

# Auteursrecht-trollen

## Hoe ze te herkennen en hoe ze te bestrijden

Dirk Visser, Charlotte Vrendenburg en Bram Bogaerts

Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar IE te Leiden en advocaat te Amsterdam (Visser, Schaap & Kreijger). Mr. dr. C.J.S. Vrendenburg is universitair docent IE te Leiden. Mr. B.J.A. Bogaerts is juridisch medewerker te Amsterdam.

Auteursrecht-trollen zijn bedrijven die auteursrechten van anderen verwerven of vertegenwoordigen om vergoedingen te incasseren die veel hoger zijn dan gebruikelijke vrijwillige licentievergoedingen. Zij doen dit door gebruikers op verschillende manieren onder druk te zetten. Deze bijdrage gaat over auteursrecht-trollen en hun gedrag, de redenen waarom ze bestaan en hoe zij bestreden kunnen worden.<sup>1</sup>

### Inleiding

Deze bijdrage gaat over auteursrecht-trollen en hun gedrag, de redenen waarom ze bestaan en hoe zij bestreden kunnen worden. Deze bijdrage beoogt niet een overzicht of analyse te geven van (de rechtspraak over) schadevergoeding in (tekst- en foto)auteursrechtzaken. Verwezen zij daarvoor naar eerder onderzoek door en publicaties van (Sandvliet en) Engelfriet<sup>2</sup>, Meurkens<sup>3</sup>, Bekema,<sup>4</sup> Speyart<sup>5</sup> en Deurvorst.<sup>6</sup> Deze bijdrage is vooral bedoeld om auteursrecht-trollen in het zonnetje te zetten<sup>7</sup> en verdere discussie uit te lokken over de kwalificatie en de bestrijding ervan.

Auteursrecht-trollen zijn bedrijven die auteursrechten van anderen verwerven of vertegenwoordigen om vergoedingen te incasseren die veel hoger zijn dan gebruikelijke vrijwillige licentievergoedingen. Zij doen dit door gebruikers op verschillende manieren onder druk te zetten.

Zij maken onder andere gebruik van:

- a. het feit dat vooral sinds de invoering van de volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken (in 2006) een aanzienlijke proceskostenveroordeling dreigt;
- b. het feit dat kantonrechters vaak bereid zijn om schadevergoedingen toe te wijzen waarbij I) wordt aangehaakt bij 'standaard tarieven' die veel hoger zijn dan in de markt gebruikelijke tarieven en II) allerlei opslagen worden toegepast tot wel 250% vanwege de beweerdelijk benodigde afschrikwekkende werking, verlies aan exclusiviteit en schending van persoonlijkheidsrechten;
- c. het feit dat de meeste gebruikers noodgedwongen voor veel te hoge bedragen schikken, waarna deze schikking weer als drukmiddel kunnen worden gebruikt tegen ander gebruikers en als 'bewijsmiddel' in rechtszaken dat dergelijke vergoedingen gebruikelijk zijn;
- d. het feit dat gebruikers vaak in persoon procederen en slecht verweer voeren en de hoogte van de gevorderde schadevergoeding, de proceskosten en ander kosten niet gemotiveerd betwisten, terwijl de eisende partijen selectief verwijzen naar voor hen gunstige rechtspraak;

1 Auteur Visser heeft als advocaat regelmatig slachtoffers van auteursrecht-trollen bijstaan en hen vaak tandenknarsend geadviseerd te schikken voor in zijn ogen te hoge bedragen. Deze bijdrage is tot stand gekomen met hulp van vele ervaringsdeskundigen, met name bedrijfsjuristen en juridisch adviseurs, die met auteursrecht-trollen in aanraking komen. Auteur Bogaerts schreef zijn scriptie in Leiden over auteursrecht-trollen.

2 K. Sandvliet & A. Engelfriet, 'Vaststellen van schade bij online auteursrechtinbreuk', *AMI* 2012-5, p. 204-209 en A.P. Engelfriet, 'Schadevergoeding bij online auteursrechtinbreuk: stand van zaken 2015', *AMI* 2015-5, p. 125-130.

3 R.C. Meurkens, 'Punitive damages ter handhaving van intellectuele eigendomsrechten', *IER* 2017/34 (p. 257), R. Meurkens, Schadebegroting bij auteursrechtinbreuk: opmerkingen naar aanleiding van het arrest *MergenMetz/Cozzmoss*, *IER* 2018/41 en R. Meurkens, 'Schade-

begroting bij inbreuk op het auteursrecht van een fotograaf: een bespreking aan de hand van vonnissen gewezen door kantonrechters 2019', *IER* 2019/36.

4 A. Bekema, 'Foto-auteursrecht en de begroting van de schade', *AMI* 2019-66, p. 192-196.

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

6 T.E. Deurvorst, Schadevergoeding en proceskostenveroordeling bij inbreuk op auteursrecht, *AMI* 2012-3 p. 85-89. En uiteraard: T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994.

7 In de boeken van Tolkien zijn trollen sterke domme wezens die in steen veranderen als ze door de zon beschenen worden (bron: [https://nl.wikipedia.org/wiki/Trol\\_\(Tolkien\)](https://nl.wikipedia.org/wiki/Trol_(Tolkien))).

e. het feit dat er steeds geavanceerdere software beschikbaar is om online content op te zoeken. Niets blijft meer onopgemerkt.

### Geschiedenis, definitie en kwalificatie

Een *patent troll* is een octrooihouder die zelf niets produceert of uitvindt, maar alleen octrooien opkoopt en vervolgens procedeert of dreigt met procederen tegen partijen die beweerdelijk inbreuk daarop maken. Doordat deze partijen zich daardoor in een dwangpositie bevinden, mede vanwege de hoge proceskosten, dwingt de *patent troll* ze tot het afnemen van een licentie, met betaling uiteraard van de bijbehorende licentievergoedingen. Bij *patent trolls* gaat het dan vaak ook nog om octrooien waarvan de geldigheid onzeker is.

De essentie van 'trolling' in het kader van rechten van intellectuele eigendom is dat men meer bezig is met het dreigen met procedures en het claimen van schadevergoedingen dan met productverkoop. Net als de *patent troll* is de term *copyright troll* afkomstig uit de Verenigde Staten. De eerste keer dat de term *copyright troll* gebezigd werd in de rechtszaal in de Verenigde Staten was in 2006.<sup>8</sup>

In deze bijdrage wordt met een auteursrecht-trol bedoeld een partij die als hoofdactiviteit bedrijfsmatig en structureel vergoedingen claimt voor gebruik van werk van anderen die veel hoger zijn dan gebruikelijke vrijwillige licentievergoedingen en daarbij vaak ook structureel meer kosten claimt dan hij daadwerkelijk maakt. De geldigheid van het auteursrecht staat, anders dan in het octrooirecht, in de regel niet ter discussie. Het breed gedragen gevoel dat hier sprake is van maatschappelijk onwenselijk gedrag en misbruik van recht is hetzelfde bij auteursrecht-trollen als bij octrooirecht-trollen. Misbruik van recht<sup>9</sup> wordt in deze bijdrage niet verder uitgewerkt als mogelijk verweer. Een dergelijk verweer zou onder omstandigheden zeker niet kansloos zijn en verdient nadere bestudering. Men zou bij auteursrecht-trollen misschien in eerste instantie ook kunnen denken aan op de onrechtmatige daad gebaseerde, met name uit het octrooirecht bekende 'wapperverboden'.<sup>10</sup> Die lijken evenwel bij nadere beschouwing niet toepasbaar, omdat daar de *geldigheid* van het ingeroepen recht, anders dan bij octrooitrollen, als gezegd in de regel juist *niet* ter discussie staat. Dit neemt niet weg dat er ook omstandigheden denkbaar zijn waaronder het gedrag van een auteursrecht-trol onrechtmatig, want, bijvoorbeeld, misleidend zou zijn of een oneerlijke handelspraktijk zou vormen. Ook die mogelijke lijnen worden hier niet uitgewerkt.<sup>11</sup> In deze bijdrage wordt de nadruk gelegd



Trollenvrouw (Huldra, let op de staart) ontmoet houtschoolmaker, 1882  
Per Daniel Holm (1835-1903), uit: *Svenska folksägne*, Herman Hofberg (1882)

op een terughoudende toepassing van het schadevergoedingsrecht, in lijn met een ontwikkeling die al in de rechtspraak zichtbaar is. Hierbij zij opgemerkt dat auteursrechtinbreuken uiteraard onwenselijk zijn en bestreden moeten worden. Het middel moet evenwel niet erger worden dan de kwaal, en ook moet het draagvlak voor het auteursrecht niet worden ondergraven door handhavingspraktijken die als onredelijk en belastend worden ervaren. Daarom ligt in deze bijdrage de nadruk op het gebruik van de aanduiding 'auteursrecht-trollen(gedrag)' om de discussie daarover nadrukkelijk op de kaart te zetten en reacties uit te lokken.<sup>12</sup>

### Vergoedingen en tarieven

In deze bijdrage wordt met 'gebruikelijke licentievergoedingen' bedoeld de door auteurs gehanteerde vergoedingen die gebruikers *vooraf vrijwillig* bereid zijn te betalen voor het gebruik van een bepaald auteursrechtelijk werk. Deze zijn te onderscheiden van 'gedwongen licentievergoedingen' die achteraf betaald worden onder *dreiging* van schadeclaims in juridische procedures.<sup>13</sup> Met 'standaardtarieven' worden hier

8 *Perfect 10/Amazon.com*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007).

9 In de zin van art. 3:13 BW.

10 Vgl. HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098, NJ 2008./120, IER 2006/94, BIE 2007, p. 294 (*CFS Bakel/Stork Titan*), r.o. 5.8: 'de octrooihouder die zich beroept op een vooronderzocht octrooi dat later wordt herroepen of vernietigd, [handelt] onrechtmatig [...] indien hij weet, dan wel dient te beseffen, dat een serieuze, niet te verwaarlozen kans bestaat dat het octrooi geen stand zal houden in een oppositie- of een nietigheidsprocedure'.

11 Ook deze lijnen verdienen nadere bestudering en uitwerking en deze zullen hopelijk door ander onderzoekers worden opgepakt.

12 Fotopersbureaus die als hoofdactiviteit hebben het actief verlenen van vrijwillige licenties zijn geen 'auteursrecht-trollen'. Dat neemt niet weg dat zij zich wel schuldig kunnen maken aan 'auteursrecht-trollengedrag'.

13 Auteursrecht-trol Permission Machine noemt dit op zijn website tarieven voor 'regularisatie door een retroactieve licentie'. Zie <https://permissionmachine.com/nl/tariffs/> (geraadpleegd 22 juli 2020).

bedoeld tarieven waarnaar door partijen en rechters regelmatig wordt verwezen en waarbij wordt aangeknoopt bij de bepaling van schadevergoeding. Sommige partijen publiceren hun eigen standaardtarieven, waarbij zij de indruk wekken dat dit voor het betreffende werk daadwerkelijk 'gebruikelijke licentievergoedingen' zijn, terwijl deze in de praktijk alleen als 'gedwongen licentievergoedingen' worden geaccepteerd.

Een bijzonder standaardtarief is het tarief van Stichting Foto-Anoniem.<sup>14</sup> Dat tarief is bedoeld voor gebruikers die de maker van een bepaalde foto niet kunnen achterhalen. Tegen betaling van een bepaald bedrag neemt Stichting Foto-Anoniem de verantwoordelijkheid op zich om de claim af te handelen als de rechthebbende zich aandient. Het Foto-Anoniem-tarief is daarmee een soort verzekeringstarief en zeker geen gebruikelijke licentievergoeding. Bij gedwongen licentievergoedingen en bij schadevergoedingen door kantonrechters wordt er (ten onrechte) wel vaak bij aangehaakt. Een bedrag van € 360 per foto per jaar is absoluut geen gebruikelijke licentievergoeding voor online gebruik. Professionele gebruikers, waaronder grote uitgevers, betalen voor zeer langdurig gebruik voor verschillende media tegelijk via foto-inkoopbureaus aan fotopersbureaus als ANP en Getty vaak hooguit € 75 all-in. Kranten- en tijdschriftuitgevers betalen voor langdurig online gebruik aan fotopersbureaus als ANP en Getty voor professionele foto's bedragen tussen € 5 en € 50 per foto (€ 50 is al heel veel). Ten aanzien van opdracht-fotografie heeft de Amsterdamse kantonrechter geoordeeld dat € 65 een 'billijke vergoeding' (in de zin van art. 25c lid 1 Aw) is voor plaatsing van een foto van een ervaren fotograaf in een regionaal dagblad (inclusief online).<sup>15</sup> Stockfoto's kunnen voor online gebruik al voor bedragen vanaf € 1 in licentie verkregen worden.<sup>16</sup> Bedragen van tussen de € 30 en € 100 voor één jaar commercieel gebruik online worden bijvoorbeeld genoemd op de website van [www.stockfood.nl](http://www.stockfood.nl).

## Gebieden waarop auteursrecht-trollen actief zijn

### Tekst

De eerste auteursrecht-trol in Nederland was Cozzmoss B.V. die van 2007 tot 2013<sup>17</sup> op basis van rechten van dagbladuitgevers claims incasseerde voor het gebruik van tekst op websites. Nadat zij een vermoedelijk onrechtmatige

publicatie hadden gevonden claimde Cozzmoss onder haar eigen naam<sup>18</sup> een schadevergoeding op grond van auteursrechtinbreuk.<sup>19</sup> Cozzmoss vorderde schadevergoeding in de vorm van een bepaalde vergoeding per woord,<sup>20</sup> vermenigvuldigd met een factor tussen de 1,25 en 2,5 als schadevergoeding voor het verliezen van de exclusiviteit van de publicatie en de vermindering van de exploitatiemogelijkheden.<sup>21</sup>

### Foto's

Na de claims over teksten kwamen de claims over foto's. Deze claims worden deels namens individuele fotografen ingediend, deels namens fotopersbureaus als Getty, Corbis, Masterfile, Performance Impressions en ANP. Deze laatstgenoemde partijen gedragen zich, wat dit betreft, als trollen door exorbitante schadevergoedingen te claimen. Ook op dit gebied zijn inmiddels 'echte' auteursrecht-trollen ontstaan, zoals Image Law en Copytrack en, momenteel de bekendste, het Belgische Permission Machine.<sup>22</sup>

Voor claims met betrekking tot foto's werd door kantonrechters vaak aangehaakt bij beweerdelijke standaardtarieven en werden daar – in elk geval tot voor kort – allerlei verhogingen op toegepast. Daar bovenop kwamen zeer wisselende, maar vaak hoge proceskostenveroordelingen, en opsporings- en administratiekosten, vaak omdat de hoogte ervan niet of niet voldoende werd betwist.

### Video

Inmiddels zijn er ook nieuwe auteursrecht-trollen actief met betrekking tot viral video's. Viral video's worden gemaakt door particulieren met als doel deze 'viraal' te laten verspreiden via internet en sociale media. Auteursrecht-trollen als ViralHog, Storyful en Jukin Media speuren het internet af op zoek naar (potentiële) viral video's.<sup>23</sup> Zij bieden de particulieren die ze gemaakt hebben een percentage in ruil voor overdracht of exclusieve licentie. De makers krijgen vaak maar 50% van de licentie-inkomsten. Bij Viral Hog krijgt de maker helemaal niets als er minder dan \$ 75 wordt verdiend.<sup>24</sup> Storyful betaalt 50% over de nettowinst (na aftrek van allerlei kosten) en betaalt niet meer dan \$ 1.000 per transactie.<sup>25</sup>

14 [http://fotoanoniem.nl/wp-content/uploads/2020/03/Tarievenlijst\\_SFA.pdf](http://fotoanoniem.nl/wp-content/uploads/2020/03/Tarievenlijst_SFA.pdf)

15 Rb. Amsterdam 17 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3565; Rb. Amsterdam I november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8099 (*Fotograaf/De Persgroep*). Hoger beroep is ingesteld. Visser is als advocaat van De Persgroep bij deze procedure betrokken.

16 Bij abonnementsvormen ook nog voor minder, zie bijv. <https://www.shutterstock.com/nl/pricing>.

17 Zie A.P. Engelfriet, 'Schadevergoeding bij online auteursrechtinbreuk: stand van zaken 2015', *AMI* 2015-5, p. 125.

18 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juli 2017, IEF 16965, r.o. 3.3.

19 Vgl. o.a. ECLI:NL:RBAMS:2013:8642, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ5075 en ECLI:NL:GHARN:2012:BZ4286.

20 Daarbij werd wel aangehaakt bij een freelancetarief van € 0,47 per woord (Hof Arnhem 18 december 2012,

ECLI:NL:GHARN:2012:BZ4286 (*Cozzmoss/Remie Consultants*), r.o. 4.18) of € 0,37 per woord (Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juli 2017, IEF 16965 (*MergenMetz/Cozzmoss*), r.o. 5.16).

21 R.C. Meurkens, 'Schadebegroting bij auteursrechtinbreuk: opmerkingen naar aanleiding van het arrest MergenMetz/Cozzmoss', *IER* 2018/41, p. 398 e.v.

22 A. Bekema, 'Foto-auteursrecht en de begroting van de schade', *AMI* 201966, p. 192.

23 <https://nos.nl/artikel/2330820-duizenden-euro-s-voor-een-kort-filmpje-zo-werkt-de-industrie-achter-viral-video-s.html> (geraadpleegd 23 juli 2020).

24 <https://viralhog.com/terms-service/>.

25 [https://video.storyful.com/storyful\\_content\\_agreement#h\\_182059770381579703659007](https://video.storyful.com/storyful_content_agreement#h_182059770381579703659007).



Deze video-trollen maken ook gebruik van het feit dat internet platforms zoals YouTube en Facebook gebruikers helemaal afsluiten na één of meer auteursrechtinbreuken en pas weer toelaten als de auteursrechthebbende laat weten dat de zaak is geschikt. Daardoor hebben deze trollen nog veel meer *leverage*. Bedrijven kunnen zich niet permitteren dat hun Facebookpagina langdurig afgesloten is en zij moeten dus wel schikken, in de praktijk voor duizenden euro's. Sommige websites hebben inmiddels een abonnement afgesloten bij dergelijke video-trollen om het risico van claims over viral video's te beperken. Het bijzondere bij viral video's is dat deze vaak al zeer wijd verspreid zijn voordat de video-trol de rechten verwerft en vergoedingen gaat claimen. Talloze gebruikers hebben de video dan al geplaatst in de overtuiging dat de auteursrechten daarop helemaal niet worden uitgeoefend. Het doorsturen en herplaatsen van grappige of bijzondere zelfgemaakte video's zonder daarvoor enige betaling te verwachten, is voor de makers van viral video's immers het primaire doel. Vervolgens krijgen zakelijke aanbieder claims van de video-trol.

### Muziek

Ook komen er inmiddels claims ten aanzien van *muziek* omdat ook muziek steeds makkelijker vindbaar is. Met name Amerikaanse componisten en producenten waarvan de vastleggingsrechten niet door BumaStemra<sup>26</sup> en Sena<sup>27</sup> (kunnen) worden uitgeoefend, dienen claims in tegen gebruikers die voor hun muziekgebruik al betalen aan BumaStemra en Sena. Ook hier nemen de claims trol-achtige vormen aan omdat gebruikgemaakt wordt van de genoemde drukmiddelen en er in schikkingen vergoedingen worden betaald die veel hoger zijn dan de wél bij Stemra aangesloten componisten en tekstdichters voor deze gebruiksvormen ontvangen.<sup>28</sup> Gebruikers die met dergelijke claims geconfronteerd worden doen er verstandig aan te verwijzen naar tarieven van Stemra en Sena die componisten en tekstdichters hadden ontvangen als ze wél bij BumaStemra en Sena aangesloten

waren geweest. Toch blijkt ook hier in de praktijk de verleiding weer groot om voor een paar honderd, of zelfs voor duizend euro, te schikken, waarbij er vermoedelijk een belangrijk deel naar de voor de eiser optredende advocaat gaat.

### Abstracte schadeberekening<sup>29</sup>

Een van de oorzaken van het trollengedrag is een (veel) te ver doorgesloten of een verkeerd toegepaste abstracte schadeberekening. Men knoopt aan bij de vergoeding, die de eiser (beweerdelijk) bedongen zou hebben indien hem toestemming was gevraagd. Art. 27 lid 2 Aw noemt de mogelijkheid van een 'forfaitair bedrag' uitdrukkelijk, zonder haar evenwel voor te schrijven ('*in passende gevallen kan de rechter...*'). Dat is in overeenstemming met art. 13 Handhavingsrichtlijn, waarin bepaald is dat de rechter 'in passende gevallen' de schadevergoeding *kan* vaststellen als een forfaitair bedrag 'op basis van elementen als ten minste het bedrag aan royalty's of vergoedingen dat verschuldigd was geweest indien de inbreukmaker toestemming had gevraagd (...)'.<sup>29</sup>

In veel gevallen is achteraf slechts fictief vast te stellen welke prijs eiser bedongen zou hebben, of althans: op welke voorwaarden partijen *het eens geworden zouden zijn*.<sup>30</sup> Er zal dus een schatting moeten worden gemaakt. Gebruikelijke tarieven of percentages *kunnen* een reëel aanknopingspunt vormen.<sup>31</sup> Zulke tarieven zijn echter *zeker niet* gelijk te stellen met eventuele door de eiser gehanteerde tarieflijsten. Nog minder kunnen eisers, die *niét* in dezelfde positie verkeren als collega's die zulke tarieven doorgaans hanteren, daarop zomaar een beroep doen.<sup>32</sup>

Een beroep op deze variant gaat zeker niet op wanneer de tarievenlijsten zeer aanzienlijke *verhogingen* inhouden voor het geval men het niet vooraf eens geworden was. Het gaat dan immers juist *niét* om gebruikelijke *overeengekomen of overeen te komen* tarieven, maar om eenzijdig geproclameer-

26 Omdat er in Amerika geen collectieve beheersorganisaties voor vastleggingsrechten bestaan, zijn er sommige Amerikaanse componisten die (via Amerikaanse zusterorganisaties ASCAP of BMI) wél bij Buma (voor de openbaarmakingsrechten), maar niet bij Stemra (voor de vastleggingsrechten) zijn aangesloten. Dat geldt niet voor de bekendere en succesvollere componisten, want die zijn via hun muziekkuitgevers wel/ook bij Stemra aangesloten. Welke componisten zijn aangesloten bij Buma en/of Stemra kan overigens worden nagegaan in de titelcatalogus van BumaStemra: <http://www.bumastemra.nl/over-bumastemra/titelcatalogus/>.

27 Sena vertegenwoordigt zelf op grond van haar wettelijke mandaat alleen openbaarmakingsrechten en geen vastleggingsrechten. Sena vertegenwoordigt op grond van een mandaat van de NVPI wel bepaalde producenten voor bepaalde vastleggingsrechten.

28 Bij de onderhandelingen over die vergoedingen voor het gebruik in op Nederlandstalige of Nederland gerichte websites wordt dan door de rechthebbers (ten onrechte) verwezen naar synchronisatie-deals voor internationale televisieseries waar (uiteraard) hogere vergoedingen kunnen worden gevraagd.

29 Deze passage vormt een bewerking van par. II.17 onder c van Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (2019).

30 Vgl. in die zin bijv. Rb. Rotterdam 15 april 1936, NJ 1936/701 (*Punch/Wereldkroniek*); Hof Amsterdam 21 april 1994, NJ 1996/74 (*Halewijn*

*Spaarnestad*); Rb. Den Haag 16 januari 2013, IEF 12243 (*Brandweerforum*); Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juli 2017, IEF 16965 (*Cozzmoss/MergenMetz*).

31 Zie de rechtspraak, vermeld in Lindenbergh, *GS Schadevergoeding*, art. 6:96 BW, aant. 4.2.6.5 e.v., en zie voor auteursrechtzaken bijv. Rb. Roermond (ktr.) 10 maart 1992, NJ 1993/282, AMI 1993, p. 198 (kort; met ill.) (*Van Pakhuis tot Appartement*); Rb. Amsterdam 20 november 1991, AMI 1994, p. 73 (*De Jong/Vara*); Hof 's-Gravenhage 22 oktober 1992, AMI 1994, p. 34, m.nt. JHS (*Van der Aal/Zeelenberg*); Rb. Hilversum (ktr.) 19 januari 1994, AMI 1994, p. 78 (kort) (*Foto vermoord meisje*) (overigens met billijkheidstoetsing); Hof 's-Gravenhage 10 oktober 2002, BIE 2003/69 (*Aantjes/Kleinbouw*); Hof Arnhem 18 december 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BZ4286 (*Cozzmoss/Remie*); Rb. Den Haag 2 oktober 2013, AMI 2015-6, nr. 12 (*Sena-tarieven voor dance-events*); Rb. Gelderland 27 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2739 (*Sena en Buma/Fun Village*); Rb. Overijssel 17 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:800, BIE 2016/20 (kort) (*Gekraakte software*).

32 Afwijzend in deze zin bijv. Rb. Amsterdam 28 augustus 1991, AMI 1991, p. 207 (kort) (*Hergebruik lingeriefoto*); Rb. Zeeland-West-Brabant 28 oktober 2015, IEF 15678 (*X/Schilpartners*).

de boetes. Een grondslag voor het hanteren van even bedoelde 'boetes' voor berekening van schadevergoeding is niet te vinden in de artikelen 6:96 en 6:97 BW, noch elders in de wet.<sup>33</sup> 'Punitieve' schadevergoeding is aan het Nederlandse schadevergoedingsrecht vreemd.<sup>34</sup> Voor extra 'schade' door *nuisance* biedt – afgezien van de regeling van de proceskostenveroordeling – het BW in art. 6:96 lid 2 voor buitengerechtelijke kosten de toegesneden oplossing.

In *Asser/Sieburgh 6-II 2017* worden als bezwaren tegen abstracte schadeberekening vermeld dat deze moeilijk in overeenstemming kan worden gebracht met het beginsel dat de in werkelijkheid geleden schade moet worden vergoed, en het bovendien een ongerechtvaardigd keuzerecht geeft aan de schuldeiser om de voor hem voordeligste wijze van schadeberekening te kiezen.<sup>35</sup> Aldaar valt ook te lezen dat, gezien de aan de abstracte wijze van schadevergoeding klevende bezwaren en onduidelijkheid over de vraag wanneer zij wél en wanneer níet moet worden toegepast, niet gesproken mag worden van een rechtsregel, maar eerder van een praktisch hulpmiddel dat in sommige gevallen bij het vaststellen van de schade goede diensten kan bewijzen.<sup>36</sup>

Punt 26 van de considerans bij de Handhavingsrichtlijn vermeldt: 'De bedoeling is niet een verplichting te introduceren om te voorzien in een niet-compensatoire schadevergoeding, maar wel schadeloosstelling mogelijk te maken die op een objectieve grondslag berust (...)' (*curs. toegevoegd*). In dezelfde geest oordeelde het HvJ EU in 2017<sup>37</sup> dat art. 13 Handhavingsrichtlijn zich niet verzet tegen een nationale (i.c. Poolse) wettelijke regeling volgens welke de houder van een IE-recht waarop inbreuk is gemaakt, van de inbreukmaker hetzij vergoeding van de door hem geleden schade kan verlangen, rekening houdend met alle passende aspecten van het concrete geval, hetzij – zonder dat hij de feitelijke schade hoeft aan te tonen – betaling kan vorderen van een bedrag ter hoogte van tweemaal de passende vergoeding die verschuldigd zou zijn geweest indien toestemming was verleend om het betrokken werk te gebruiken. Let wel: de Richtlijn verzet zich hier niet tegen, maar *schrijft het ook niet voor*. Bovendien ging het in de Poolse regeling om verhogingen die ook dienden om kosten voor onderzoek en opsporing en eventuele morele schade te dekken. Als een dergelijke vordering 'duidelijk en aanzienlijk de daadwerkelijk geleden

schade overstijgt' kan er ook naar Pools recht sprake zijn van misbruik van recht.<sup>38</sup>

### Vicieuze cirkel

Op alle gebieden waarop auteursrecht-trollen actief zijn, maken zij evenwel gebruik van een vicieuze cirkel van te hoge schikkingen en veroordelingen door kantonrechters. Gebruikers voelen zich genoodzaakt om honderden of duizenden euro's per werk te betalen – altijd veel meer dan de gebruikelijke licentievergoeding – simpelweg omdat het inschakelen van een advocaat, laat staan procederen, veel meer kost. Deze schikkingen worden vervolgens misbruikt om andere gebruikers én kantonrechters te doen geloven dat dit gebruikelijke licentievergoedingen zijn.<sup>39</sup> De vonnissen van de kantonrechters die hier in meegaan worden weer gebruikt om andere kantonrechters te overtuigen dat dit gebruikelijke en gerechtvaardigde schadevergoedingen zijn.

'De door [ &\*&! ] overgelegde vaststellingsovereenkomsten, waaronder die in hoger beroep overgelegde, bieden [voor de bepaling van de schadevergoeding] onvoldoende aanknopingspunten omdat deze doorgaans tot stand komen onder dreiging van een procedure en niet in een vrije onderhandelings sfeer. Aldus is [ &\*&! ] er niet in geslaagd de door haar gestelde hoogte van de schade, waartoe naar Nederlands recht niet een als boete te kwalificeren verhoging valt te rekenen, genoegzaam te onderbouwen' (ECLI:NL:GHAMS:2019:3746).

### Gerechtshoven

Gerechtshoven staan veel kritischer tegenover de schadeclaims van auteursrecht-trollen, maar vanwege de extra kosten, het proceskostenveroordelingsrisico en de appelgrens komen er weinig zaken bij gerechtshoven terecht.

Een kort overzicht van de (weinige) hof-arresten van de afgelopen jaren in trol-achtige zaken is instructief:

- Hof Arnhem ging in 2012 vanwege onvoldoende betwisting uit van een bedrag van € 0,47 per woord bij overname van 43 krantenartikelen op een website, maar bracht een verhoging van 200% terug naar 25%.<sup>40</sup>

33 Integendeel: vgl. art. 6:91 e.v. BW die voor boetebedingen niet alleen een overeenkomst eisen, maar bovendien vérgaande beperkingen aangeven. Voorbeeld van gedeeltelijke afwijzing, gedeeltelijke toewijzing van zulke claims: Rb. Utrecht (ktr.) 6 april 1995, AMI 1995, p. 119 (kort) (*Gerritsen/Nanton*). Voorbeelden van toewijzing: Rb. 's-Hertogenbosch (ktr.) 2 oktober 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BF9979 (*Foto Cruiff*); Rb. Rotterdam (ktr.) 10 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3179 (*Foto parkeerterrein*). Voorbeelden van afwijzing: Rb. Amsterdam 27 augustus 2003, AMI 2004, p. 42 (kort) (*Bzztôh/GMG*); Rb. Amsterdam (ktr.) 4 december 2013, IEF 13312, AMI 2014-1, p. 40 (kort) (*Koppe/Kluun*); Hof 's-Hertogenbosch II februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:284 en 29 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2524 (*Foto in videoclip*); Rb. Amsterdam 26 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8092 (*Getty Images/TROS*); en Rb. Amsterdam (ktr.) 3 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:318 (*Crowdfunding op glmrr.com*).

34 Aldus t.a.v. de winstafdracht als vorm van schadevergoeding ingevolge art. 6:104 BW bijv. HR 18 juni 2010, NJ 2015/32, m.nt. Hartlief (*D./Ymere*); en t.a.v. de winstafgifte van art. 27a Aw HR 14 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3241, NJ 2015/193, m.nt. DWFV, JIN 2015/14, m.nt. Rijks, BIE 2015/7, m.nt. Deurvorst (*Shoppingspel III*), r.o. 4.2.3. Vgl. ook Speyart, IER 2013/49.

35 *Asser/Sieburgh 6-II 2017*, nr. 37.

36 *Asser/Sieburgh 6-II 2017*, nr. 38.

37 HvJ EU 25 januari 2017, C-367/15, ECLI:EU:C:2017:36 (*OTK/SFP*).

38 ECLI:EU:C:2017:36 (*OTK/SFP*), punt 31.

39 Dit blijkt uit de voorbeelden die ons uit de praktijk bekend zijn.

40 Hof Arnhem 18 december 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BZ4286 (*Cozzmoss/Remie Consultants*).

- Hof Den Haag bepaalde in 2015 de schadevergoeding voor online gebruik van een afbeelding op € 7.<sup>41</sup>
- Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in 2017 dat de gebruiker in kwestie een bedrag van € 0,37 per woord ‘nimmer zou hebben betaald’ en anders van gebruik zou hebben afgezien, waardoor niet van een gebruikelijke licentievergoeding kon worden gesproken.<sup>42</sup> Het hof zocht aansluiting bij gemiste advertentie-inkomsten van de betrokken dagbladen en bracht de schadevergoeding terug naar € 139,30 plus € 150,75 aan administratiekosten, wees een verhoging met 25% af en compenseerde de proceskosten.<sup>43</sup>
- Hof Arnhem-Leeuwarden stelde in september 2019 de geleden schade van 59 foto’s op een website en 78 foto’s op een Facebookpagina vast op € 1.500, in het licht van het aantal en de soort foto’s, de samenwerking die partijen ten tijde van het maken van de foto’s voor ogen stond en het feit dat geen commercieel belang was gemoeid met de foto’s.<sup>44</sup>
- Hof Amsterdam oordeelde in oktober 2019 dat de vaststellingsovereenkomsten die ‘doorgaans tot stand komen onder dreiging van een procedure en niet in een vrije onderhandelingsfeer’ onvoldoende aanknopingspunten bieden voor het vaststellen van gebruikelijke licentievergoedingen.<sup>45</sup> Het hof achtte het door de kantonrechter geschatte bedrag aan schade van € 1.750 redelijk (gevoerd was: € 20.746,77).
- Hof Den Haag bracht in mei 2020 voor het online zetten van prentbriefkaarten uit de jaren 40 en 50 door het Leidse archief de schadevergoeding terug van € 75 naar ruim € 4 per foto.<sup>46</sup>

## Procedures

Fotoauteursrechtclaims worden meestal aanhangig gemaakt bij de kantonrechter omdat de claim beneden de daarvoor geldende grens van € 25.000 blijft. Het voordeel voor de eisers is daarbij dat geen advocaat behoeft te worden ingeschakeld. Trollen zijn bovendien *repeat-players*, in tegenstelling tot de meesten van hun slachtoffers. Eisers procederen veel (goedkoop) in persoon of via een deurwaarder. Een ander voordeel voor de eiser in een fotoinbreukzaak is dat hoger beroep zelden openstaat. Voor de ontvankelijkheid in

hoger beroep dient de vordering waarover de rechter in eerste aanleg had te beslissen meer dan € 1.750 te belopen. Meestal blijven de schadevergoedingen in deze zaken onder dit bedrag. Boven op de schadevergoeding komen enkel nog de buitengerechtelijke kosten (administratiekosten, opsporingskosten). De proceskosten tellen voor de appelgrens niet mee.<sup>47</sup> Onder art. 1019h Rv gaan alle kosten op één hoop, waardoor het onderscheid tussen proceskosten en buitengerechtelijke kosten vaak niet goed te maken is. In geschillen waarin het de vraag is of de appelgrens wordt behaald, moet de in eerste aanleg overgelegde kostenspecificatie dus worden geraadpleegd. Die specificatie geeft echter lang niet altijd voldoende inzicht in de aard van de gemaakte kosten. In de twijfelgevallen zal de gedaagde/inbreukmaker eieren voor zijn geld kiezen en afzien van het instellen van hoger beroep. Er zijn ook voorbeelden uit rechtspraak waarin de onduidelijkheid over de aard van de kosten in het nadeel van de inbreukmaker uitvalt.<sup>48</sup> Het feit dat meestal geen hoger beroep openstaat in foto-inbreukzaken – naast het feit dat – zo hoger beroep al mogelijk is, men andermaal een (hoge) proceskostenveroordeling riskeert – zal ongetwijfeld een rol spelen in de schikkingsonderhandelingen.

## Buitenlandse auteursrecht-trollen

Recent is deze auteursrechtelijke claimcultuur voor foto’s uitgebreid met claims door *buitenlandse* advocaten die namens buitenlandse rechthebbenden dreigen in het buitenland tegen Nederlandse bedrijven te gaan procederen. Dit doen ze onder verwijzing naar het feit dat de websites ook in het betreffende buitenland toegankelijk zijn en dat de rechter aldaar daarom bevoegd is ten aanzien van de schadeclaim voor dat gebruik.<sup>49</sup>

Dit gebeurt momenteel vooral door Duitse advocaten. In sommige gevallen dienen deze advocaten ook claims in van niet-Duitse buitenlandse rechthebbenden, omdat het werk toegankelijk is in Duitsland. In verband met de proceskostenveroordelingen in Duitsland, de kosten van het inschakelen van Duitse advocaten en de onbekendheid met hoe dat daar dan afloopt, wordt daar nu in de praktijk voor nog hogere bedragen geschikt dan bij ‘binnenlandse’ claims.

41 Hof Den Haag 30 juni 2015, IEF 15105 (*Masterfile/Falcon*).

42 ‘Naar het oordeel van het Hof is voldoende komen vast te staan dat deze (kleine) partij, MergenMetz, de gestelde gebruikstarieven van € 0,36 respectievelijk € 0,37 per woord nimmer zou hebben betaald voor de door haar gekozen wijze van gebruik van de artikelen en zij – geconfronteerd met de licentievergoeding – de artikelen niet zou hebben opgenomen in haar systeem en zij – geconfronteerd met de licentievergoeding – de artikelen niet zou hebben opgenomen in haar systeem [...]’, r.o. 5.16.

43 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juli 2017, IEF 16965 (*MergenMetz/Cozzmoss*)

44 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7104 (*Dutch-Creators/ Drent Schilderwerken*)

45 Hof Amsterdam 15 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3746 (*Sembono Travell/Performance impressions*).

46 Hof Den Haag 19 mei 2020, IEF 19216 (*Erfgoed Leiden*). Visser was als advocaat van Erfgoed Leiden bij deze procedure betrokken.

47 Dit is vaste rechtspraak sinds HR 24 februari 1938, NJ 1938/952.

48 Hierover C.J.S. Vrendenburg, noot bij Hof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4432, *IER* 2020/8. Zie bijv. ook Hof Amsterdam 27 oktober 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK3979 (*SDN/X*). In Hof Amsterdam 12 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4093 (*appellante/Rodi Media*) kreeg de inbreukmaker in eerste aanleg deels gelijk; de appelgrens in deze zaak was wel behaald en dus stond hoger beroep open voor de rechthebbende. Overigens zijn er ook gevallen waarin de eiser/rechthebbende de procedure in eerste aanleg verloor en vervolgens wegens het niet halen van de appelgrens niet-ontvankelijk werd verklaard in hoger beroep; Hof Amsterdam 20 februari 2013, IEF 12337 (*eiser/Gillissen*) en Hof Den Bosch 4 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2309 (*XIA&C Media*).

49 Een en ander blijkt uit een groot aantal voorbeelden die ons door verschillende bedrijfsjuristen en juridisch adviseurs beschikbaar zijn gesteld.

De Nederlandse onderneming krijgt bijvoorbeeld een claim namens een buitenlandse rechthebbende ingediend door een Duitse trol die handelt onder volmacht. De claim wordt opgebouwd uit kosten voor de foto plus een toeslag van 120% voor het wereldwijde bereik. Over dit totale bedrag rekent de trol een toeslag van 100% voor het ontbreken van de bronvermelding. Daarover rekent de trol 5% rente. Bovenop deze hoge schadevergoeding komen nog documentatiekosten ad € 95 en juridische kosten ad € 627,50. Een claim van bijvoorbeeld € 271 wordt dus € 1.914,90 exclusief de rente bij het indienen van de claim. Deze kosten kunnen nog oplopen indien er meer communicatie volgt.

Voor zover bekend worden tot nu toe alle claims van buitenlandse (met name Duitse) advocaten geschikt of niet doorgezet. Wij hebben nog niet gehoord van een Duits vonnis tegen een Nederlandse website, terwijl toch aannemelijk is dat als een dergelijk vonnis er zou zijn, de trollen in kwestie daar onmiddellijk mee op de proppen zouden komen in sommaties en schikkingscorrespondentie.<sup>50</sup>

Eigenaren van Nederlandstalige websites die met een claim uit Duitsland worden geconfronteerd doen er verstandig aan te betwisten dat er in Duitsland sprake is geweest van inbreuk en dat er aldaar schade is geleden. Dit onder verwijzing naar het *Football Dataco/Sportsradar*-arrest van het HvJ EU.<sup>51</sup> In dat arrest is overwogen dat relevant is of 'er aanwijzingen zijn dat uit de handeling blijkt dat degene die deze verricht zich op leden van het publiek in die lidstaat wil richten'. Van een Nederlandstalige website kan gezegd worden dat deze niet gericht is op leden van het publiek in Duitsland. Uit andere rechtspraak van het HvJ EU blijkt dat de Duitse rechter wel bevoegd zou kunnen zijn in een dergelijk geschil, omdat de foto in Duitsland 'opvraagbaar' of 'toegankelijk' is, omdat daar schade zou kunnen zijn ingetreden omdat aldaar (toch) auteursrechten zouden zijn geschonden.<sup>52</sup> Maar bevoegdheid is iets anders dan toepasselijk recht (laat staan schade). De Nederlandse eigenaar van een Nederlandstalige website dient zich op het standpunt te stellen dat de inbreuk met betrekking tot een door hem gebruikte foto uitsluitend in Nederland heeft plaatsgevonden en dat op die inbreuk alleen Nederlands recht van toepassing is. Subsidiair dient hij te betwisten dat er in Duitsland of ergens anders buiten Nederland schade geleden is. Voor het overige is de handelwijze aan te raden die hieronder voor 'binnenlandse' trollen-claims wordt aangeraden.

## Verdienmodel: licentie-inkomsten, buitengerechtigde kosten en proceskosten

Voor auteursrechten-trollen lijkt 50% van de netto 'gedwongen' licentie-inkomsten een gebruikelijk inhoudingspercentage en de kern van hun businessmodel.

Naast deze inkomsten worden regelmatig aanzienlijke buitengerechtigde kosten ex art. 6:96 lid 2 sub b BW toegevoegd aan de claim. Het gaat bijvoorbeeld om dossierkosten, administratiekosten, incassokosten en opsporingskosten. Op grond van zowel art. 1019h Rv als art. 6:96 BW komen dergelijke kosten voor vergoeding in aanmerking voor zover zij redelijk (en evenredig) zijn. Het ligt op de weg van de (kanton) rechter de kosten waarvan de redelijkheid niet of niet voldoende wordt gesteld en onderbouwd, af te wijzen.<sup>53</sup> Ook dient er tegen te worden gewaakt dat algemene opsporings- en onderzoekskosten vergoed zouden worden. Enkel de kosten die rechtstreeks verband houden met de procedure zouden voor vergoeding in aanmerking moeten komen.<sup>54</sup>

In de praktijk blijkt de toewijzing van de hoogte hiervan nogal variabel. Dit kan bijvoorbeeld € 127,62 zijn,<sup>55</sup> maar als de rechter kritisch kijkt naar de daadwerkelijke kosten, kan het ook slechts € 26,25 zijn.<sup>56</sup> Voor eenzelfde (veelal geautomatiseerde) opsporing kunnen de opsporingskosten in rechte dus keer vijf verschillen. De verschillen kunnen mede worden verklaard door het feit dat de tarieven van de Wet normering buitengerechtigde incassokosten (WIK) en het bijbehorende Besluit worden de buitengerechtigde incassokosten (BIK) meestal niet van toepassing zijn en niet in alle gevallen de aanbevelingen van het Rapport BKG-integraal<sup>57</sup> worden toegepast, op basis waarvan de kosten tot een (gering) forfaitair percentage van de hoofdsom worden toegewezen.<sup>58</sup> In geschillen met een consument-schuldenaar kan hiervan niet worden afgeweken, maar in B2B-relaties vormen de staffels slechts regelend recht.

De vergoedingen en kosten worden onder dreiging van de volledige proceskostenveroordeling in de sommaties opgeëist. Het staat echter niet vast dat als het tot een procedure komt, een volledige proceskostenveroordeling ook werkelijk wordt toegewezen. Sinds de wijzigingen van de Indicatie-tarieven per 1 april 2017 geldt in beginsel dat voor 'zeer eenvoudige zaken' het liquidatietarief geldt, waarbij nadruk-

50 De Duitse vonnissen die in onze ervaring thans worden meegestuurd betreffen verstekvonnissen tegen buitenlandse meubelverkopere via internet, die zich (mede) op Duitsland richten.

51 HvJ EU 18 oktober 2012, ECLI:EU:C:2012:642 (*Football Dataco/Sportsradar*), r.o. 35 t/m 43.

52 HvJ EU 22 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:28 (*Pez Hejduk*) en HvJ EU 3 oktober 2012, ECLI:EU:C:2013:635 (*Pinckney*).

53 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7104; Rb. Amsterdam 26 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8092 (*Getty Images/TROS*); Rb. Oost-Brabant 24 april 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2310 (*Planit Software/GTA*).

54 Bijv. Rb. Overijssel 25 oktober 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4111, r.o. 5.6. Zie voorts Vrendenbarg 2018, nr. 104.

55 Bijv. Rb. Rotterdam 10 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:123.

56 Bijv. Rb. Midden-Nederland 3 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1500.

57 Het Rapport BKG-integraal 2013 is een 'inventarisatie door een werkgroep uit de rechterlijke macht inzake de beoordeling van gevorderde buitengerechtigde kosten' met aanbevelingen ten aanzien van de toepassing van het BIK en de daarin opgenomen staffels.

58 Zie Rb. Noord-Nederland 10 september 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:4096 (*Hollandse Hoogte/Raak*) waarin een bedrag van 15% van de hoofdsom werd toegewezen; in Rb. Rotterdam 10 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:123 werden de geldende tarieven eveneens toegepast.



kelijk is vermeld dat het voor de hand ligt ‘een niet bewerkelijke procedure waarin sprake is van een kleine inbreuk (bijvoorbeeld een foto op de website van een particulier die op eerste verzoek wordt verwijderd) als “zeer eenvoudig” aan te merken’.<sup>59</sup> Sindsdien gaat de rechter lang niet altijd meer mee in een volledige proceskostenveroordeling.<sup>60</sup> De mogelijkheid tot volledige proceskostenveroordeling wordt daarnaast beperkt indien de billijkheid zich daartegen verzet.<sup>61</sup> Daarvan kan volgens de wetgever sprake zijn indien de inbreukmaker te goeder trouw is.<sup>62</sup> De billijkheidscorrectie wordt overigens tot dusverre zelden toegepast.

De aangesproken partij kan zelf de proceskostenrisico’s beperken of de eiser mogelijk zelfs het belang van een procedure ontnemen door het inbreukmakend materiaal onmiddellijk te verwijderen,<sup>63</sup> door de inbreuk te erkennen, door een (redelijk) bedrag te betalen<sup>64</sup> of door anderszins aan de sommaties te voldoen.<sup>65</sup> In het algemeen geldt dat de kosten voor nodeloze of kansloze procedures/vorderingen voor eigen rekening komen. Onder omstandigheden kan de veroorzaker van een onnodige (voortzetting van een) procedure zelfs in de proceskosten van de wederpartij worden veroordeeld.<sup>66</sup>

## Persoonlijkheidsrechten?

Vaak worden er verhogingen geclaimd voor beweerdelijke schending van persoonlijkheidsrechten.<sup>67</sup> Het gaat meestal

om het ontbreken van naamsvermelding en/of het bijsnijden en daarmee wijzigen of beweerdelijk verminken van foto’s. Wat betreft de naamsvermelding: een auteur heeft inderdaad recht op naamsvermelding, maar de schade die hij leidt als deze achterwege blijft, is moeilijk te bewijzen. In Stichting FotoAnoniem-tarieven zit het ontbreken van naamsvermelding sowieso al verdisconteerd omdat die immers bedoeld zijn voor gebruik van werk van makers waarvan de identiteit niet bekend is en waarvan de naam dus per definitie niet kan worden vermeld. Dus als (toch al ten onrechte) bij die tarieven wordt aangesloten, is een verhoging wegens het ontbreken van naamsvermelding in het geheel niet aan de orde. Wat betreft het ‘bijsnijden’ geldt dat dit bij gebruik mét toestemming (binnen zekere grenzen) gebruikelijk is en in de gehanteerde tarieven is verdisconteerd. Bijsnijden is in het algemeen geen wijziging waar een fotograaf zich in redelijkheid tegen kan verzetten. Om van ‘verminking’ (in de zin van art. 25d lid I sub d Aw) te kunnen spreken moet er blijkens het *De 4 Jaargetijden*-arrest<sup>68</sup> tevens sprake zijn van een bewijsbare aantasting van de reputatie van de maker.

## Auteursrecht-trollen zijn ‘obo’s’

Relatief onbekend is dat in de EU gevestigde auteursrecht-trollen onder omstandigheden zijn aan te merken als ‘onafhankelijke beheersorganisatie’ (obo)<sup>69</sup> in de zin van de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheers-

59 Indicatie-tarieven in IE-zaken rechtbanken, versie I april 2017 (te raadplegen via rechtspraak.nl), voetnoot 7.

60 Geen volledige proceskostenveroordeling volgde in: Hof Amsterdam 28 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1193 (*appellante/Rodi Media*); Rb. Rotterdam 10 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:124 (*ANP/gedaagde*); Rb. Rotterdam 10 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:123 (*gedaagde/ANP*); Rb. Noord-Nederland 10 september 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:4096 (*Hollandse Hoogte/Raak*); Rb. Den Haag 27 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6619.

Een volledige proceskostenveroordeling werd bijvoorbeeld wel toegewezen in Hof Den Bosch 11 juni 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2115 waarin het hof de beslissing van de kantonrechter het (destijds geldende) maximumtarief voor eenvoudige IE-bodemzaken ad € 10.000 toe te passen in stand laat en in hoger beroep eveneens uitgaat van het maximumtarief van de Indicatie-tarieven. Daarbij overweegt het hof dat ‘[h]oewel de auteursrechtelijke vragen die in dit geding aan de orde zijn eenvoudig zijn en het financiële belang van de zaak gering, is het hof van oordeel dat het hoger beroep niet in de categorie “eenvoudig” maar in de categorie “normaal” moet worden ingedeeld vanwege het, als gevolg van de betwistingen van [geïntimeerde], zeer uitgebreide feitenonderzoek dat [appellant] heeft moeten doen. Dit leidt ertoe dat de advocaatkosten voor het hoger beroep worden gewaardeerd op € 20.000,00’ (r.o. 6.6.3).

61 Artikel 1019h Rv.

62 MvT, *Kamerstukken II 2005/06*, 30 392, nr. 3, p. 26.

63 Rb. Zeeland-West Brabant 30 januari 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3997 waarin de kosten zijn gecompenseerd omdat gedaagde de foto dadelijk na de sommatie heeft verwijderd en contact heeft opgenomen met de eiser. In Rb. Amsterdam 17 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2364 (*X/NOS*) werden de proceskosten tot € 8.000 toegewezen waarbij een rol speelde dat NOS eerst verweer voerde en de foto niet direct had verwijderd.

64 Rb. Rotterdam 10 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:123 waarin de kantonrechter overwoog dat gedaagde ‘niet tot betaling van enig bedrag [is] overgegaan. ANP is dan ook op goede gronden deze proce-

dure aangevangen’ (r.o. 4.18). Eenzelfde overweging is te lezen in Rb. Noord-Holland 10 september 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:4096 sub 5.11 en in Rb. Utrecht 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BS1232 (*Cozzmoss/Alliance*).

65 In Rb. Gelderland (vzr.) I november 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:4905 (overigens een merkenrechtelijke zaak) matigde de voorzieningenrechter de proceskosten omdat gedaagde had toegelicht dat zij het merk niet langer wilde gebruiken en het enkel niet eens was met de in de sommatiebrieven geëiste boetes en proceskosten (r.o. 4.9-4.10).

66 C.J.S. Vrendenbarg, *Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken* (BPP XIX) (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 102; P. Sluijter, *Sturen met proceskosten* (BPP XII) (diss. Tilburg), Deventer: Wolters Kluwer 2011, p. 51.

67 Dat een aanvullende schadevergoeding wegens schending van morele rechten mogelijk is, blijkt bijv. uit HvJ EU 17 maart 2016, ECLI:EU:C:2016:173 (*Liffers*). In die zaak ging het om gebruik zonder toestemming van fragmenten uit een documentaire met persoonlijke en intieme verhalen van homoseksuelen en transseksuelen in Havana (Cuba) in een andere documentaire gemaakt over kinderprostitutie in Cuba, waarin strafbare activiteiten worden getoond die met een verborgen camera waren opgenomen. Het mag weinig verbazing wekken dat dit als een tamelijk ernstige schending van morele rechten werd gekwalificeerd.

68 HR 29 maart 2018, ECLI:NL:HR:2019:451 (*Dijkstra/De 4 Jaargetijden*).

69 Het is ook aannemelijk dat veel, zo niet alle fotopersbureaus als obo’s zijn aan te merken, nu zij aan de definitie ervan lijken te voldoen. De slotzin van overweging 16 kan echter twijfel wekken: ‘managers en agenten van auteurs en uitvoerenden die als tussenpersoon optreden en rechthebbenden in hun betrekkingen met collectieve beheersorganisaties vertegenwoordigen, [mogen] niet als “onafhankelijke beheerentiteiten” worden beschouwd aangezien zij geen rechten beheren in die zin dat zij tarieven bepalen, licenties verlenen of geld innen bij de gebruikers’ ( *curs. toegevoegd*). Als (zelf) tarieven bepalen een afzonderlijk vereiste is, hetgeen niet uit de tekst van de richtlijn zelf blijkt, zouden auteursrecht-trollen er om die reden ook buiten kunnen vallen.



organisaties auteurs- en naburige rechten (WTGCB),<sup>70</sup> respectievelijk als een 'onafhankelijke beheerentiteit' in de zin van de EU collectief beheer-richtlijn.<sup>71</sup> Daaronder valt namelijk 'iedere organisatie die bij wet of door middel van overdracht, licentieverlening of een andere contractuele regeling is gemachtigd om, als haar enig doel of hoofddoel, auteursrecht of naburige rechten in verband met auteursrecht te beheren namens meer dan één rechthebbende en in het gezamenlijk belang van die rechthebbenden en die: i) direct noch indirect, geheel noch gedeeltelijk eigendom is van noch onder zeggenschap staat van rechthebbenden, en ii) met winst oogmerk optreedt'.<sup>72</sup> Dat betekent dat zij 'op zijn minst' onder andere de volgende informatie openbaar moeten maken: 'standaardlicentievereenkomsten en normaal toepasselijke tarieven, inclusief kortingen' en hun 'algemene beleid inzake verdeling van de aan rechthebbenden verschuldigde bedragen' en 'inzake beheerkosten'.<sup>73</sup> Het Belgische Permission Machine valt – blijkens de website van de Belgische toezichthouder – onder het Belgische toezicht<sup>74</sup> en publiceert inmiddels haar tarieven voor 'regularisatie door een retroactieve licentie' per rechthebbende. Daaruit blijkt dat zij *gemiddeld* een bedrag van € 185,50 rekent voor verenigingen en particulieren<sup>75</sup> en € 265 voor Bedrijven en websites met commercieel model, plus in beide gevallen € 74,20 'dossierkosten'. Een ander aspect van haar 'algemene beleid inzake verdeling en beheerkosten', te weten dat zij 50% van de netto ontvangen vergoedingen voor zichzelf houdt, konden wij op hun website nog niet vinden.<sup>76</sup>

Onder het Nederlandse toezicht door het CvTA vallen alleen in Nederland gevestigde auteursrecht-trollen en bij de CvTA is momenteel geen Nederlandse auteursrecht-trol bekend. Van buiten de EU opererende auteursrecht-trollen vallen niet onder enig Europees toezicht.

Het zij ten overvloede nog maar eens gezegd: het feit dat Permission Machine deze 'regularisatie-tarieven' publiceert, is nog steeds geen bewijs dat dit gebruikelijke licentievergoedingen zijn die (kanton)rechters als maatgevend (bewijs) voor geleden schade zouden moeten interpreteren. Het zijn en blijven bij uitstek misleidende auteursrecht-trol-tarieven die hoogstens feitelijk blijken te kunnen worden afgedwongen als de inbreuk al heeft plaatsgevonden. Het feit dat auteursrecht-trollen/obo's in veel gevallen 50% van de ontvangen vergoeding voor zichzelf houden levert voorts een belangrijk argu-

ment uit dat alle dossier-, opsporings- en administratiekosten gemakkelijk door die 50% inhouding kunnen en moeten worden gedekt. Ten slotte lijkt goed verdedigbaar dat ook wanneer auteursrecht-trollen niet als obo's zijn aan te merken of niet onder Europees toezicht vallen, de normen ten aanzien van de transparantie van hun tarieven, hun kosten en hun uiteringspercentages bij wijze van analogie toegepast zouden kunnen worden op grond van reflexwerking.

## Zoeksoftware

Een laatste belangrijke stimulans voor auteursrecht-trollen (gedrag) is de toegankelijkheid, de kwaliteit en het gemak van de zoeksoftware. Zelfs met Google Images is het eenvoudig mogelijk om alle gebruik van een bepaalde foto, waar ook ter wereld, op het internet op te sporen. Auteursrecht-trollen maken daar dankbaar gebruik van, en gebruiken volautomatische zoekmachines voor alle foto's die zij beheren om permanent het gehele internet af te zoeken. Daardoor worden alle op internet, inclusief openbare sociale media, geplaatste foto's gevonden. De opsporingskosten zijn minimaal geworden. Het enige dat (eigenlijk) nog gecheckt moet worden is of de foto niet met toestemming is gepubliceerd of onder een auteursrechtelijke beperking valt. Veel auteursrecht-trollen controleren zelfs dat niet en gebruiken gewoon de schot-hagel-benadering: voor ieder gebruik een rekening sturen zonder iets te controleren. Als de claim onjuist blijkt, horen ze het wel. Dat betekent dat de opsporingskosten verwaarloosbaar zijn. Dit alles vormt meer dan voldoende reden om zeer kritisch te staan tegenover de beweerdelijke opsporingskosten die door auteursrecht-trollen worden gevorderd.

## Hoe te reageren op claims van trollen?

Omdat blijkt dat veel slachtoffers van auteursrecht-trollen uit kostenoverwegingen in persoon procederen en/of om andere redenen vaak niet de juiste verweren voeren, is het nuttig om een aantal concrete suggesties te doen over hoe op dergelijke claims te reageren. Dit is geen juridisch advies dat in alle gevallen opgaat en er kunnen uiteraard ook 'geen rechten aan worden ontleend', maar het zet de relevante verweren op scherp. Bovendien is het een weergave van de strategie van de meer ervaren slachtoffers van auteursrecht-trollen en 'bedrijfsongevallen' die kunnen worden afgeleid uit hetgeen ervaringsdeskundigen uit de praktijk hebben aange-

70 Art. 1 sub d WTGCB 'onafhankelijke beheersorganisatie: iedere organisatie, niet zijnde een collectieve beheersorganisatie, die in Nederland gevestigd is en die bij wet of door middel van overdracht, licentieverlening of een andere overeenkomst door meer dan één rechthebbende is gemachtigd met als hoofddoel auteursrechten of naburige rechten te beheren, ten behoeve van één of meer rechthebbenden, in het gezamenlijk belang van deze rechthebbenden en die direct noch indirect, geheel noch gedeeltelijk onder zeggenschap staat van rechthebbenden en is ingericht met winst oogmerk'.

71 Richtlijn 2014/26/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor het online gebruik ervan op de interne markt.

72 Art. 3 sub b CB RI.

73 Art. 21 lid 1 CB RI. jo. Art. 2 lid 4 RI. CB resp. art. 2p lid 1 WTGCB jo. Art. 25d WTGCB.

74 Controledienst van de vennootschappen voor het beheer van auteursrechten en naburige rechten. <https://economie.fgov.be/nl/themas/intellectuele-eigendom/auteursrecht/controledienst-van-de>.

75 Ter vergelijking zelfs bij Stichting FotoAnoniem is het bedrag voor online gebruik door particulieren niet meer dan € 90.

76 Als die inhouding van 50% inderdaad niet 'op haar internetpagina op een duidelijk leesbare plaats en met duidelijke verwijzing in het hoofdmenu van de internetpagina' openbaar gemaakt wordt door Permission Machine, lijkt hier sprake van een overtreding van art. XI.266 sub 5 en 6 jo. art. XI.246 van het Belgisch Wetboek van economisch recht (WER), de Belgische implementatie van de collectief beheer-richtlijn.

reikt. De beste manier om te reageren op claims van auteursrecht-trollen is in de meeste gevallen de volgende:

1. het materiaal direct verwijderen;
2. de inbreuk direct erkennen (tenzij er evident geen sprake is van inbreuk);
3. de hoogte van schadeclaim betwisten;
4. den redelijke/gebruikelijke vergoeding onvoorwaardelijk aanbieden met of inclusief een kleine opslag voor de opsporing- en/of advocaatkosten; en
5. deze vergoeding bij voorkeur meteen betalen en dus niet wachten op akkoord op het aanbod.

Deze laatste stap is volgens de ervaringsdeskundigen belangrijk: hierdoor verschuift het procesrisico naar de trol. Het is immers veel minder aantrekkelijk om enkel te gaan procederen over de hoogte van de schadevergoeding als de inbreuk niet betwist is en er een redelijk bedrag betaald is. De kans dat de trol zijn proceskosten (volledig) vergoed krijgt, is een dergelijk geval erg klein.

Het grootste probleem blijkt in de praktijk dat veel gebruikers het materiaal wel verwijderen, maar de inbreuk niet (direct) erkennen waardoor er een legitiem belang ontstaat voor de auteursrecht-trol om te gaan procederen, al was het maar voor de verklaring voor recht, en daar kosten voor te gaan maken die vervolgens weer voor vergoeding in aanmerking komen. Het tweede probleem is dat gebruikers niet of te laat een (al dan niet redelijke) gebruiksvergoeding aanbieden, waardoor eveneens een legitiem procesbelang ontstaat.

Doorloopt men bovengenoemde stappen wél, dan is het zaak, zo laten de ervaringsdeskundigen weten, om vervolgens het hoofd koel en de poot stijf te houden. Dan komt de bekende fase van het blufpoker. De trol zegt dat hij gaat procederen als er geen hogere vergoeding wordt betaald. Veel gebruikers geven vervolgens (te veel) toe omdat zij een procedure en het risico van de proceskostenveroordeling niet aandurven. Als het tot een procedure komt, gaan zij vervolgens in persoon procederen bij de kantonrechter en voeren daarbij slecht en vaak zelfs contraproductief verweer.

Meestal is er sprake van inbreuk.<sup>77</sup> Ook dit blijkt uit de praktijk die kenbaar is uit de rechtspraak.

Uiteraard komt het soms voor dat:

1. geen auteursrecht op een foto rust vanwege gebrek aan creativiteit (die kans is heel klein, maar gedacht kan worden aan exacte foto van een schilderij waarbij geen enkele (al dan niet creatieve) keuze is gemaakt door de fotograaf); of

2. het auteursrecht is vervallen (dat geldt alleen voor heel oude foto's, minimaal van vóór 1950<sup>78</sup>) of
3. een beperking van toepassing is, (maar daarvoor is bron- en naamsvermelding vereist en die ontbreekt meestal); of
4. geen sprake is van een auteursrechtelijk relevante handeling zoals (embedded) linken (naar een legale bron).<sup>79</sup>

Maar in de meeste gevallen is er gewoon sprake van inbreuk en is het zaak die direct te erkennen, de foto te verwijderen en een redelijke gebruiksvergoeding aan te bieden. Professionele gebruikers, zoals nieuwsmedia, doen dit en betalen vaak meteen een bedrag, van bijvoorbeeld € 200. Dit omdat discussie of correspondentie erover snel meer kost en er meestal toch een dergelijk bedrag betaald moet worden.

Vervolgens is meestal de kern van het belangrijkste en meest kansrijke verweer de betwisting van de hoogte van de gevorderde schadevergoeding. Daarbij geldt dat de bewijslast op de rechthebbende rust. Hij of zij moet bewijzen wat zijn of haar schade is. In lijn met de arresten van de gerechtshoven is dat in beginsel de gebruikelijke licentievergoeding, oftewel de vergoeding waarvan de auteur kan aantonen dat hij voor het bewuste soort foto daadwerkelijk en vrijwillig bij toestemming vooraf betaald wordt.<sup>80</sup> Niet voldoende is dat een andere (bekendere of betere) auteur meer kan vragen, of dat voor andere (meer bijzondere) foto's meer gevraagd kan worden. Het gaat om de foto in kwestie van de auteur in kwestie.

Ter dekking van bepaalde kosten en ter compensatie van het achterwege blijven van naamsvermelding en voor bijkomende administratieve of opsporingskosten kan een verhoging van 25% worden aangeboden. Dat lijkt het maximum dat door gerechtshoven aan verhogingen op gebruikelijk tarieven wordt toegepast. Bij een dergelijke verhoging zou het, behoudens bijzondere bijkomende omstandigheden die niet te snel moeten worden aangenomen, echt moeten bij blijven. 'Verlies aan exclusiviteit' is geen argument als de rechthebbende aan meerdere partijen toestemming geeft, hetgeen bij auteursrecht-trollen per definitie, en bij de meest claimende fotografen meestal het geval is.

Als een redelijke (gebruikelijke) gebruiksvergoeding is aangeboden, is voor een proceskostenveroordeling in beginsel geen plaats. In dat geval zou juist de eiser in de proceskosten veroordeeld moeten worden. Voorts geldt dat in de rechtspraak terecht steeds vaker wordt aangenomen dat foto-auteursrechtzaken 'zeer eenvoudige zaken' zijn waarop het liquidatietarief dient te worden toegepast.

77 Tenzij bijvoorbeeld blijkt dat de eiser geen rechthebbende is of geen volmacht heeft van de rechthebbende om tegen het gebruik op te treden (dat komt nogal eens voor) of er bewijsbaar sprake is van toestemming van iemand die gerechtigd was die toestemming te geven (komt ook nog wel eens voor).

78 Voor anonieme foto's geldt een beschermingstermijn van 70 jaar na publicatie, zie art. 38 lid 1 Aw. (Vgl. Hof Den Haag 19 mei 2020, IEF 19216, Erfgoed Leiden). Voor de meeste foto's geldt een beschermingstermijn van 70 jaar na de dood van de maker, zie art. 37 Aw.

79 De problematiek van het toelaatbaar (embedded) linken van/naar legale bronnen wordt hier verder niet besproken. Dat is (ook) stof voor een afzonderlijke bijdrage.

80 Dat zijn dus nadrukkelijk niet de tarieven die een partij als Permission Machine als tarieven voor 'regularisatie door een retroactieve licentie' op zijn website heeft staan. Dergelijke tarieven worden immers alleen onvrijwillig betaald. (<https://permissionmachine.com/nl/tariffs/>).