ Rb. Arnhem 04 januari 2012, L/N BV2096



€450,00. Dit bedrag is lager dan de 100% wegens het ontbreken van naamsvermelding en 100% wegens verminking dat door eiser is gevorderd. Uit de uitspraak komt niet naar voren hoe de kantonrechter tot dit bedrag is gekomen.¹⁰² In één uitspraak verlaagt de kantonrechter het schadebedrag (van €5.535,00 naar €250,00 per foto), omdat uit eerdere facturen blijkt dat eiser normaliter een bedrag hanteert van €250,00 per foto. Daarnaast verlaagt de kantonrechter de verhoging wegens een het ontbreken van naamsvermelding (100%) naar 25%, omdat ondanks dat de algemene voorwaarden van DuPho niet van toepassing zijn tussen de partijen, die wel gebruikelijk zijn om de dergelijke vergoeding te begroten.¹⁰³ In één uitspraak verlaagt de kantonrechter het schadebedrag van €1.250,00 naar €750,00, omdat niet is gebleken dat er sprake is van een meervoudige inbreuk, waardoor er wordt uitgegaan van een eenmalig gebruik. Verdere uitleg van de kantonrechter ontbreekt.¹⁰⁴ In één uitspraak verlaagt de kantonrechter het gevorderde schadebedrag (ad €13.200,00 wegens 67 inbreuken) naar €6.700,00 (€100,00 per inbreuk), omdat de exclusiviteit van een foto in dit kort geding niet kan worden vastgesteld, zodat gelet op de criteria voor toewijzing van een geldvordering zal worden uitgegaan van het minimale tarief per foto.¹⁰⁵

3.2.2 Rechter wijst vordering af

In 2 van de 30 uitspraken worden de vorderingen afgewezen. Bij de eerste uitspraak laat eiser na om de betwistingen van gedaagde te betwisten. De vordering wordt zodoende afgewezen, omdat gedaagde de vorderingen gemotiveerd heeft betwist.¹⁰⁶ Gedaagde heeft gesteld dat het gebruik van de foto's binnen de gegeven licentie valt en dat bij het wijzigen van diens naam de licentie meeding. Bij de tweede uitspraak wordt de vordering afgewezen, omdat eiser de betreffende foto's naar gedaagde heeft toegestuurd, ter promotie van zijn producten, waardoor er geen sprake is van een inbreuk.¹⁰⁷ Met het toesturen van de foto's ter promotie van diens producten, heeft eiser toestemming gegeven voor het gebruik van de foto's. Uit de uitspraak kan worden opgemaakt dat gedaagde hierbij voldoende gemotiveerd heeft betwist dat er geen sprake is van een auteursrechtenbreuk.

3.2 Geen eigen prijslijst/tarieven

In 31 van de 61 uitspraken (47,5%) wordt er bij het begroten en onderbouwen van de schade en het schadebedrag gebruik gemaakt van alternatieve prijzen/tarieven, waarbij toenadering gezocht wordt bij: de Richtprijzen Nederlandse Vakfotografie (22 uitspraken); de fotoverkoop afdeling van ANP Photo (1 uitspraak); de Tarieven van de Universiteit Utrecht (1 uitspraak); de tarieven van Stichting FotoAnoniem (4 uitspraken); de tarieven van Pictoright (2 uitspraken); en de tarieven van DuPho (2 uitspraken). Dat er sprake is van een auteursrechtelijk beschermd werk – in de zin van art. 10 lid 1 sub 9 Aw – staat ook bij deze hiervoor genoemde uitspraken vaak niet ter discussie.

¹⁰² Rb. Arnhem 21 november 2011, *LJN* BV6788

¹⁰³ Rb. Zeeland-West-Brabant 28 oktober 2015, Zaak/rolnr.: C/02/282629 / HA ZA 14-398

¹⁰⁴ Rb. Breda 08 juni 2011, *LJN* BQ9116

¹⁰⁵ Rb. Amsterdam 16 oktober 2008, *LJN* BG0972

¹⁰⁶ Rb. Noord-Nederland 27 augustus 2014, *ECLI:NL:RBNNE:2014:4148*.

¹⁰⁷ Rb. Utrecht 22 april 2009, *LJN* BI1951 (*tussenvonnissen*); Rb. Utrecht 8 september 2010, *ECLI:NL:RBUTR:2010:5411 (eindvonnis)*.



3.2.1 De Richtprijzen Nederlandse Vakfotografie

In 22 van de 61 uitspraken wordt het schadebedrag begroot aan de hand van de Richtprijzen Nederlandse Vakfotografie. In 11 van de 22 uitspraken gaat de kantonrechter mee in de vordering van de eiser.¹⁰⁸ Ook wanneer de Richtprijzen niet van toepassing zijn, kunnen deze wel worden gebruikt om de schade op effectieve wijze te begroten.¹⁰⁹ Gevorderde schadebedragen liggen daarbij tussen de €240,00 en €782,00 per foto/inbreuk. Ook gaat de kantonrechter mee in de onderbouwing van de verhoging van het schadebedrag wegens het ontbreken van naamsvermelding (100%), het verminken van foto's (100%) en/of een regeling achteraf (100% tot 300%). Dergelijke verhogingen worden gebaseerd op grond van de algemene voorwaarden van DuPho.¹¹⁰ Eventuele betwistingen of eisen in reconventie die worden ingesteld door gedaagden zijn (1) ongemotiveerd en worden daardoor langszij geschoven; of (2) hebben betrekking op het afwezig zijn van auteursrechtelijke bescherming of schuld, wat niet wordt aangenomen.

In 7 van de 22 uitspraken accepteert de kantonrechter de Richtprijzen als uitgangspunt, maar begroot hij zelf het schadebedrag of kiest de kantonrechter voor een andere begroting. Gevorderde schadebedragen liggen daarbij tussen de €240,00 en €6.038,00 per foto/inbreuk. In 6 van de 7 uitspraken wijst de kantonrechter een verhoging wegens een regeling achteraf af, omdat dat het een karakter heeft van een boete.¹¹¹ Daarnaast wordt in één uitspraak het schadebedrag verlaagd van €6.038,00 per foto naar €250,00 per foto (omdat er geen bewijs is dat de Richtprijzen van toepassing zijn. De kantonrechter zoekt aansluiting bij het uurtarief dan eiser normaliter hanteert, wat ligt op €250,00 per uur. Daarbij betreft het 21 foto's) en wordt de hoogte van de verhoging wegens het ontbreken van naamsvermelding verlaagd van 100% naar 25%.¹¹² In twee uitspraken wordt het schadebedrag gehalveerd, omdat het schadebedrag anders geen realistisch resultaat geeft¹¹³ en omdat niet duidelijk is hoelang de inbreuk heeft geduurd.¹¹⁴ In één uitspraak wordt het schadebedrag verlaagd van €250,00 naar €200,00 (omdat de inbreuk direct na sommatie is gestaakt en eiser alleen beducht is tot het behalen van een hogere schadevergoeding). In één uitspraak wordt het schadebedrag verlaagd van €424,00 per foto naar €338,00 per foto (omdat niet duidelijk hoelang de inbreuk heeft geduurd).¹¹⁵ In één uitspraak begroot de kantonrechter de schade aan de hand van één foto in plaats van op negen inbreuken (waarop de eiser zich beroept, omdat dat een facto 16 hoger ligt dan de daadwerkelijke schade) en baseert de hoogte van het schadebedrag (op €450,00) op grond van de Richtprijzen Nederlandse Vakfotografie (mede

¹⁰⁸ Rb. Limburg 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7598; Rb. Maastricht 9 april 2014, zaak/rolnr.: 2308502 CV EXPL 13-3481; Rb. Amsterdam 21 november 2012, zaaknr.: CV 12-2646; Rb. Rotterdam 10 augustus 2012, L/JN BY3179; Rb. Arnhem 15 juni 2012, zaak/rolnr.: 7992313 / CV EXPL 11-8791 / 426 / 225; Rb. Middelburg 11 juni 2012, L/JN BX4106; Rb. Arnhem 29 februari 2012, L/JN BV7587; Rb. Arnhem 31 oktober 2011, zaak/rolnr.: 750326 / 11-4290/WE/CvH (www.boek9.nl B9 10370 & www.ieforum.nl IEF10436); Rb. Delft 29 september 2011, rol/zaaknr.: 1059594 / CV EXPL 11-4253 (IEPT 20110929); Rb. Amsterdam 22 juli 2011, L/JN BV6764; Rb. Roermond 17 april 2007, L/JN BA3462.

¹⁰⁹ Rb. Maastricht 9 april 2014, zaak/rolnr.: 2308502 CV EXPL 13-3481

¹¹⁰ Rb. Arnhem 31 oktober 2011, zaak/rolnr.: 750326 / 11-4290/WE/CvH (www.boek9.nl B9 10370 & www.ieforum.nl IEF10436)

¹¹¹ Rb. Amsterdam 4 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8879; Rb. Amsterdam 29 februari 2012, zaak/rolnr.: 469419 / HA ZA 10-2895; Rb. Amsterdam 24 augustus 2011, L/JN BT1960; Rb. Haarlem 7 juli 2010, L/JN BN0985; Rb. Maastricht, 08 februari 2006, L/JN AV2506; Rb. 's-Hertogenbosch 11 januari 2006, L/JN AU9504.

¹¹² Rb. Zeeland-West-Brabant 28 oktober 2015, Zaak/rolnr.: C/02/282629 / HA ZA 14-398

¹¹³ Rb. Amsterdam 29 februari 2012, zaak/rolnr.: 469419 / HA ZA 10-2895

¹¹⁴ Rb. Haarlem 7 juli 2010, L/JN BN0985

¹¹⁵ Rb. Maastricht, 08 februari 2006, L/JN AV2506



omdat gedaagde de richtprijzen niet heeft betwist).¹¹⁶ Het verlagen van de schadebedragen in de hiervoor genoemde uitspraken is tevens het resultaat van het gemotiveerd betwisten daarvan door gedaagden (die stellen dat het schadebedrag buitenproportioneel of niet in verhouding is met de daadwerkelijke geleden schade). Toegekende schadebedragen liggen – in de hiervoor genoemde 7 uitspraken – tussen de €200,00 en €338,00 per foto.

In 3 van de 22 uitspraken wijst de kantonrechter de vordering – die is begroot aan de hand van de Richtprijzen Nederlandse Vakfotografie – af of verwijst deze naar een nieuwe rol. In de eerste uitspraak betwist de gedaagde dat er sprake is van een auteursrechtelijk beschermd werk, omdat de foto de persoonlijke stempel van de fotograaf ontbeert. De kantonrechter gaat hierin mee en stelt dat het onvoldoende is dat de fotograaf alleen de camera instelt, een positie inneemt, bepaalt wat er op de foto komt en bijvoorbeeld de scherptediepte instelt. Daarmee ontbreekt de persoonlijke stempel van de maker. “Daarvan is pas sprake als de keuzes die worden gemaakt in een foto resulteren die zich zodanig van andere foto’s onderscheidt, dat daaraan is af te zien dat de fotograaf persoonlijke keuzes heeft gemaakt”, aldus de Amsterdamse kantonrechter.¹¹⁷ In de andere uitspraak betreft het 221 foto’s die worden gebruikt in een fotoarchief. Eiser begroot de schade op €346,50 per foto (totaal: €76.576,50), maar matigt het schadebedrag tot €50.000,00. De kantonrechter stelt eiser in de gelegenheid om het schadebedrag opnieuw te bepalen, omdat deze niet in verhouding staat tot de “mogelijke” schade die eiser heeft geleden, mede omdat de foto’s door gedaagde in lage resolutie is geopenbaard en niet vastgesteld kan worden hoelang de foto’s toegankelijk zijn geweest. Ook de stelling van eiser dat het Rijksmuseum en Stadsarchief Amsterdam foto’s hebben gekocht voor €500,00 per foto faalt, omdat dat bedrag ook niets zegt over “een redelijk tarief”. De kantonrechter concludeert dat er geen aanknopingspunten zijn om de schade te begroten, waardoor de vordering wordt afgewezen.¹¹⁸

In de laatste uitspraak stelt de kantonrechter dat de Richtprijzen Nederlandse Vakfotografie en de algemene voorwaarden van DuPho niet van toepassing zijn, omdat – mede door het gemotiveerd betwisten van gedaagde – de richtprijzen en voorwaarden ‘nadrukkelijk niet zijn overeengekomen’. Daarnaast stelt de kantonrechter dat het schadebedrag (ad €2.645.993,90 wegens 132 inbreuken met betrekking tot drukwerk, blow-ups en het gebruik op internet) hoger is dan het bedrag dat eiser zou hebben bedongen wanneer toestemming zou zijn verleend. De kantonrechter stelt dat een vergoeding van €100,00 per foto redelijk is en stelt eiser in de gelegenheid om zijn schade opnieuw te onderbouwen, omdat deze heeft nagelaten te bewijzen wat de daadwerkelijke schade is. Ook voor de verhogingen van het schadebedrag, dat ziet op het ontbreken van naamsvermelding en verminking van de foto’s is geen ruimte, nu naamsvermelding in de reclamebranche niet gebruikelijk is en de foto’s bijgesneden dienen te worden om ze aan te passen naar het medium waarvoor het wordt gebruikt.¹¹⁹ De rechter onderbouwt dit door te stellen dat het (gevorderde) schadebedrag: (1) niet in verhouding staat tot de “mogelijke” schade; (2) geen redelijk tarief is; of (3) niet realistisch is (waarmee de rechter doelt op een buitenproportioneel schadebedrag).

¹¹⁶ Rb. ’s-Hertogenbosch 11 januari 2006, *LJN* AU9504

¹¹⁷ Rb. Amsterdam 30 september 2015, *ECLI:NL:RBAMS:2015:5852*

¹¹⁸ Rb. Amsterdam 20 mei 2015, *ECLI:NL:RBAMS:2015:3231*

¹¹⁹ Rb. Amsterdam 8 september 2010, *LJN* BP0978



3.2.2 De tarieven van de fotoverkoop afdeling van ANP Photo

In één van de 61 uitspraken wordt de hoogte van het schadebedrag begroot aan de hand van de bedragen die RES-fotoverkoop, de fotoverkoop afdeling van ANP Photo hanteert. Eiser begroot de schade op €40.950,00. Uit de uitspraak komt niet naar voren om hoeveel foto's het gaat. De kantonrechter wijst – mede door het gemotiveerd betwisten van gedaagde – dit af, omdat het schadebedrag betrekking heeft op het rechten-vrij overnemen van de foto's, daar waar het gaat om een licentie.¹²⁰ De kantonrechter begroot het schadebedrag zelf en schat het aantal fotografie-uren op 24 uur (3 dagen van 8 uur), tegen een uurtarief van €165,00 (de rechter haalt dit tarief uit eerdere facturen en wordt door gedaagde niet betwist), met een toeslag van 150% (om tegemoet te komen aan eiser, omdat zij beperkt wordt in haar onderhandelingsmogelijkheden). Eiser vordert in de uitspraak een toeslag van 200%. Gedaagde stelt dat een toeslag van 100% marktconform is. Een toeslag is, in de fotografiebranche, bedoeld voor het rechten-vrij overnemen van foto's. Het totale schadebedrag wordt vastgesteld op €5.940,00.¹²¹

3.2.3 De tarieven van de Universiteit Utrecht

In één van de 61 uitspraken worden de tarieven die de Universiteit Utrecht gebruikt, gehanteerd om de hoogte van het schadebedrag te bepalen.¹²² De universiteit gebruikt de tarieven voor de verkoop van foto's via hun fotoarchief. Gedaagde stelt dat er geen sprake is van schade, omdat de foto's niet voor iedereen toegankelijk zijn. De rechter gaat hier niet in mee, omdat de universiteit, met het plaatsen van de foto's, wel inbreuk heeft gepleegd op de auteursrechten van eiser. In de uitspraak wordt de hoogte van het schadebedrag – dat betrekking heeft op 36 foto's – verlaagt van €10.800,00 naar €1.080,00 (omdat de tarieven gebaseerd zijn op een licentie voor 10 jaar en de inbreuk minder dan een jaar betreft). Eiser vordert een bedrag van €300,00 per foto. De kantonrechter kent een bedrag toe van €30,00 per foto. Daarnaast wordt een verhoging wegens het ontbreken van naamsvermelding toegekend van 100% over het totaalbedrag (te weten: €1.080,00) en niet over 1 foto (te weten: €30,00). Een verhoging kan worden toegewezen omdat de voorwaarden naar analogie kunnen worden toegepast, nu deze een rechtens aanvaardbaar en geaccepteerd uitgangspunt vormen om de schade te begroten, aldus de rechter.

3.2.4 De tarieven van Stichting FotoAnoniem

In 4 van de 61 uitspraken wordt het schadebedrag begroot aan de hand van de tarieven van Stichting FotoAnoniem. In één van de 4 uitspraken gaat de kantonrechter mee in de vordering en een verhoging wegens een regeling achteraf (200% en geen 300%), waardoor een schadebedrag van €19.401,60 wordt toegekend. Uit de uitspraak valt niet op te maken om hoeveel foto's het gaat en hoe hoog het schadebedrag per foto is. De kantonrechter stelt dat als eiser geen verhoging krijgt van de licentievergoeding, er niet mee tot uitdrukking komt dat gedaagde inbreuk heeft gepleegd.¹²³

¹²⁰ Rb. Amsterdam 9 januari 2008, *LJN* BC2660 (tussenvonnis); Rb. Amsterdam 27 augustus 2008, *LJN* BH2760 (eindvonnis).

¹²¹ Rekenom: 24 (uur) X 150% X €165,00 (uurtarief) = €5.940,00

¹²² Rb. Amsterdam 13 juli 2011, zaak/rolnr.: 478848 / HA ZA 10-4087

¹²³ Rb. Gelderland 30 september 2015, 4236782 / CV EXPL 15-4019



In één van de 4 uitspraken wordt het schadebedrag verlaagd van €499,00 naar €360,00, omdat uit eerdere correspondentie blijkt dat eiser voor rechtmatig gebruik van de foto een tarief van €360,00 euro zou hanteren en hij heeft nagelaten te motiveren waarom hij heeft gekozen voor een hoger tarief. Daarbij worden de tarieven van Stichting FotoAnoniem zodoende afgewezen.¹²⁴

In één van de 4 uitspraken vordert eiser een schadebedrag van €25.000,00 (voor 1 foto, gebaseerd een licentie van €2.500,00 en 3 jaar met een verhoging (van 100%) wegens het ontbreken van naamsvermelding en (van 300%) wegens een regeling achteraf). Uit de uitspraak komt niet naar voren hoe tot dit bedrag is gekomen. Eiser laat na te bewijzen waar dit bedrag op is gebaseerd. De kantonrechter begroot de schade zelf aan de hand van de tarieven van Stichting FotoAnoniem en stelt: “Het betreft 1 foto op een Nederlandse Website, met een maximale grootte van 200x300 pixels en voor het gebruik langer dan één jaar op een pagina die twee niveaus dieper ligt dan de startpagina, zodat op grond van de tarieven van de Stichting FotoAnoniem een vergoeding ter hoogte van €312,00 op zijn plaats is.” De verhoging van 400% (wegens het ontbreken van naamsvermelding en een regeling achteraf) wordt afgewezen. Uit de uitspraak komt niet naar voren om welke reden de vordering wordt afgewezen.¹²⁵

In één van de 4 uitspraken vordert eiser een schadebedrag van €2.050,00 wegens inbreuk op 1 foto. Waarbij er sprake is een schadebedrag van €513,00 met een verhoging van 100% (wegens het ontbreken van naamsvermelding), 100% (wegens het verminken van de foto) en 200% (wegens een regeling achteraf). Eiser verlaagt het totale schadebedrag naar €750,00. Gedaagde stelt dat er geen sprake was van commerciële exploitatie. De kantonrechter gaat hier niet in mee. De kantonrechter neemt – mede omdat gedaagde dit niet heeft betwist – de tarieven van Stichting FotoAnoniem als uitgangspunt en stelt dat het gaat om een foto van 150x150 pixels. De kantonrechter hanteert een korting van 25%, omdat de foto niet op de homepage heeft gestaan. Daarnaast stelt de kantonrechter dat een verhoging van het schadebedrag – ter preventie – het karakter van een boete heeft. Toch acht de kantonrechter een verhoging van 25% (en geen 100%) redelijk, vanwege de gestelde vermindering van de exploitatiemogelijkheden als gevolg van het ontbreken van de naamsvermelding en de verminking van de foto.¹²⁶ De tarieven van Stichting FotoAnoniem kunnen gebruikt worden om de hoogte van het schadebedrag te bepalen, maar de rechter lijkt wisselend te oordelen over het toekennen van een verhoging van het schadebedrag (in één uitspraak wordt een verhoging toegekend, in één uitspraak wordt een verhoging afgewezen en in één uitspraak wordt een verhoging verlaagd). Toegekende schadebedragen, die gebaseerd zijn op de tarieven van Stichting FotoAnoniem liggen, zonder verhoging, tussen €312,00 en €384,75 per foto.

3.2.5 De tarieven van Pictoright

In 2 van de 61 uitspraken wordt het schadebedrag begroot aan de hand van de tarieven van Pictoright. Gevorderde schadebedragen, op grond van de tarieven van Pictoright liggen tussen €180,00 en €255,00 per foto. In de eerste

¹²⁴ Rb. Amsterdam 17 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5868

¹²⁵ Rb. Amsterdam 25 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4561 (tussenvonnissen); Rb. Amsterdam 27 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1520 (eindvonnis).

¹²⁶ Rb. Utrecht 22 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2907



uitspraak betreft het 30 inbreuken, waarbij per inbreuk €180,00 wordt gevorderd. De kantonrechter wijst de vordering – mede door het niet gemotiveerd betwisten van gedaagde – toe.¹²⁷ In de tweede uitspraak vordert eiser een bedrag van €435,60 (€360,00 excl. Btw) wegens 1 inbreuk, met een verhoging van 100% wegens een regeling achteraf. Gedaagde betwist gemotiveerd dat een dergelijke vergoeding niet marktconform is. Een marktconform bedrag ligt op €255,00, mede omdat slechts een klein deel van de foto was te zien en het bezoekersaantal laag ligt. De kantonrechter stelt – mede door ongemotiveerd betwisten van eiser – dat een marktconforme vergoeding (voor eenmalig openbaar maken op internet) ligt op €255,00, mede gelet op het feit dat eiser het auteursrecht eerder (zelf) heeft gekocht voor €360,00. De kantonrechter maakt daarbij onderscheid tussen overdracht van het auteursrecht en een gebruikerslicentie.¹²⁸

De kantonrechter stelt dat een marktconforme schadevergoeding voor eenmalig openbaar maken op internet op €255,00 per foto ligt en dat een bedrag van €360,00 onredelijk is en dat bij 30 inbreuken een schadebedrag van €180,00 per foto redelijk is. Hierbij heeft het de schijn dat de rechter het schadebedrag met betrekking tot meerdere foto's/inbreuken probeert gelijk te trekken met het schadebedrag voor één foto.

3.2.6 De tarieven van DuPho

In 2 van de 61 uitspraken wordt het schadebedrag begroot aan de hand van de tarieven van DuPho. In de eerste uitspraak vordert eiser een vergoeding van €5.685,00, op grond van een vrije jaarlicentie. De kantonrechter stelt dat dit bedrag – ondanks het verweer van gedaagde, dat de inbreuk mede het gevolg is van het handelen van eiser – redelijk is. Eiser vordert een voorschot van €5.000,00. Dit bedrag wordt ook toegekend.¹²⁹ In de tweede uitspraak betreft het 2 inbreuken, waarbij eiser een vergoeding van €240,00 per foto vordert, met een verhoging van 100% (wegens het ontbreken van naamsvermelding), 100% (wegens het verminken van de foto) en 200% (en geen 300%, wegens een regeling achteraf), gebaseerd op de algemene voorwaarden van DuPho. De totale vordering ligt op €2.400,00. De kantonrechter stelt – ondanks verweer van gedaagde – dat het gebruik van de algemene voorwaarden van DuPho valt te billijken. De kantonrechter stelt dat een bedrag van €240,00 per inbreuk, met een verhoging van 200% (wegens het ontbreken van naamsvermelding en het verminken van de foto) over het bedrag van 1 foto (€480,00) redelijk is. Het betreft hier een verhoging over één foto, niet over het totaalbedrag (over twee inbreuken).¹³⁰ Een schadebedrag van €240,00 per foto, op grond van de tarieven van DuPho, valt volgens de rechter zodoende te billijken.

¹²⁷ Rb. Amsterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6959 (tussenvonnis); Rb. Amsterdam 10 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3590 (eindvonnis).

¹²⁸ Rb. Gelderland 5 februari 2014, zaak/rolnr.: 2219192 / CV EXPL 13-10342 / 503

¹²⁹ Rb. Amsterdam 17 april 2008, *LJN* BC9778

¹³⁰ Rb. Haarlem 19 november 2008, *LJN* BG5139



3.3 Proces- en andere gerechtelijke kosten

In 61 uitspraken (100%) vordert de eiser een veroordeling van de gedaagde in de proces- en andere gerechtelijke kosten. In 49 van de 61 uitspraken (80,3%) gaat de kantonrechter mee in de vordering tot de veroordeling van de gedaagde in de proces- en andere gerechtelijke kosten aan de zijde van de eiser. In 4 van de 61 uitspraken wordt de eiser veroordeeld in de proces- en andere gerechtelijke kosten van de zijde van de gedaagde, waarin in 3 uitspraken de vordering van de eiser wordt afgewezen¹³¹ en in één uitspraak de eiser wel in het gelijk wordt gesteld, maar de kantonrechter stelt dat eiser alleen beducht was tot het behalen van een hogere schadevergoeding, waardoor de kantonrechter het schadebedrag verlaagt en eiser veroordeelt in de proces- en andere gerechtelijke kosten aan de zijde van gedaagde.¹³² In 7 van de 61 uitspraken wordt de proces- en andere gerechtelijke kosten gedeeld tussen eiser en gedaagde.¹³³ In 1 van de 61 uitspraken komt niet naar voren wie veroordeeld wordt in de proces- en andere gerechtelijke kosten of dat deze worden gedeeld.¹³⁴

¹³¹ Rb. Utrecht 22 april 2009, *LJN* BI1951 (tussenvonnis); Rb. Utrecht 8 september 2010, *ECLI:NL:RBUTR:2010:5411* (eindvonnis); Rb. Oost-Nederland 14 januari 2013, *LJN* BY9264; Rb. Amsterdam 30 september 2015, *ECLI:NL:RBAMS:2015:5852*.

¹³² Rb. Amsterdam 24 augustus 2011, *LJN* BT1960

¹³³ Rb. Maastricht, 08 februari 2006, *LJN* AV2506; Rb. Amsterdam 9 januari 2008, *LJN* BC2660 (tussenvonnis); Rb. Amsterdam 27 augustus 2008, *LJN* BH2760 (eindvonnis); Rb. Haarlem 7 juli 2010, *LJN* BN0985; Rb. Arnhem 11 november 2011, *LJN* BU7615; Rb. Arnhem 21 november 2011, *LJN* BV6788; Rb. Amsterdam 20 mei 2015, *ECLI:NL:RBAMS:2015:3231*; Rb. Zeeland-West-Brabant 28 oktober 2015, *Zaak/rolnr.: C/02/282629 / HA ZA 14-398*.

¹³⁴ Rb. Noord-Nederland 27 augustus 2014, *ECLI:NL:RBNNE:2014:4148*



Hoofdstuk 4

Conclusies

In dit Hoofdstuk worden conclusies gegeven, die zijn gehaald uit de resultaten van hoofdstuk 3. In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de deelvragen 3a, 3b, 3c en 4. De conclusies zullen een beeld geven van hoe schadevergoeding, met betrekking tot auteursrechtinbreuk van fotografische werken, wordt vastgesteld. Dit hoofdstuk bestaat uit de paragrafen: Professionele fotograaf met eigen prijslijst (*paragraaf 4.1*), Professionele fotograaf zonder eigen prijslijst (*paragraaf 4.2*), Amateurfotograaf (*paragraaf 4.3*), Verhoging van het schadebedrag (*paragraaf 4.4*), Meer inbreuken, minder vergoeding (*paragraaf 4.5*), Duur van de licentie (*paragraaf 4.6*) en Proces- en andere gerechtelijke kosten (*paragraaf 4.7*).

Uit de uitspraken komt naar voren dat er slechts in één uitspraak wordt gesproken over het “rechten-vrij overnemen” van auteursrechtelijke materiaal, waarbij de rechter daaraan tevens voorbij gaat.¹³⁵ Zodoende kan geconcludeerd worden dat het vrijwel altijd gaat om gebruikersvergoedingen (licenties). Daarnaast is uit de geanalyseerde uitspraken niet naar voren gekomen dat er sprake is van enige bijzonderheid met betrekking tot de fotografen. Met andere woorden: er zijn geen uitspraken waarbij het een “bekende” fotograaf betrof, wat een hoger tarief wellicht had kunnen rechtvaardigen.

4.1 Professionele fotograaf met eigen prijslijst

Professionele fotografen die een eigen prijslijst hanteren vallen onder deelvraag 3a. Deze deelvraag luidt: “Hoe wordt schadevergoeding, met betrekking tot auteursrechtinbreuk van fotografische werken van Professionele fotografen met eigen prijslijsten, vastgesteld, blijkens een jurisprudentieanalyse?” Gesteld kan worden dat fotografen hun schadebedragen kunnen begroten aan de hand van eigen tarieven en/of licentievergoedingen, maar dat er geen vaste richtlijnen bestaan waaraan een fotograaf zijn schade en het schadebedrag kan meten. Daarbij dient de fotograaf aan te tonen dat hij inkomsten is misgelopen of dat er sprake is van winstderving. Ondanks dat het auteursrecht vaak niet ter discussie staat, dient de fotograaf wel aan te tonen dat hij de auteursrechthebbende is van de betreffende foto(s) of dat de rechtverkrijgende het auteursrecht heeft op de foto(s). De fotograaf/rechtverkrijgende dient aan te tonen dat de foto(s) tot stand is/zijn gekomen door creatieve keuzes en het zijn persoonlijk stempel draagt of het persoonlijk stempel van een fotograaf. Schadebedragen die worden gevorderd en door rechters – als schadevergoeding – worden toegekend, lopen uiteen van €150,00 tot €825,00 per foto. Dergelijke schadebedragen worden door gedaagden niet

¹³⁵ Rb. Amsterdam 9 januari 2008, *LJN* BC2660 (tussenvonnis); Rb. Amsterdam 27 augustus 2008, *LJN* BH2760 (eindvonnis).



of onvoldoende betwist en (zodoende) door de rechter toegewezen. Daarnaast worden schadebedragen die liggen tussen €255,00 en €5.535,00 per foto verlaagd naar schadebedragen die liggen tussen €100,00 tot €500,00 per foto. Rechters kijken bij het vaststellen van het schadebedrag: (1) of het schadebedrag realistisch is (of het niet buitenproportioneel is en in verhouding staat tot de schade);¹³⁶ (2) hoe oud de foto is (omdat de foto's inmiddels opbrengst hebben kunnen opleveren en dat de opbrengst in de toekomst beperkt zal zijn);¹³⁷ (3) of er eerdere facturen beschikbaar zijn (omdat uit eerdere facturen kan blijken dat normaliter een ander bedrag gehanteerd wordt);¹³⁸ (4) of er sprake is van een enkelvoudige of meervoudige inbreuk (er kan sprake zijn van één inbreuk-makende foto, maar meerdere openbaarmakingen en/of verveelvoudigingen);¹³⁹ en (5) of er sprake is van exclusiviteit (als dat niet kan worden vastgesteld, kan uitgegaan worden van een lagere waarde).¹⁴⁰

Met het oog op de bewijslast, dient de fotograaf zijn tarieven op een duidelijke en overzichtelijke manier kenbaar te kunnen maken. Daarnaast ligt de kans hoger dat een fotograaf zijn vordering toegewezen krijgt als hij prijzen/tarieven hanteert die liggen tussen €180,00 tot €500,00 per foto. Als een marktconform tarief wordt een bedrag van €255,00 per foto aangenomen (op grond van een eenjarig gebruik).¹⁴¹ Een begroting van het schadebedrag dat – naar oordeel van de rechter – onrealistisch of buitenproportioneel is heeft, ook wanneer de gedaagde dit niet betwist, een grotere kans om afgewezen of verlaagd te worden. Toch blijft het naar het oordeel van de rechter welk schadebedrag onrealistisch/buitenproportioneel is en welk niet. Naast een schadebedrag worden er ook verhogingen gevorderd van de schadebedragen, op grond van de algemene voorwaarden van DuPho (zie *paragraaf 4.4*).

4.2 Professionele fotograaf zonder eigen prijslijst

Professionele fotografen die geen eigen prijslijst hanteren vallen onder deelvraag 3b. Deze deelvraag luidt: “Hoe wordt schadevergoeding, met betrekking tot auteursrechtinbreuk van fotografische werken van Professionele fotografen zonder eigen prijslijsten, vastgesteld, blijkens een jurisprudentieanalyse?” Uit de resultaten valt te concluderen dat fotografen hun schadebedragen kunnen begroten aan de hand van de Richtprijzen Nederlandse Vakfotografie (wordt in 86,4% van de betreffende uitspraken geaccepteerd, 19 van de 21 uitspraken), de tarieven van Stichting FotoAnoniem (wordt in 75% van de betreffende uitspraken geaccepteerd, 3 van de 4 uitspraken) en de tarieven van Stichting Pictoright (wordt in 50% van de betreffende uitspraken geaccepteerd, 1 van de 2 uitspraak). De tarieven van DuPho, de tarieven van de Universiteit Utrecht (1 uitspraak) en de tarieven van de fotoverkoop afdeling van ANP Photo (1 uitspraak) kunnen worden verwaarloosd, nu uit de geanalyseerde uitspraken naar voren komt dat deze tarieven niet toepasselijk zijn op een groot publiek en de tarieven van DuPho door DuPho zijn ingetrokken

¹³⁶ Rb. Arnhem 04 januari 2012, *LJN* BV2096

¹³⁷ Rb. Arnhem 21 november 2011, *LJN* BV6788

¹³⁸ Rb. Zeeland-West-Brabant 28 oktober 2015, Zaak/rolnr.: C/02/282629 / HA ZA 14-398

¹³⁹ Rb. Amsterdam 30 oktober 2012, *LJN* BY2617; Rb. Breda 08 juni 2011, *LJN* BQ9116

¹⁴⁰ Rb. Amsterdam 16 oktober 2008, *LJN* BG0972

¹⁴¹ Rb. Gelderland 5 februari 2014, zaak/rolnr.: 2219192 / CV EXPL 13-10342 / 503; Rb. Limburg 20 januari 2016, Zaak/rolnr.: 4036380 CV EXPL 15-3396 (IEF 15630); Rb. Amsterdam 21 november 2012, zaaknr.: CV 12-2646; Rb. Amsterdam 30 oktober 2012, *LJN* BY2617; Rb. Amsterdam 24 oktober 2012, *LJN* BY0834; Rb. Rotterdam 10 augustus 2012, *LJN* BY3179; Rb. Arnhem 15 juni 2012, zaak/rolnr.: 7992313 / CV EXPL 11-8791 / 426 / 225; Rb. Arnhem 29 februari 2012, *LJN* BV7587; Rb. 's-Hertogenbosch 18 augustus 2011, zaak/rolnr.: 753348 / 11-3513.



wegens de vrees voor een boete.¹⁴² De richtprijzen en tarieven zien op een gebruiksrecht (of: licentievergoeding) en niet op het rechten-vrij overnemen het auteursrecht. Bij het begroten van de schade dient de fotograaf aan te tonen dat hij inkomsten is misgelopen of dat er sprake is van winstderving. Ondanks dat het auteursrecht vaak niet ter discussie staat, dient de fotograaf wel aan te tonen dat hij de auteursrechthebbende is van de betreffende foto('s) of dat de rechtverkrijgende het auteursrecht heeft op de foto('s). De fotograaf/rechtverkrijgende dient aan te tonen dat de foto('s) tot stand is/zijn gekomen door creatieve keuzes en het zijn persoonlijk stempel draagt of het persoonlijk stempel van een fotograaf. Daarnaast kan gesteld worden dat ook over de hiervoor genoemde richtprijzen en tarieven niet gezegd worden dat zij handvatten bieden om schade te begroten en te onderbouwen. Rechters gaan mee in vorderingen van fotografen die hun schade begroten: (1) aan de hand van de Richtprijzen Nederlandse Vakfotografie, waarbij gevorderde schadebedragen liggen tussen €180,00 en €782,00 per foto; (2) aan de hand van de tarieven van Stichting FotoAnoniem, waarbij schadebedragen liggen tussen €312,00 en €384,75 per foto; en (3) aan de hand van de tarieven van Pictoright, waarbij het gevorderde schadebedrag ligt op €180,00 per foto. Dergelijke schadebedragen worden door gedaagden niet of onvoldoende betwist en door de rechter toegewezen.

Daarnaast worden bedragen die liggen tussen €240,00 en €6.038,00 per foto verlaagt naar bedragen die liggen tussen €100,00 tot €513,00 per foto. Rechters stellen – mede door betwistingen van gedaagden – dat een verlaging van het schadebedrag gerechtvaardigd is: (1) omdat er geen bewijs is dat de richtprijzen of tarieven van toepassing zijn (maar wel naar analogie kunnen worden toegepast);¹⁴³ (2) omdat het gevorderde schadebedrag niet realistisch is of in verhouding staat tot de geleden schade;¹⁴⁴ (3) omdat niet duidelijk is hoelang de inbreuk heeft geduurd of omdat de inbreuk korter heeft geduurd dan de fotograaf stelt;¹⁴⁵ (4) omdat de fotograaf alleen beducht is tot het behalen van een hogere schadevergoeding;¹⁴⁶ (5) omdat uit eerdere correspondentie blijkt dat de fotograaf voor rechtmatig gebruik van de foto een lager tarief zou hanteren;¹⁴⁷ (6) omdat de fotograaf heeft nagelaten om de schade te onderbouwen; (7) omdat de foto in een klein formaat zichtbaar was en twee niveaus dieper ligt dan de startpagina (de tarieven van Stichting FotoAnoniem);¹⁴⁸ of (8) omdat een marktconform is €255,00 per foto ligt (voor eenmalig openbaar maken op internet).¹⁴⁹

De fotograaf die geen eigen tarieven hanteert kan aansluiting zoeken bij de Richtprijzen Nederlandse Vakfotografie, de tarieven van Stichting FotoAnoniem en de tarieven van Stichting Pictoright. De rechter kijkt daarbij of de gehanteerde richtprijzen of tarieven als uitgangspunt kunnen worden genomen om de schade te begroten en te

¹⁴² PhotoQ.nl 2008.

¹⁴³ Rb. Maastricht 9 april 2014, zaak/rolnr.: 2308502 CV EXPL 13-3481

¹⁴⁴ Rb. Amsterdam 29 februari 2012, zaak/rolnr.: 469419 / HA ZA 10-2895

¹⁴⁵ Rb. Haarlem 7 juli 2010, L/JN BN0985

¹⁴⁶ Rb. Amsterdam 22 juli 2011, L/JN BV6764

¹⁴⁷ Rb. Amsterdam 17 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5868; Rb. Amsterdam 24 augustus 2011, L/JN BT1960.

¹⁴⁸ Rb. Amsterdam 25 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4561 (tussenvonnis); Rb. Amsterdam 27 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1520 (eindvonnis).

¹⁴⁹ Rb. Gelderland 5 februari 2014, zaak/rolnr.: 2219192 / CV EXPL 13-10342 / 503; Rb. Limburg 20 januari 2016, Zaak/rolnr.: 4036380 CV EXPL 15-3396 (IEF 15630); Rb. Amsterdam 21 november 2012, zaaknr.: CV 12-2646; Rb. Amsterdam 30 oktober 2012, L/JN BY2617; Rb. Amsterdam 24 oktober 2012, L/JN BY0834; Rb. Rotterdam 10 augustus 2012, L/JN BY3179; Rb. Arnhem 15 juni 2012, zaak/rolnr.: 7992313 / CV EXPL 11-8791 / 426 / 225; Rb. Arnhem 29 februari 2012, L/JN BV7587. Rb. 's-Hertogenbosch 18 augustus 2011, zaak/rolnr.: 753348 / 11-3513.



onderbouwen. Een begroting van het schadebedrag dat – naar oordeel van de rechter – onrealistisch of buitenproportioneel is heeft een grotere kans om afgewezen of verlaagd te worden. Ook bij het gebruik van de hiervoor genoemde richtprijzen of tarieven blijft het naar het oordeel van de rechter welk schadebedrag onrealistisch is en welk niet. De kans dat een rechter meegaat in de vordering van een fotograaf die geen eigen tarieven hanteert voor het gebruik van zijn foto's ligt hoger als hij zijn vordering baseert op tarieven die liggen tussen tussen €180,00 tot €513,00 per foto, waarbij een marktconform tarief wordt aangenomen van €255,00 per foto op grond van een eenjarig gebruik.¹⁵⁰ Daarnaast kan een verhoging van het schadebedrag worden onderbouwd aan de hand van de algemene voorwaarden van DuPho (zie *paragraaf 4.4*).

4.3 Amateurfotograaf

Amateurfotografen vallen onder deelvraag 3c. Deze deelvraag luidt: “Hoe wordt schadevergoeding, met betrekking tot auteursrechtinbreuk van fotografische werken van Amateurfotografen, vastgesteld, blijkens een jurisprudentieanalyse?” Uit de geanalyseerde uitspraken komt naar voren dat er één uitspraak is dat betrekking heeft op een amateurfotograaf.¹⁵¹ In deze uitspraak stelt de gedaagde dat eiser geen beroepsmatig fotograaf is, waarop de kantonrechter stelt dat “art. 1 Aw de wet niet de eis stelt, dat enkel de professionele maker het recht om een werk openbaar maken en te verveelvoudigen toekomt.” Daarbij laat de kantonrechter onbeantwoord of eiser daadwerkelijk een amateurfotograaf is. Zodoende kan geen antwoord gegeven worden op deze deelvraag.

4.4 Verhoging van het schadebedrag

In 55,7% van de uitspraken (34 uitspraken) wordt aansluiting gezocht bij de algemene voorwaarden van DuPho om een verhoging van het schadebedrag te onderbouwen. In 9 uitspraken gaat de rechter mee in het verweer van gedaagde dat dergelijke algemene voorwaarden niet van toepassing zijn, als deze niet zijn overeengekomen. Toch stellen rechters in diezelfde uitspraken dat de algemene voorwaarden toch als uitgangspunt gebruikt kunnen worden om de schade op objectieve wijze vast te stellen.¹⁵² De Amsterdamse kantonrechter stelt: “er is geen contractuele relatie waarop de algemene voorwaarden van DuPho van toepassing zijn, toch zijn deze rechtens aanvaardbaar en geaccepteerd.”¹⁵³ In 82,4% van de uitspraken (28 van de 34 uitspraken) accepteert de kantonrechter het gebruik van de algemene voorwaarden van DuPho om de schade op een objectieve manier te begroten.¹⁵⁴ Rechters accepteren

¹⁵⁰ Rb. Gelderland 5 februari 2014, zaak/rolnr.: 2219192 / CV EXPL 13-10342 / 503; Rb. Limburg 20 januari 2016, Zaak/rolnr.: 4036380 CV EXPL 15-3396 (IEF 15630); Rb. Amsterdam 21 november 2012, zaaknr.: CV 12-2646; Rb. Amsterdam 30 oktober 2012, L/N BY2617; Rb. Amsterdam 24 oktober 2012, L/N BY0834; Rb. Rotterdam 10 augustus 2012, L/N BY3179.; Rb. Arnhem 15 juni 2012, zaak/rolnr.: 7992313 / CV EXPL 11-8791 / 426 / 225; Rb. Arnhem 29 februari 2012, L/N BV7587; Rb. 's-Hertogenbosch 18 augustus 2011, zaak/rolnr.: 753348 / 11-3513.

¹⁵¹ Rb. Breda 08 juni 2011, L/N BQ9116

¹⁵² Rb. Zeeland-West-Brabant 28 oktober 2015, Zaak/rolnr.: C/02/282629 / HA ZA 14-398; Rb. Rotterdam 6 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1345; Rb. Noord-Nederland 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4148; Rb. Utrecht 22 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2907; Rb. Arnhem 29 februari 2012, L/N BV7587; Rb. Amsterdam 29 februari 2012, zaak/rolnr.: 469419 / HA ZA 10-2895; Rb. Arnhem 04 januari 2012, L/N BV2096; Rb. 's-Hertogenbosch 18 augustus 2011, zaak/rolnr.: 753348 / 11-3513; Rb. Arnhem 11 november 2011, L/N BU7615; Rb. Haarlem 19 november 2008, L/N BG5139.

¹⁵³ Rb. Amsterdam 22 juli 2011, L/N BV6764

¹⁵⁴ Rb. Limburg 20 januari 2016, Zaak/rolnr.: 4036380 CV EXPL 15-3396 (IEF 15630); Rb. Alkmaar 27 mei 2015, zaak/rolnr.: 3589466 / CV EXPL 14-8045; Rb. Rotterdam 6 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1345; Rb. Noord-Nederland 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4148; Rb. Amsterdam 25 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4561 (tussenvonnissen); Rb. Amsterdam 27 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1520 (eindvonnissen); Rb. Maastricht 9 april 2014, zaak/rolnr.: 2308502 CV EXPL 13-3481; Rb. Maastricht 5 maart 2014, zaak/rolnr.: 522526 CV EXPL 13-3092; Rb. Noord-



de algemene voorwaarden van DuPho niet, omdat deze uitdrukkelijk niet zijn overeengekomen (maar juist van is afgeweken) of omdat er geen contractuele relatie bestaat, waardoor de algemene voorwaarden niet van toepassing zijn.¹⁵⁵

4.4.1 Verlaging van een verhoging van het schadebedrag

De algemene voorwaarden van DuPho kunnen gebruikt worden om de schade te begroten en te onderbouwen die ontstaat door het ontbreken van naamsvermelding, het aantasten of verminken van een foto of wegens het zonder toestemming gebruiken van de foto, waardoor de fotograaf geen voorwaarden heeft kunnen stellen aan het gebruik van zijn foto (*een regeling achteraf*). De algemene voorwaarden zien op een verhoging van het schadebedrag van 100% (wegens het ontbreken van naamsvermelding), 100% (wegens het aantasten of verminken van een foto) en 300% (wegens een regeling achteraf). Toch oordelen rechters wisselend over de hoogte van de toe te kennen verhogingen op grond van de algemene voorwaarden van DuPho. Er lijkt zich tussen 2013 en 2015 een trend te ontwikkelen waarbij een verhoging wegens het ontbreken van naamsvermelding – door de kantonrechter – wordt verlaagd van 100% naar 25%,¹⁵⁶ daar waar voor 2013 en vanaf het begin van 2016 weer een verhoging werd/wordt toegekend van 100% wegens het ontbreken van naamsvermelding en – in 2016 – een verhoging van 300% wegens een regeling achteraf,¹⁵⁷ daar waar in eerdere uitspraken een dergelijke verhoging werd verlaagd naar 25% of 100% (omdat ondanks de algemene voorwaarden niet van toepassing zijn, deze wel gebruikt kunnen worden om de schade op objectieve wijze te begroten) of wordt afgewezen, omdat het een karakter heeft van een boete.¹⁵⁸

In een recente uitspraak wordt een verhoging van het schadebedrag (te weten: 100% wegens het ontbreken van naamsvermelding; 100% wegens het verminken van de foto; en 300% wegens een regeling achteraf) volledig toegekend. Deze verhoging is niet gebaseerd de algemene voorwaarden van DuPho, maar op de eigen algemene voorwaarden die eiser hanteert.¹⁵⁹ Gesteld kan worden dat een dergelijke verhoging – al dan niet gebaseerd op de algemene voorwaarden van DuPho – wel wordt toegekend. Gesteld kan worden dat er geen eenduidige lijn bestaat in het toekennen van verhogingen of de over hoogte van het toe te kennen bedrag over het schadebedrag op grond van het ontbreken van naamsvermelding, het verminken van foto's of wegens een regeling achteraf. Gezien

Holland 22 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:370; Rb. Amsterdam 4 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8879. Rb. Rotterdam 18 oktober 2013, zaak/rolnr.: 2067988 / CV EXPL 13-1988; Rb. Utrecht 22 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2907; Rb. Oost-Brabant 25 april 2013, L/JN BZ9289; Rb. Oost-Nederland 14 januari 2013, L/JN BY9264; Rb. Amsterdam 21 november 2012, zaaknr.: CV 12-2646; Rb. Amsterdam 30 oktober 2012, L/JN BY2617; Rb. Amsterdam 24 oktober 2012, L/JN BY0834; Rb. Rotterdam 10 augustus 2012, L/JN BY3179; Rb. Rotterdam 10 augustus 2012, L/JN BY3179; Rb. Middelburg 11 juni 2012, L/JN BX4106; Rb. Arnhem 29 februari 2012, L/JN BV7587; Rb. Amsterdam 29 februari 2012, zaak/rolnr.: 469419 / HA ZA 10-2895; Rb. Arnhem 04 januari 2012, L/JN BV2096; Rb. Arnhem 11 november 2011, L/JN BU7615; Rb. Arnhem 31 oktober 2011, zaak/rolnr.: 750326 / 11-4290/WE/CvH (www.boek9.nl B9 10370 & www.ieforum.nl IEF10436); Rb. Delft 29 september 2011, rol/zaaknr.: 1059594 / CV EXPL 11-4253 (IEPT 20110929); Rb. Amsterdam 22 juli 2011, L/JN BV6764; Rb. Haarlem 1 juni 2011, L/JN BQ7516; Hof Amsterdam 17 juli 2012, zaaknr.: 200.093.647/01; Rb. Haarlem 7 juli 2010, L/JN BN0985; Rb. Maastricht 15 april 2009, L/JN BI1157; Rb. Haarlem 19 november 2008, L/JN BG5139; Rb. Roermond 17 april 2007, L/JN BA3462; Rb. Maastricht, 08 februari 2006, L/JN AV2506; Rb. 's-Hertogenbosch 11 januari 2006, L/JN AU9504.

¹⁵⁵ Rb. Amsterdam 25 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4561 (tussenvonnis); Rb. Amsterdam 27 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1520 (eindvonnis); Rb. Amsterdam 8 september 2010, L/JN BP0978

¹⁵⁶ Rb. Zeeland-West-Brabant 28 oktober 2015, Zaak/rolnr.: C/02/282629 / HA ZA 14-398

¹⁵⁷ Rb. Amsterdam 13 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1482

¹⁵⁸ Rb. Amsterdam 26 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8092

¹⁵⁹ Rb. Amsterdam 13 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1482



recente jurisprudentie lijkt de trend te zijn doorbroken, waardoor de kans groot is dat verhogingen worden geaccepteerd van 100% (naamsvermelding), 100% (verminking) en 300% (regeling achteraf).

4.5 Een boete of preventie-middel

De algemene voorwaarden van DuPho stellen – in artikel 17 – dat bij onrechtmatig gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken een verhoging van het schadebedrag mogelijk is. Een verhoging wegens het zonder toestemming gebruiken van een foto (en het niet kunnen stellen van voorwaarden aan het gebruik van de foto) wordt door de rechter toegewezen, met als reden dat “het immers niet aantrekkelijk gemaakt moet worden, voor gebruikers van auteursrechtelijk beschermd werk, door achteraf alsnog het gangbare tarief te betalen en dan niet slechter uit te zijn dan als zij van tevoren toestemming zou hebben gevraagd”¹⁶⁰ en dat het niet mogelijk moet zijn dat een inbreukmaker een financiële afweging kan maken: “openbaarmaking met en zonder betaling van een licentievergoeding.”¹⁶¹ Een dergelijke verhoging wordt afgewezen, omdat de verhoging het karakter heeft van een boete, wat niet past binnen Nederlandse schadevergoedingsrecht. Onder andere de Amsterdamse kantonrechter zegt hierover: “Een verhoging van de te betalen schadevergoeding (onder welke naam die ook wordt gebracht) kan een prikkel zijn om inbreuken tegen te gaan. Hoe sympathiek die redenering ook is, zij past niet in het systeem van het Nederlandse schadevergoedingsrecht bij een onrechtmatige daad. Het systeem gaat uit van een reële schadevergoeding in het individuele geval. Een vorm van schadevergoeding als middel om generale preventie te bevorderen past daarin niet.”¹⁶² Overigens wordt niet in elke uitspraak – waarbij een verhoging wordt gevorderd wegens het zonder toestemming gebruiken van auteursrechtelijk beschermd werk – verwezen naar de algemene voorwaarden van DuPho.¹⁶³ In 35 van de 61 uitspraken (57,4%) wordt een verhoging gevorderd wegens een regeling achteraf. In 18 van de 35 uitspraken (51,4%) wordt een dergelijke vordering toegewezen. In 17 van de 35 uitspraken (48,6%) wordt een dergelijke verhoging afgewezen. Zodoende kan gesteld worden dat er geen eenduidige lijn bestaat in het toekennen van een verhoging van het schadebedrag, dat ziet op een regeling achteraf en dat niet gezegd kan worden of een dergelijke verhoging gezien dient te worden als *een boete* of als een *preventie*-middel. Daarnaast kan ook niet met zekerheid gezegd worden of een beroep op artikel 17 van de algemene voorwaarden van DuPho een grote kans van slagen heeft. Toch kan het, gezien recente jurisprudentie, wel de moeite waard zijn om het mee te nemen in de vordering.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Rb. Limburg 20 januari 2016, Zaak/rolnr.: 4036380 CV EXPL 15-3396 (IEF 15630); Rb. Rotterdam 6 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1345; Rb. Maastricht 5 maart 2014, zaak/rolnr.: 522526 CV EXPL 13-3092; Rb. Rotterdam 18 oktober 2013, zaak/rolnr.: 2067988 / CV EXPL 13-1988; Rb. Utrecht 22 juli 2013, ECLI:NL:RBUMNE:2013:2907; Rb. Rotterdam 10 augustus 2012, *LJN* BY3179; Rb. Arnhem 29 februari 2012, *LJN* BV7587; Rb. Arnhem 21 november 2011, *LJN* BV6788.

¹⁶¹ Rb. Alkmaar 27 mei 2015, zaak/rolnr.: 3589466 / CV EXPL 14-8045; Rb. Amsterdam 30 oktober 2012, *LJN* BY2617; Rb. Arnhem 11 november 2011, *LJN* BU7615.

¹⁶² Rb. Amsterdam 4 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8879

¹⁶³ Rb. Amsterdam 13 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1482; Rb. Gelderland 30 september 2015, 4236782 / CV EXPL 15-4019; Rb. Amsterdam 26 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8092.

¹⁶⁴ Rb. Amsterdam 13 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1482



4.6 Meer inbreuken, minder vergoeding

Uit de geanalyseerde uitspraken komt naar voren dat het de schijn heeft dat rechters het schadebedrag per foto verlagen wanneer er sprake is van meerdere inbreuken. In verschillende uitspraken worden op die manier schadebedragen verlaagd. Zo wordt een vordering van €13.200,00 (wegens 67 inbreuken) verlaagd naar €6.700,00 (€100,00 per inbreuk);¹⁶⁵ een vordering van €6.038,00 per foto verlaagt naar €250,00 per foto (waarbij het 21 foto's betreft);¹⁶⁶ stelt de kantonrechter de fotograaf in de gelegenheid om zijn vordering opnieuw vast te stellen, omdat €346,50 per foto (totaal: €76.576,50, wegens 221 foto's) niet in verhouding staat tot de "mogelijke" schade die eiser heeft geleden;¹⁶⁷ en stelt de kantonrechter dat een schadebedrag van €100,00 per foto (wegens 132 inbreuken) redelijk is in tegenstelling tot het gevorderde schadebedrag (ad €2.645.993,90).¹⁶⁸

4.7 Duur van een licentie

Bij het bepalen van het schadebedrag lijken rechters niet te kijken naar de duur van de inbreuk. Als er sprake is van een gebruiksrecht, gaat de kantonrechter altijd uit van een licentie voor een jaar. In één uitspraak verlaagt de Amsterdamse kantonrechter het schadebedrag met een facto 10. De gehanteerde tarieven zijn gebaseerd op een gebruik van 10 jaar, terwijl de inbreuk minder dan een jaar heeft geduurd.¹⁶⁹ In een andere uitspraak hanteert eiser een facto 10, omdat gesteld wordt dat de inbreuk 10 jaar heeft geduurd. De kantonrechter stelt dat eiser *een in tijd onbeperkte licentie* heeft verstrekt en dat van een telkenjare opnieuw te betalen licentievergoeding niets is gebleken.¹⁷⁰ In een andere uitspraak gaat de Amsterdamse kantonrechter voorbij aan het verweer van de gedaagde dat de inbreuk slechts een maand heeft geduurd, waardoor het schadebedrag verlaagt dient te worden.¹⁷¹ Gesteld kan worden dat rechters licentievergoedingen hanteren voor het gebruik van één jaar, ook al heeft de inbreuk betrekking op enkele weken of maanden.

4.8 proces- en andere gerechtelijke kosten

In 61 uitspraken (100%) vordert de eiser een veroordeling van de gedaagde in de proces- en andere gerechtelijke kosten. In 49 van de 61 uitspraken (80,3%) gaat de kantonrechter mee in de vordering tot de veroordeling van de gedaagde in de proces- en andere gerechtelijke kosten aan de zijde van de eiser. In 4 van de 61 uitspraken wordt de eiser veroordeeld in de proces- en andere gerechtelijke kosten van de zijde van de gedaagde, waarin in 3 uitspraken de vordering van de eiser wordt afgewezen¹⁷² en in één uitspraak de eiser wel in het gelijk wordt gesteld, maar de kantonrechter stelt dat eiser alleen beducht was tot het behalen van een hogere schadevergoeding, waardoor de kantonrechter het schadebedrag verlaagt en eiser veroordeelt in de proces- en andere gerechtelijke kosten aan de

¹⁶⁵ Rb. Amsterdam 16 oktober 2008, *LJN* BG0972

¹⁶⁶ Rb. Zeeland-West-Brabant 28 oktober 2015, Zaak/rolnr.: C/02/282629 / HA ZA 14-398

¹⁶⁷ Rb. Amsterdam 20 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3231

¹⁶⁸ Rb. Amsterdam 8 september 2010, *LJN* BP0978

¹⁶⁹ Rb. Amsterdam 13 juli 2011, *LJN* BV6764 (Gedaagde stelt dat de schade bestaat uit de volgende som: €255,00 (per licentie van een jaar) : 365 (dagen) x 30 (dagen) = €20,96).

¹⁷⁰ Rb. Zeeland-West-Brabant 28 oktober 2015, Zaak/rolnr.: C/02/282629 / HA ZA 14-398

¹⁷¹ Rb. Amsterdam 22 juli 2011, *LJN* BV6764

¹⁷² Rb. Utrecht 22 april 2009, *LJN* BI1951 (tussenvonnissen); Rb. Utrecht 8 september 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:5411 (eindvonnissen); Rb. Oost-Nederland 14 januari 2013, *LJN* BY9264; Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5852.



zijde van gedaagde.¹⁷³ In 7 van de 61 uitspraken wordt de proces- en andere gerechtelijke kosten gedeeld tussen eiser en gedaagde. Daarbij veroordeeld de kantonrechter beide partijen in de betaling van de eigen proces- en andere gerechtelijke kosten.¹⁷⁴ In 1 van de 61 uitspraken komt niet naar voren wie veroordeeld wordt in de proces- en andere gerechtelijke kosten of dat deze worden gedeeld. Geconcludeerd kan worden dat met het oog op de procesrisico's, in 80,3% van de uitspraken een vordering – om de gedaagde te veroordelen in de proces- en andere gerechtelijke kosten bij een auteursrechtinbreuk op een fotografisch werk – slaagt. Met andere woorden: wanneer een auteursrechtinbreuk wordt aangenomen zijn procesrisico's met betrekking tot de veroordeling in de proces- en andere gerechtelijke kosten nihil.

¹⁷³ Rb. Amsterdam 24 augustus 2011, *LJN* BT1960

¹⁷⁴ Rb. Maastricht, 08 februari 2006, *LJN* AV2506; Rb. Amsterdam 9 januari 2008, *LJN* BC2660 (tussenvonnis); Rb. Amsterdam 27 augustus 2008, *LJN* BH2760 (eindvonnis); Rb. Haarlem 7 juli 2010, *LJN* BN0985; Rb. Arnhem 11 november 2011, *LJN* BU7615; Rb. Arnhem 21 november 2011, *LJN* BV6788; Rb. Amsterdam 20 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3231; Rb. Zeeland-West-Brabant 28 oktober 2015, Zaak/rolnr.: C/02/282629 / HA ZA 14-398.



Hoofdstuk 5

Aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden aanbevelingen gedaan, waarmee antwoord wordt gegeven op de hoofdvraag. De hoofdvraag betreft: “Wat kan Charlotte’s Law & Fine Prints fotografen – die haar klanten zijn – adviseren met betrekking tot het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding en de proces- en andere gerechtelijke kosten, die voortvloeien uit auteursrechtinbreukzaken op fotografische werken, blijkens jurisprudentie?” In dit hoofdstuk komen de paragrafen Schade onderbouwen (*paragraaf 5.1*), Schade begroten (*paragraaf 5.2*), Verhoging van het schadebedrag (*paragraaf 5.3*) en Proceskosten (*paragraaf 5.4*) aan bod.

Het auteursrecht is maatwerk en soms lijkt het erop dat bij elke zaak een nieuw canvas wordt gebruikt om een patroon te bepalen. Zo zeer dat het erop lijkt dat er vaste richtlijnen bestaan bij het bepalen van de schade en een schadebedrag, zo creatief dat rechters ermee om lijken te gaan. In een wereld waarin analoge en digitale media continu in beweging zijn, lijken de wolken boven de auteursrecht-wereld steeds grijzer te worden. Uit de resultaten kan worden opgemaakt dat het de schijn heeft dat binnen de kaders van dit grijze gebied elke rechter zijn eigen stuurman is, zonder kompas. Dat de horizon weleens uit het zicht lijkt te worden verloren, blijkt uit de manier waarop vonnissen worden uitgeschreven. Meer dan eens wordt het lezen van jurisprudentie bemoeilijkt, vanwege de wirwar van woorden en het gebrek aan onderbouwing. Door het bestaan van onduidelijkheden, kan rechtsonzekerheid ontstaan. Rechtsonzekerheid zou ervoor kunnen zorgen dat het vertrouwen in de rechtsstaat wordt verzwakt en de procesrisico’s voor fotografen toenemen.

5.1 Schade onderbouwen

Wanneer er sprake is van een auteursrechtinbreuk is het van belang om (kort) aandacht te besteden aan de onderbouwing dat de foto een voortbrengsel is dat door creatieve keuzes tot stand is gekomen (dat het de persoonlijke stempel van de maker draagt) en het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft. Daarnaast dient op een overzichtelijke en eenvoudige manier de inbreuk te worden omschreven, zodat er geen twijfel kan ontstaan omtrent de omvang van de schade en de hoogte van het schadebedrag. Daarbij kunnen prijzen/tarieven worden gehanteerd dat zien op het gebruik van één jaar, ook al ziet de feitelijke inbreuk op een kortere periode. Als er sprake is van een meerjarige inbreuk, dient dit eveneens op een overzichtelijke en eenvoudige manier te worden onderbouwd.

Bij het onderbouwen van de schade doet een fotograaf er goed aan om te pleiten dat de inbreuk zorgt voor: het mislopen van inkomsten en/of winstderving; een beperking van zijn exploitatiemogelijkheden; het niet kunnen stellen van voorwaarden met betrekking tot (onder andere) de duur en het gebruik; het toebrengen van schade aan zijn



goede naam en exclusiviteit; een vermindering van de waarde van het auteursrecht; en een mogelijk prijsbederf dat (in de toekomst) is te verwachten.

5.2 Schade begroten

Een fotograaf kan zijn schade begroten aan de hand van zijn eigen tarieven/eerdere facturen of aan de hand van richtprijzen/tarieven die zijn opgenomen in de Richtprijzen Nederlandse Vakfotografie, de tarieven van Stichting FotoAnoniem of de tarieven van Stichting Pictoright.

Een professionele fotograaf met een eigen prijzenlijst/eigen tarieven doet er goed aan om tarieven te hanteren die liggen tussen €150,00 en €500,00 per foto voor een eenjarig gebruik. Toch staat het een fotograaf vrij om een hogere vergoeding te vragen voor zijn foto('s). Daarbij dient een fotograaf zich af te vragen of zijn vordering realistisch is en in verhouding staat tot de werkelijk geleden schade. Daarnaast wordt een marktconform tarief gehanteerd van €255,00 per foto, op grond van een eenjarig gebruiksrecht.

De professionele fotograaf zonder eigen prijzenlijst/tarieven kan aansluiting zoeken bij de Richtprijzen Nederlandse Vakfotografie, de tarieven van Stichting FotoAnoniem en de tarieven van Stichting Pictoright. In 89,3% van de uitspraken accepteert de kantonrechter de hiervoor genoemde richtprijzen/tarieven om de schade op objectieve wijze begroten. Daarbij doet een fotograaf er goed aan om tarieven te hanteren die liggen tussen €180,00 en €513,00 per foto voor een eenjarig gebruik. Ook hier staat het de fotograaf vrij om een hogere vergoeding te vorderen. Daarbij dient de fotograaf beducht te zijn dat zijn vordering realistisch is en tot verhouding staat tot de werkelijk geleden schade en dat de richtprijzen/tarieven verschillende vereisten kennen ten aanzien van de hoogte van vergoedingen (bijvoorbeeld het gebruik van een foto anders dan op de startpagina van een website). Daarnaast wordt ook hier een marktconform tarief gehanteerd van €255,00 per foto, op grond van een eenjarig gebruiksrecht.

Ondanks het gebrek aan jurisprudentie met betrekking tot amateurfotografen kan wel gesteld worden dat ook zij schade kunnen ondervinden als er sprake is van een auteursrechtinbreuk. De Bredase kantonrechter heeft gesteld – op verweer dat eiser geen beroepsmatig fotograaf is – dat art. 1 Aw niet de eis stelt, dat enkel de professionele maker het recht om een werk openbaar maken en te verveelvoudigen toekomt. Dat in ogenschouw genomen, zou een amateurfotograaf zijn schade eveneens kunnen begroten en onderbouwen aan de hand van de hiervoor omschreven middelen en op grond van een marktconform tarief van €255,00 per foto (voor het gebruik van een jaar). Een amateurfotograaf kan immers ook worden beperkt in zijn exploitatiemogelijkheden en te verwachten prijsbederf; en worden geschaad in zijn persoonlijkheidsrechten, goede naam en exclusiviteit. Jurisprudentie om dit te onderbouwen ontbreekt echter. Het begroten en onderbouwen van schade en het schadebedrag dient op een overzichtelijke en eenvoudige wijze te worden gedaan. Hoe ingewikkelder de bewijsvoering wordt gemaakt, hoe groter de kans is dat de vordering wordt verlaagd of afgewezen. Onoverzichtelijke rekensommen en pagina's lange omschrijvingen van en verwijzingen naar prijzen/tarieven kunnen daarbij beter worden vermeden.



5.3 Verhoging van het schadebedrag

In 85,7% van de uitspraken worden de algemene voorwaarden van DuPho aangenomen om de schade op een objectieve manier te begroten. De kans is groot dat de rechter een beroep op de algemene voorwaarden accepteert, ondanks dat er is geen contractuele relatie bestaat, omdat de voorwaarden wel rechtens aanvaardbaar en geaccepteerd zijn om de schade op objectieve wijze te begroten. De algemene voorwaarden stellen dat een verhoging van het schadebedrag mogelijk is, als er schade is ontstaan door: (1) het ontbreken van naamsvermelding; (2) het verminken, aantasten of misvormen van een foto; en/of (3) een onrechtmatig gebruik van auteursrechtelijk beschermde foto's, waardoor geen voorwaarden gesteld konden worden aan het gebruik daarvan (ook wel: een regeling achteraf). Er bestaat geen eenduidige lijn in het toekennen van dergelijke verhogingen. Vorderingen wegens het ontbreken van naamsvermelding en het verminken, aantasten of misvormen van een foto vinden hun juridische grondslag in art. 25 lid 1 Aw en kennen op grond van art. 16 en 18 van de algemene voorwaarden van DuPho een verhoging van het schadebedrag toe van 100%. Een verhoging van het schadebedrag wegens een regeling achteraf is mogelijk op grond van art. 17 van de algemene voorwaarden van DuPho en ziet op een verhoging van het schadebedrag van 300%. Een juridische grondslag ontbreekt echter.

Slechts in een kleine meerderheid van de gevallen (51,4%) wordt een dergelijke vordering geaccepteerd. Onduidelijk is ook of een verhoging wegens een regeling achteraf gezien moeten worden als *een boete* of als *een preventie-middel*. Een vordering wegens een regeling achteraf kan onderbouwd worden met de tekst "dat het moet immers niet aantrekkelijk gemaakt worden, voor gebruikers van auteursrechtelijk beschermd werk, door achteraf alsnog het gangbare tarief te betalen en dan niet slechter uit te zijn dan als zij van tevoren toestemming zou hebben gevraagd. In dat geval zou immers het systeem van bescherming van auteursrechten illusor worden gemaakt." Gezien recente jurisprudentie worden vorderingen van 100% (wegens het ontbreken van naamsvermelding en het verminken, aantasten of misvormen van een foto) en 300% (wegens een regeling achteraf) op grond van de algemene voorwaarden van DuPho geaccepteerd. Om de kans op schadevergoeding te vergroten doet de fotograaf er echter goed aan om zijn vordering te baseren op het aantal inbreuk-makende foto's en niet op het aantal (auteursrecht)inbreuken of over de totale vordering. Ook hier geldt dat een fotograaf er goed aan doet om een verhoging van het schadebedrag op een overzichtelijke en eenvoudige manier te omschrijven.

5.4 Proceskosten

In 49 uitspraken (80,3%) gaat de kantonrechter mee in de vordering tot de veroordeling van de gedaagde in de proces- en andere gerechtelijke kosten aan de zijde van de eiser. Met het oog op de veroordeling in de proces- en andere gerechtelijke kosten kan gesteld worden dat – wanneer de schade op een overzichtelijk en eenvoudige wijze is onderbouwd en begroot en de hoogte van het schadebedrag rond een marktconform tarief ligt – de procesrisico's nihil zijn en dat de fotograaf er goed aan doet om de (kanton)rechter te verzoeken om de gedaagde te veroordelen in de hiervoor genoemde gemaakte kosten. Een fotograaf doet er goed aan om bij zijn vordering – op grond van de proces- en andere gerechtelijke kosten – rekening te houden met de indicatietarieven die de Rechtbank ter hand stelt. Deze tarieven kennen een plafond van €6.000,00 aan waar een vordering op kan worden gebaseerd.



Hoofdstuk 6

Literatuur- en bronnenlijst

Literatuur

Gielen e.a. 2014

Ch. Gielen, A.C.M. Alkema, P.G.F.A. Geerts, M.M. Groenenboom, R. Hermans, R.C.K. van Oerle, A.M.E. Verschuur, *'Kort Begrip van het Intellectueel Eigendomsrecht'*, Deventer: Kluwer 2014

Gielen & Visser 2013

Ch. Gielen, D.J.G. Visser, *'Intellectuele eigendom, Tekst & commentaar'*, Deventer: Kluwer 2013

Holzhauer & Gellaerts 2015

R.W. Holzauer & S.I. Gellaerts, *'Van idee naar IE, Kennismaking met het intellectuele eigendomsrecht'*, Kluwer: Deventer 2015

Spoor, Verkade & Visser 2005

J.H. Spoor, D.W.F. Verkade, D.J.G. Visser, *'Auteursrecht, Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht'*, Kluwer: Deventer 2005

Timmer & Paffen 2011

I. Timmer & A.L.A.M. Paffen, *'Verbintenissenrecht begrepen'*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011

Artikelen

Beentjes 2014

D. [Daniëlle] Beentjes (19 februari 2014), *'HyperLinken, framen en embedden: is linken naar auteursrechtelijk materiaal nu altijd toestaan?'*, geraadpleegd op 1 februari 2015, op:
<http://www.photonmagazine.eu/hyperlinken-framen-en-embedden-is-linken-naar-auteursrechtelijk-materiaal-nu-altijd-toestaan>



Hendriksma 2015

K. [Karsten] Hendriksma (24 februari 2015), *'Social media in Nederland in 2015: de laatste cijfers'*, geraadpleegd op 13 oktober 2015, op <http://www.redmax.nl/nieuws/social-media-in-nederland-in-2015-de-laatste-cijfers/>

Meindersma 2014

C. [Charlotte] Meindersma (24 november 2014), *'Embedden: mag dat eigenlijk wel?'*, geraadpleegd op 1 februari 2015, op <http://www.frankwatching.com/archive/2014/11/24/embedden-mag-dat-eigenlijk-wel/#more-316890>

Mommers 2014

E. [Esther] Mommers (31 augustus 2014), *'Auteursrechten voor de rechter verdedigd door de licentiehouder'*, geraadpleegd op 3 februari 2015, op <http://photoq.nl/auteursrechten-voor-de-rechter-verdedigd-door-de-licentiehouder/>

Oosterveer 2014

D. [Danny] Oosterveer (13 maart 2014), *'De laatste cijfers van het socialmediagebruik in Nederland'*, geraadpleegd op 20 januari 2016, op <http://www.marketingfacts.nl/berichten/socialmediagebruik-in-nederland-update-maart-2014>.

PhotoQ.nl 2008

PhotoQ.nl (11 juni 2008), *'Federatie trekt adviestarieven in'*, geraadpleegd op 19 januari 2016, op <http://photoq.nl/federatie-trekt-adviestarieven-in/>

Polish Helsinki Foundation for Human Rights 2015

Polish Helsinki Foundation for Human Rights (14 januari 2015), *'Het "framen" van video's op eigen website is geen auteursrechtsschending'*, geraadpleegd op 1 februari 2015, op <http://www.liberties.eu/nl/news/cjeu-copyright-on-the-internet>

Van Zessen 2014

J. [Jaap] van Zessen (4 februari 2014) *'AANTAL NEDERLANDSE FACEBOOK GEBRUIKERS VAN 2004 TOT 2014'*, geraadpleegd op 13 oktober 2015, op <http://www.buzzcapture.com/2014/02/aantal-facebook-gebruikers-in-nederland-van-2006-tot-2013/>



Volkskrant 2013

Redactie Volkskrant (18 september 2013), *'Facebook in cijfers: elke dag meer dan 350 miljoen foto's geüpload'*, geraadpleegd op 21 december 2015, op <http://www.volkskrant.nl/recensies/facebook-in-cijfers-elke-dag-meer-dan-350-miljoen-foto-s-geupload~a3511932/>

Rechtbank

Rb. Bergen op Zoom 20 augustus 2014, zaaknr.: 3017711 CV EXPL 14-2358
Rb. Amsterdam 25 november 2012, *LJN* BY0834
Rb. Haarlem, 07 december 2011, *LJN* BV6111
Rb. Amsterdam 26 november 2011, *LJN* BU6269
Rb. 's-Hertogenbosch 18 augustus 2011, zaak/rolnr.: 753348 / 11-3513
Rb. Breda 6 juli 2011, zaak/rolnr.: 655466 / CV EXPL 11-2671
Rb. Haarlem 7 juli 2010, *LJN* BN0985
Rb. Amsterdam 17 april 2008, *LJN* BC9778
Rb. 's-Hertogenbosch 11 januari 2006, *LJN* AU9504.

Hoge Raad

HR 14 juni 2013, MF 2013, m.nt. Schuijt, IER 2013/60, p. 470 m.nt. PGFAG (Cruijff/Tirion)
HR 30 mei 2008, NJ 2008, 556 (Endstra/Nieuw Amsterdam; De Endstra-tapes)
HR 16 juni 2006, *LJN* AU8940 (Lancôme/Kecofa; geurwerk)
HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473 (Ferdi E-arrest)
HR 4 januari 1991, NJ 1991, 608 (Van Dale/Romme).
HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277, rov. 3.2 (Naturiste-arrest)
HR 29 november 1985, NJ 1987, 880 (Screenoprints/Citroën)
HR 13 april 1984, NJ 1984, 524 (Suske en Wiske-arrest)
HR 11 november 1983, NJ 1984, 331 (Lanting/DLG)

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 17 maart 2016, zaaknr. C-99/15, (Liffers Curia.eu)
HvJ EG 14 oktober 2014, ECLI:EU:C:2014:2315
HvJ EG 13 februari 2014, IEPT 20140213 (Svensson/retriever)
HvJ EG 1 december 2011, EC-145/10 (Eva-Maria Painer)



Richtlijn

Richtlijn 2001/29/EG van het Europees parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij

Richtlijn 2004/48/EG van het Europees parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten

Reparatiewet

Reparatiewet Justitie III (Stb. 2008, 85). Toelichting, Stb. 2008, 149. Nota van toelichting, stb. 2009, 3.

Memorie van Toelichting

Kamerstukken II 2004/05, 29 912, nr. 3 (MvT).



Bijlage 1 – Lijst geanalyseerde uitspraken

1. Rb. Amsterdam 13 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1482
2. Rb. Limburg 20 januari 2016, Zaak/rolnr.: 4036380 CV EXPL 15-3396 (IEF 15630)
3. Rb. Zeeland-West-Brabant 28 oktober 2015, Zaak/rolnr.: C/02/282629 / HA ZA 14-398
4. Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5852
5. Rb. Gelderland 30 september 2015, 4236782 / CV EXPL 15-4019
6. Rb. Amsterdam 17 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5868
7. Rb. Amsterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6959 (tussenvonnis). Rb. Amsterdam 10 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3590 (eindvonnis)
8. Rb. Alkmaar 27 mei 2015, zaak/rolnr.: 3589466 / CV EXPL 14-8045
9. Rb. Amsterdam 20 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3231
10. Rb. Overijssel 21 april 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1975
11. Rb. Overijssel 24 februari 2015, zaak/rolnr.: 3520107 CV EXPL 14-10619
12. Rb. Rotterdam 6 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1345
13. Rb. Amsterdam 26 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8092
14. Rb. Limburg 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7598
15. Rb. Berg op Zoom 20 augustus 2014, zaak/rolnr.: 3017711 CV EXPL 14-2358
16. Rb. Noord-Nederland 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4148
17. Rb. Amsterdam 25 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4561 (tussenvonnis). Rb. Amsterdam 27 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1520 (eindvonnis)
18. Rb. Midden-Nederland 28 mei 2014, zaaknr.: 2839654 AC EXPL 14-963 mc/4071
19. Rb. Maastricht 9 april 2014, zaak/rolnr.: 2308502 CV EXPL 13-3481
20. Rb. Maastricht 5 maart 2014, zaak/rolnr.: 522526 CV EXPL 13-3092
21. Rb. Gelderland 5 februari 2014, zaak/rolnr.: 2219192 / CV EXPL 13-10342 / 503
22. Rb. Noord-Holland 22 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:370
23. Rb. Amsterdam 4 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8879
24. Rb. Rotterdam 18 oktober 2013, zaak/rolnr.: 2067988 / CV EXPL 13-1988
25. Rb. Utrecht 22 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2907
26. Rb. Oost-Brabant 25 april 2013, *LJN* BZ9289
27. Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4771
28. Rb. Oost-Nederland 14 januari 2013, *LJN* BY9264
29. Rb. Amsterdam 21 november 2012, zaaknr.: CV 12-2646
30. Rb. Amsterdam 30 oktober 2012, *LJN* BY2617
31. Rb. Amsterdam 24 oktober 2012, *LJN* BY0834
32. Rb. Rotterdam 10 augustus 2012, *LJN* BY3179



33. Rb. Arnhem 15 juni 2012, zaak/rolnr.: 7992313 / CV EXPL 11-8791 / 426 / 225
34. Rb. Middelburg 11 juni 2012, *LJN* BX4106
35. Rb. Arnhem 29 februari 2012, *LJN* BV7587
36. Rb. Amsterdam 29 februari 2012, zaak/rolnr.: 469419 / HA ZA 10-2895
37. Rb. Arnhem 04 januari 2012, *LJN* BV2096
38. Rb. Haarlem, 07 december 2011, *LJN* BV6111
39. Rb. Arnhem 21 november 2011, *LJN* BV6788
40. Rb. Arnhem 11 november 2011, *LJN* BU7615
41. Rb. Arnhem 31 oktober 2011, zaak/rolnr.: 750326 / 11-4290/WE/CvH (www.boek9.nl B9 10370 & www.ieforum.nl IEF10436)
42. Rb. Leeuwarden 19 oktober 2011, zaak/rolnr.: 360221 / CV EXPL 11-3004
43. Rb. Delft 29 september 2011, rol/zaaknr.: 1059594 / CV EXPL 11-4253 (IEPT 20110929)
44. Rb. Amsterdam 24 augustus 2011, *LJN* BT1960
45. Rb. 's-Hertogenbosch 18 augustus 2011, zaak/rolnr.: 753348 / 11-3513
46. Rb. Amsterdam 22 juli 2011, *LJN* BV6764
47. Rb. Amsterdam 13 juli 2011, *LJN* BV6764
48. Rb. Breda 6 juli 2011, zaak/rolnr.: 655466 / CV EXPL 11-2671
49. Rb. Breda 08 juni 2011, *LJN* BQ9116
50. Rb. Haarlem 1 juni 2011, *LJN* BQ7516. Hof Amsterdam 17 juli 2012, zaaknr.: 200.093.647/01.
51. Rb. Amsterdam 8 september 2010, *LJN* BP0978
52. Rb. Utrecht 22 april 2009, *LJN* BI1951 (tussenvonnis). Rb. Utrecht 8 september 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:5411 (eindvonnis)
53. Rb. Haarlem 7 juli 2010, *LJN* BN0985
54. Rb. Maastricht 15 april 2009, *LJN* BI1157
55. Rb. Haarlem 19 november 2008, *LJN* BG5139
56. Rb. Amsterdam 16 oktober 2008, *LJN* BG0972
57. Rb. Amsterdam 17 april 2008, *LJN* BC9778
58. Rb. Amsterdam 9 januari 2008, *LJN* BC2660 (tussenvonnis). Rb. Amsterdam 27 augustus 2008, *LJN* BH2760 (eindvonnis)
59. Rb. Roermond 17 april 2007, *LJN* BA3462
60. Rb. Maastricht, 08 februari 2006, *LJN* AV2506
61. Rb. 's-Hertogenbosch 11 januari 2006, *LJN* AU9504



Bijlage 2 – de algemene voorwaarden van DuPho (2015)

DuPho.

Algemene Voorwaarden van DuPho, Januari 2015

1. Definities

In deze Algemene Voorwaarden wordt verstaan onder:

Aw: Auteurswet 1912

Fotografisch werk: fotografische werken zoals bedoeld in artikel 10 lid 1 sub 9 Aw, dan wel andere werken in de zin van de Aw, welke met bedoelde fotografische werken op één lijn kunnen worden gesteld.

Beelddrager: de drager waarop een Fotografisch werk (al dan niet met het oog herkenbaar) is vastgelegd, zoals een dia, negatief, afdruk, polaroid, CD-rom, DVD of usb stick.

Fotograaf: de gebruiker in de zin van art. 6:231 BW.

Wederpartij: de wederpartij in de zin van art. 6:231 BW.

Gebruik: verveelvoudiging en/of openbaarmaking in de zin van artikel 1 jo. 12 en 13 Aw.

2. Toepassing

Deze Algemene Voorwaarden zijn van toepassing op alle rechtsbetrekkingen tussen een Fotograaf en een Wederpartij, inclusief offertes, opdrachtbevestigingen en modelinge of schriftelijke overeenkomsten, ook na het beëindigen van een overeenkomst, tenzij partijen schriftelijk en uitdrukkelijk van deze voorwaarden zijn afgeweken.

3. Offerte

Offertes zijn geheel vrijblijvend, tenzij uitdrukkelijk anders is vermeld. De Fotograaf heeft het recht om tot twee werkdagen na ontvangst van de aanvordering van zijn aanbod dit aanbod te herroepen. De offerte verplicht niet tot levering van een deel van de prestatie tegen een proportionele prijs.

4. Vergoeding

4.1 Indien partijen geen vergoeding zijn overeengekomen, is de door de Fotograaf gebruikelijk gehanteerde vergoeding van toepassing.

4.2 Indien en voor zover niet van een gebruikelijk gehanteerde vergoeding kan worden gesproken, zal de Fotograaf naar redelijkheid en billijkheid de vergoeding nader bepalen, waarbij de Fotograaf onder meer zal kunnen aanknopen bij (i) de in de markt gangbare vergoedingen voor vergelijkbare opdrachten, tussen vergelijkbare opdrachtgevers en vergelijkbare opdrachtnemers, waarbij verwezen kan worden naar vergoedingen zoals door collega's van de Fotograaf in rekening gebracht, (ii) hetgeen in voorgaande gevallen rechtens als redelijk en billijk is bestempeld, (iii) vergelijkende vergoedingen zoals die in omliggende landen door fotografen in rekening worden gebracht en (iv) de omvang en reikwijdte van het door de Wederpartij gewenste gebruik van het werk.

4.3 Indien aanmerkelijk is dat de Fotograaf hogere kosten heeft gemaakt en/of meer werk heeft verricht, welke redelijkerwijs noodzakelijk waren, komen ook deze kosten en/of dit meerwerk voor vergoeding door de Wederpartij in aanmerking.

5. Factuur en betaling

5.1 De Wederpartij zal de factuur van de Fotograaf op onjuistheden controleren. Indien de Wederpartij niet binnen tien werkdagen na factuurdatum schriftelijk de factuur met opgave van rechts relevante redenen heeft afgewezen en aan de Fotograaf heeft geretourneerd, zal de betrokken factuur als bindend tussen partijen hebben te gelden en vervalt enig recht van de Wederpartij op reclamatie.

5.2 Betaling dient te geschieden binnen dertig dagen na factuurdatum.

5.3 De Wederpartij verricht de aan de Fotograaf verschuldigde betalingen zonder korting of beroep op compensatie, behoudens verrekening met tussen partijen erkend verrekenbare voorschotten, die hij aan de Fotograaf heeft verstrekt.

5.4 Indien de Fotograaf het verschuldigde bedrag niet binnen de in 5.2 bedoelde termijn heeft ontvangen, is de Wederpartij in verzuim en derhalve de wettelijke rente verschuldigd, te vermeerderen met 2%.

5.5 Indien de Wederpartij in verzuim is of op andere wijze tekort geschoten in de nakoming van één of meer van zijn verplichtingen, een inbreuk op auteursrecht daaronder begrepen, dan komen alle kosten ter verkrijging van voldoening in en buiten rechte voor zijn rekening.

5.6 Geen enkel gebruik van het Fotografisch werk op welke wijze dan ook is toegestaan, zolang de Wederpartij enige uitstaande factuur van de Fotograaf nog niet heeft voldaan of anderszins nog niet geheel heeft voldaan aan enigelei verplichting voortvloeiende uit welke overeenkomst met de Fotograaf dan ook.

6. Controle

6.1 Indien de vergoeding op enige wijze afhankelijk is gesteld van feiten of omstandigheden, die moeten blijken uit de administratie van de Wederpartij, heeft de fotograaf na een opgave van de opdrachtgever het recht om de administratie van de opdrachtgever te controleren door een door de fotograaf aan te wijzen RA/AA accountant.

6.2 In het geval dat de uitkomst van de controle meer dan 2% afwijkt van de opgave en afrekening van de Wederpartij dan komen de kosten van de controle volledig voor rekening van de Wederpartij. Bovendien zal de Wederpartij alsdan de op basis van de daadwerkelijke gegevens verschuldigde vergoeding, na facturering aan de Fotograaf voldoen.

7. Bewijsexemplaar

Bij openbaarmaking van een Fotografisch werk dient de Wederpartij terstond en zonder kostenberekening een bewijsexemplaar van de publicatie aan de Fotograaf te doen toekomen.

8. Levering

8.1 Beeld dragers worden geleverd in het pand waar de Fotograaf zijn bedrijf uitoefent. Verzonden Beeld dragers zijn vanaf het moment van verzending voor risico van de Wederpartij tot het moment dat de Beeld dragers door de Fotograaf onbeschadigd retour zijn ontvangen.

8.2 Digitale bestanden met Fotografische werken worden geleverd in goed overleg en op een door beide partijen overeengekomen wijze en zijn vanaf het moment van verzending voor risico van de Wederpartij.

8.3 Indien geen levertijd is overeengekomen, wordt die in redelijkheid door de Fotograaf vastgesteld.

8.4 Indien de Fotograaf en de Wederpartij overeenkomen dat de levertijd wordt vervoegd, heeft de Fotograaf het recht de oorspronkelijk overeengekomen vergoeding met ten minste 50% te verhogen.

8.5 Elke levering, ook een levering van een onderdeel van een samengestelde opdracht, kan afzonderlijk worden gefactureerd indien een onderdeel van een samengestelde opdracht afzonderlijk van waarde is.

9. Klachten

Klachten inzake het geleverde werk dienen zo spoedig mogelijk, doch in ieder geval binnen tien werkdagen na levering van de Fotografische werken schriftelijk aan de Fotograaf te worden medegedeeld. De Fotograaf heeft het recht binnen redelijke termijn alsnog goed werk voor afgekeurd werk te leveren, tenzij dit tot onevenredige schade voor de Wederpartij zou leiden.

10. Bezit/eigendom Beeld dragers

10.1 Indien niet is overeengekomen dat Beeld dragers in het bezit van de Wederpartij blijven, heeft deze onverwijld na het overeengekomen gebruik voor kosteloze retounering aan de Fotograaf zorg te dragen. Het niet of niet tijdig nakomen van deze verplichting leidt niet tot verlies van enig recht van de Fotograaf.

10.2 Indien Fotografische werken als digitaal bestand zijn aangeleverd, zal de Wederpartij deze onverwijld na het overeengekomen gebruik wissen en/of vernietigen en niet voor hergebruik opslaan. Het niet of niet tijdig nakomen van deze verplichting leidt niet tot verlies van enig recht van de Fotograaf.

10.3 Indien een Beeld drager niet binnen vier weken na de overeengekomen termijn aan de Fotograaf is geretourneerd, wordt hij als vermist beschouwd.

10.4 In geval van vermissing of beschadiging van een Beeld drager is de Wederpartij gehouden de schade die de fotograaf hierdoor lijdt te vergoeden.

10.5 Beeld dragers blijven eigendom van de Fotograaf. De Wederpartij heeft enkel recht op overdracht van de eigendom als dit uitdrukkelijk is overeengekomen.

11. Zichtzendingen

11.1 Als zichtzending ter beschikking gestelde Beeld dragers die niet worden gebruikt, dienen door de Wederpartij binnen tien werkdagen na ontvangst te worden geretourneerd.

11.2 Als zichtzending ontvangen digitale bestanden met Fotografische werken die niet worden gebruikt, dienen door de Wederpartij binnen tien werkdagen na ontvangst te worden gewist dan wel vernietigd.

11.3 In het geval Beeld dragers en/of digitale bestanden met Fotografische werken langer worden behouden dan de overeengekomen periode, is de Wederpartij gehouden de schade die de Fotograaf hierdoor lijdt te vergoeden.

11.4 De Wederpartij is niet alleen verplicht tot tijdige retounering van de origineel aan hem verzonden Beeld dragers aan de Fotograaf, maar hij zal ook geen enkel vervaardigd duplicaat in welke vorm dan ook van de Beeld dragers en/of ontvangen digitale bestanden met Fotografische werken behouden en ieder zulk duplicaat meteen (doen) vernietigen.

12. Opdracht

12.1 Een opdrachtovereenkomst is een overeenkomst waarbij de Fotograaf zich jegens de Wederpartij verbindt om Fotografische werken te maken en/of te leveren.

12.2 Een opdrachtovereenkomst komt tot stand door aanvaarding door de Wederpartij van de offerte van de Fotograaf. Deze aanvaarding kan mede blijken uit het sturen door de Fotograaf aan de Wederpartij van een schriftelijke opdrachtbevestiging die door de Wederpartij aan zich wordt gehouden of bij gebreke daarvan, uit de feitelijke wetenschap en gedogen van de Wederpartij van het uitvoeren van werkzaamheden door de Fotograaf overeengekomstig te offerte.

12.3 De Fotograaf heeft het recht om alles dat bij een opdrachtovereenkomst niet uitdrukkelijk is omschreven naar eigen technisch en creatief inzicht uit te voeren.

12.4 Wijzigingen in de opdracht door de Wederpartij om welke reden dan ook en hangende de uitvoering van de opdrachtovereenkomst, komen voor rekening van de Wederpartij en zullen door de Fotograaf slechts worden uitgevoerd na aparte offerte van meerkosten die door de Wederpartij voor akkoord is ondertekend en aan de Fotograaf is geretourneerd.

12.5 In geval van annulering van een opdrachtovereenkomst door de Wederpartij op welk moment dan ook en om welke reden dan ook, heeft de Fotograaf recht op de overeengekomen vergoeding, verminderd met de nog niet gemaakte kosten.

12.6 Tenzij uitdrukkelijk anders overeengekomen, is de Fotograaf volledig vrij in de keuze van de toeleveranciers en derden met wie de Fotograaf werkt om tot uitvoering van de opdrachtovereenkomst te komen, inclusief modellen en stylisten.

13. Internet

13.1 In geval van overeengekomen gebruik op internet zal de Wederpartij ervoor zorgdragen dat de afmetingen van het door haar op internet afgebeelde Fotografische werk niet groter zijn dan 800 bij 600 pixels.

13.2 De Wederpartij zal van de Fotografische werken geen andere kopieën maken – digitaal of anderszins – dan die welke strikt noodzakelijk zijn voor het overeengekomen gebruik op internet. Na afloop van het overeengekomen gebruik zal de gebruiker de gebruikte (werk)kopieën van het Fotografische werk wissen dan wel vernietigen.

13.3 De Wederpartij zal de Fotograaf vrijelijk en kosteloos toegang verstrekken tot ieder gedeelte van haar website waarop het Fotografisch werk is afgebeeld. Indien hiertoe speciale voorzieningen nodig zijn dan zal hij deze aan de Fotograaf verstrekken.

14. Auteursrecht

Het auteursrecht op de Fotografische werken berust bij de fotograaf.

15. Licentie

15.1 Toestemming voor gebruik van een Fotografisch werk door de Wederpartij wordt uitsluitend schriftelijk en voorafgaand verleend in de vorm van een licentie zoals die naar aard en omvang door de Fotograaf is omschreven in de offerte en/of de opdrachtbevestiging en/of de daarop toezijnde factuur.

15.2 Indien omtrent de omvang van de licentie niets is bepaald, geldt dat deze nimmer meer omvat dan het recht tot éénmalig gebruik, in ongewijzigde vorm, ten behoeve van een doel, oplage en wijze zoals partijen bij het aangaan van de overeenkomst conform het begrip van de Fotograaf, hebben bedoeld.

15.3 Bij gebreke aan een specifiek overeengekomen wijze van publicatie en/of omschreven doel en/of omschreven oplage worden alleen die bevoegdheden geacht te zijn gegeven, die standaard zijn opgenomen in de licentie dan wel, die uit de aard en strekking van de overeenkomst noodzakelijkerwijs voortvloeien.

15.4 Indien door de Fotograaf toestemming is gegeven voor elektronische of andere vormen van beeldmanipulatie kan het resultaat pas worden gebruikt na diens uitdrukkelijke schriftelijke goedkeuring.

16. Sublicenties

Tenzij anders overeengekomen, is de Wederpartij niet bevoegd om sublicenties te verlenen aan derden.

17. Inbreuk op auteursrecht

17.1 Elk gebruik van een Fotografisch werk dat niet is overeengekomen, wordt beschouwd als een inbreuk op het auteursrecht van de Fotograaf.

17.2 Bij inbreuk komt de Fotograaf een vergoeding toe ter hoogte van ten minste driemaal de door de Fotograaf gebruikelijk gehanteerde licentievergoeding voor een dergelijke vorm van gebruik, zonder enig recht te verliezen op vergoeding van overige geleden schade (waaronder begrepen het recht op vergoeding van alle directe en indirecte schade en alle daadwerkelijke gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten).

18. Naamsvermelding

18.1 De naam van de Fotograaf dient duidelijk bij een gebruikt Fotografisch werk te worden vermeld, of met een verwijzing naar het Fotografisch werk in de publicatie te worden opgenomen.

18.2 Bij niet-nakoming van deze voorwaarde komt de Fotograaf een vergoeding toe van ten minste 100% van de door de Fotograaf gebruikelijk gehanteerde licentievergoeding, zonder enig recht te verliezen op vergoeding van overige geleden schade (waaronder het recht op vergoeding van alle directe en indirecte schade en alle daadwerkelijke gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten).

18.3 Wanneer de Wederpartij schriftelijk toestemming heeft verkregen het Fotografische werk te verveelvoudigen, in welke vorm dan ook, is deze gehouden er zorg voor te dragen dat de naam van de Fotograaf op deze reproducties wordt aangebracht. In het geval van digitale/elektronische kopieën is de Wederpartij tevens gehouden er zorg voor te dragen dat de volledige metadata – zoals ze door de Fotograaf tot onderdeel van het digitale bestand zijn gemaakt – behouden blijven, het gaat daarbij om informatie volgens de EXIF, de IPTC, de XMP en de ICC standaards.

19. Persoonlijksheidsrechten

19.1 De Wederpartij neemt bij de verveelvoudiging en openbaarmaking van een Fotografisch werk te allen tijde de persoonslijksheidsrechten van de fotograaf conform artikel 25 lid 1 sub c en d Aw in acht.

19.2 Bij schending van bedoelde persoonslijksheidsrechten komt de Fotograaf een vergoeding toe van ten minste 100% van de door de Fotograaf gebruikelijk gehanteerde licentievergoeding, zonder enig recht te verliezen op vergoeding van overige geleden schade (waaronder het recht op vergoeding van alle directe en indirecte schade en alle daadwerkelijke gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten).

20. Rechten van derden

20.1 De Wederpartij die een Fotografisch werk openbaar maakt, is met uitsluiting van anderen verantwoordelijk voor het verkrijgen van toestemming van geportretteerden en/of andere rechthebbenden. De Wederpartij vrijwaart de Fotograaf van alle aanspraken te diër zake.

20.2 De Fotograaf is verplicht naar vermogen mee te werken aan het opsporen van de in dit artikel bedoelde personen.

21. Aansprakelijkheid Fotograaf

De Fotograaf is niet aansprakelijk voor enige schade welke door de Wederpartij is ontstaan, tenzij er sprake is van grove schuld of opzet aan de zijde van de Fotograaf of door hem ingeschakelde personen. De aansprakelijkheid is in elk geval beperkt tot de hoogte van het factuurbedrag, dan wel, indien en voor zover er sprake is van een verzekerde schade, tot de hoogte van de onder de verzekering feitelijk uitgekeerde somma.

22. Faillissement/surséance

Zowel de Fotograaf als de Wederpartij hebben het recht de overeenkomst onmiddellijk te beëindigen in geval van faillissement of surséance van betaling van de andere partij. In geval van faillissement van de Wederpartij heeft de Fotograaf het recht de verstrekte licentie te beëindigen, tenzij de gevolgen hiervan in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn.

23. Rechts- en forumkeuze

23.1 Alle gevallen waarin deze Algemene Voorwaarden van toepassing zijn, worden beheerst door Nederlands recht.

23.2 De toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag 1980 (CISG) is uitgesloten.

23.3 Ieder geschil met betrekking tot de tekst en uitleg van deze Algemene Voorwaarden en een rechtsbetrekking tussen de Fotograaf en de Wederpartij, zal worden voorgelegd aan de bevoegde rechter in Nederland.

DuPho. | Dutch Professional Photographers
Piet Heinkade 181-K
1019 HC Amsterdam

Deze Algemene Voorwaarden zijn gedeponeerd bij de Rechtbank Amsterdam onder nummer [19/2015]



Bijlage 3 – Resultatenoverzicht