

Nr. 2 Persbureau Curaçao/Ultimo Noticia

Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao

11 december 2017, ECLI:NL:OGECAC:2017:178

Auteursrechtsschending door een lokale krant die foto's plaatst van een journalist/fotograaf zonder diens toestemming. Schadevergoeding omvat in dit geval 'triple damage'.

Art. 27 Auteursverordening 1913 (Nederlandse Antillen); art. 6:97 BW

VONNIS

in de zaak van:

[Eiser] h.o.d.n. Persbureau Curaçao,

wonende in Curaçao,

eiser,

gemachtigde advocaat mr. R.E.F.A. Bijkerk,

tegen

de naamloze vennootschap Ultimo Noticia N.V.,

gevestigd in Curaçao,

gedaagde,

gemachtigde haar hoofdredacteur H.A. Zimmerman.

Partijen zullen hierna [eiser] en Ultimo Noticia genoemd worden.

1. Het verdere procesverloop

[...]

2. De verdere beoordeling

2.1. Ter inleiding wordt het volgende voorop gesteld. [eiser] heeft deze zaak aanhangig gemaakt nadat hij had gemerkt dat Ultimo Noticia zonder zijn toestemming door hem gemaakte foto's publiceerde zonder bereid te zijn (ook niet na correspondentie daarover) om daarvoor te betalen. [eiser] heeft schadevergoeding gevorderd en een verbod voor de toekomst om zonder zijn toestemming foto's van hem te publiceren. Ultimo Noticia heeft verweer gevoerd tegen de vordering van [eiser]. Volgens Ultimo Noticia zijn de foto's waar [eiser] op doelt niet door hem gemaakt. De

krant wijst er op dat de foto's van [eiser] niet zijn naam vermelden en/of zijn gewaarmerkt. Voorts is door Ultimo Noticia naar voren gebracht dat je niet altijd de baas bent over je eigen creatie.

2.2. In het tussenvonnissen heeft het Gerecht het rechtskader weergegeven, onder meer met de volgende overwegingen:

4.3. *Het auteursrecht is het uitsluitend recht van de maker van een (onder meer) een foto om deze openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen bij de wet gesteld (artikel 1 j° artikel 10 lid 9 Auteursverordening 1913).*

4.4. *Ingevolge artikel 25 lid 2 j° lid 1 Auteursverordening 1913 mag zonder toestemming van degene aan wie het auteursrecht daarop toekomt, geen wijziging worden aangebracht in (onder meer) de aanduiding van de maker van (onder meer) een foto. Dat is, negatief geformuleerd, het recht van de maker op naamsvermelding. Publicatie van een foto zonder naamsvermelding levert in beginsel schending van de persoonlijkheidsrechten van de maker op.*

4.5. *Ingevolge artikel 27 Auteursverordening is de maker, niettegenstaande de gehele of gedeeltelijke overdracht van zijn auteursrecht, bevoegd een rechtsoverdracht ter bekoming van schadevergoeding in te stellen tegen degene die inbreuk op het auteursrecht heeft gemaakt.*

2.3. Na toetsing van de feiten aan bovengenoemd rechtskader zijn de verweren van Ultimo Noticia in het tussenvonnissen verworpen. Achtereenvolgens is door het Gerecht overwogen dat de foto's wel van [eiser] zijn en dat het feit dat er niet bij stond dat er copyright op de foto's rustte, niet maakt dat de foto's niet auteursrechtelijk beschermd zijn. Ook is overwogen dat Ultimo Noticia foto's van [eiser] heeft geplaatst in haar krant / op haar website, zonder zijn toestemming en zonder daarvoor te betalen. In het tussenvonnissen wordt dan geconcludeerd dat Ultimo Noticia inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van [eiser]. Dit is bepaald in de volgende rechtsoverweging uit het tussenvonnissen:

4.1.1. *Nu tevens vaststaat, dat gedaagde voor het gebruik van die foto's geen toestemming had van eiser, moet gedaagde worden geacht inbreuk op het auteursrecht van [eiser] te hebben gemaakt.*

2.4. Ultimo Noticia heeft ter zitting het onder 2.1. weergegeven debat kennelijk deels opnieuw willen voeren door wederom naar voren te brengen dat de foto's niet van [eiser] zijn, deze foto's niet zijn gewaarmerkt en deze foto's niet zijn beschermd. Deze verweren zijn al behandeld en verworpen in het tussenvonnissen, zodat daar niet nog een keer op wordt ingegaan.

2.5. Nu dient nog te worden beoordeeld wat de hoogte is van de schade. [eiser] heeft twee bedragen gevorderd. Een bedrag in verband met de schending van het persoonlijkheidsrecht van NAF 24.150,- en een bedrag bestaande uit het totaal van de onbetaalde facturen. Deze facturen zijn weer onder te verdelen in facturen ten bedrage van NAF 150,- per foto van 6 januari 2015 en 10 februari 2015 en facturen van na die datum (van onderscheidenlijk 14 mei 2016, 28 mei 2016, 12 oktober 2016 en 4 februari 2017)

waarin telkens NAf 450,- per foto wordt gerekend, driemaal de gebruikelijke prijs. Het totaal van de zes facturen bedraagt NAf 78.203,-.

2.6. Over de facturen wordt het volgende overwogen. Naar aanleiding van het tussenvonnissen is tussen partijen nog verder debat gevoerd over het door [eiser] gehanteerde tarief van NAf. 150,- per foto. [eiser] heeft ter zitting toegelicht dat dat een door hem gehanteerd tarief is in gevallen als deze, namelijk dat een ander medium zijn foto gebruikt zonder voorafgaande opdracht daartoe. Ultimo Noticia heeft daar tegenin gebracht dat dat tarief te hoog is en dat zij een standaardtarief hanteert van NAf 20,- per foto. Dit standaardtarief valt evenwel in een andere categorie, namelijk foto's gemaakt in opdracht van de krant of aangeboden aan de krant, zodat dat standaardtarief niet maatgevend is. Voorts is door Ultimo Noticia niet bestreden dat [eiser] als standaard tarief NAf 150,- rekent, zodat daarvan hierna ook wordt uitgegaan. In het tussenvonnissen is onder r.o. 4.15. overwogen dat het Gerecht zich in een later stadium zal buigen over de vraag of het systeem van "triple damage" ook in Curaçao zou moeten worden gehanteerd. Op grond van artikel 27 Auteursverordening 1913 heeft [eiser] het recht op schadevergoeding. Deze vergoeding wordt op grond van artikel 6:97 BW begroot. In de eerste plaats bestaat de schade uit de vergoeding die zou zijn verschuldigd als [eiser] toestemming zou hebben gegeven voor overname van de foto's. Voorts valt uit [eiser] s stellingen af te leiden dat hij verlies aan exclusiviteit ziet als schadepost. Ook is door hem aangevoerd dat hij uitvoerig heeft geprobeerd om met Ultimo Noticia in gesprek te treden over het gebruik van de foto's en aanvankelijk ook nog bereid is geweest om een bulkprijs met de krant af te spreken. Ultimo Noticia bleef evenwel doorgaan met het plaatsen van zijn foto's zonder serieus in te gaan op de protesten van [eiser], laat staan zijn facturen te voldoen. Het Gerecht leidt uit de overgelegde correspondentie af dat een en ander inderdaad zo is verlopen. Zelfs na het tussenvonnissen is Ultimo Noticia doorgegaan met het plaatsen van foto's van [eiser]. Dit onderstreept de stelling van [eiser] dat Ultimo Noticia zich niets aantrok van zijn auteursrecht. Ultimo Noticia heeft dit niet in afdoende mate bestreden. In al het voorgaande ziet het Gerecht aanleiding om de schade vast te stellen op het bedrag dat door [eiser] in rekening is gebracht, namelijk aanvankelijk NAf 150,- per foto en later driemaal die prijs.

2.7. In het tussenvonnissen is reeds overwogen dat publicatie zonder naamvermelding een schending van het persoonlijkheidsrecht oplevert (r.o. 4.4.). [eiser] heeft zijn eiswijziging blijkbaar niet ingezet om ook deze schadepost te vermeerderen, zodat dit deel van de vordering beperkt blijft tot het bedrag van NAf 24.150,- zijnde

161 foto's maal NAf 150,-. Ook deze post is toewijsbaar nu deze post niet is bestreden door Ultimo Noticia.

2.8. In beginsel zijn de gevorderde bedragen van NAf 78.203,- en NAf 24.150,- dus toewijsbaar. Echter de som van deze bedragen (NAf 102.353,-) komt uit boven de som van de bedragen weergegeven in de vermeerderde eis (NAf 100.457,10), zodat dit laatste bedrag wordt toegewezen.

2.9. Wat betreft de gevorderde rente geldt tenslotte het volgende. In de gewijzigde eis is een bedrag van NAf 79.469,10 gevorderd met wettelijke rente vanaf 13 oktober 2016 en een bedrag van NAf 20.988,- met wettelijke rente vanaf 14 februari 2017. Ter zitting heeft het Gerecht om opheldering gevraagd van deze bedragen nu de optelsom van de facturen op een ander bedrag uitkwam (NAf 78.203,-) en niet duidelijk was of in de gevorderde NAf 79.469,10 het bedrag van NAf 24.150,- is inbegrepen. Opheldering is niet verschaft. Om die reden zal het Gerecht de wettelijke rente over het gehele verschuldigde bedrag laten ingaan vanaf 14 februari 2017.

2.10. Het door [eiser] gevorderde verbod wordt toegewezen met een hierna te maximeren dwangsom.

2.11. Tenslotte wordt Ultimo Noticia als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de proceskosten van [eiser] zoals hierna nader bepaald.

3. De beslissing

Het Gerecht:

- veroordeelt Ultimo Noticia tot betaling van NAf 100.457,10 vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 14 februari 2017 tot aan de dag der algehele voldoening;
- verbiedt Ultimo Noticia het zonder toestemming van [eiser] publiceren van enige door hem gemaakte foto, op straffe van een dwangsom van NAf 1.000,- per overtreding met een maximum van NAf 100.000,-;
- veroordeelt Ultimo Noticia in de proceskosten, aan de zijde van [eiser] tot op heden begroot op NAf 1.118,45 aan verschotten en NAf 4.500,- aan gemachtigdensalaris;
- verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. S.E. Sijsma, rechter in het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao en in aanwezigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 11 december 2017.

NOOT

T.E. Deurvorst

Mr. T.E. Deurvorst is advocaat te Amsterdam.

Ultimo Noticia heeft gedurende een aantal jaren een zeer grote hoeveelheid foto's van eiser geplaatst in haar krant en op haar website zonder eisers toestemming en zonder daarvoor te betalen. Zelfs nadat eiser Ultimo Noticia op de inbreuk had gewezen is zij foto's van eiser blijven gebruiken. De respectloze houding van Ultimo Noticia ging zelfs zover dat zij na het tussenvonnis, waarin de rechter tot het oordeel kwam dat Ultimo Noticia inbreuk had gepleegd op de persoonlijkheids- en auteursrechten van eiser, opnieuw foto's van eiser plaatste. Tevergeefs verdedigde Ultimo Noticia zich met het verweer dat de foto's niet gemaakt waren door eiser bij gebreke van een copyright notice. Ook had zij aan eiser toegevoegd "dat je niet altijd de baas bent over je eigen creatie".

Stugge paarden, scherpe sporen, heeft de rechter wellicht gedacht bij de toewijzing van een schadevergoeding van omgerekend ongeveer € 46.000. De schadeberekening van de rechter bestond voor een deel uit een verdrievoudiging van het gebruikelijke licentietarief van eiser.

In deze zaak is de Auteursverordening 1913 van toepassing. De hier aan de orde zijnde bepalingen komen overeen met die van de Auteurswet 1912 van vóór implementatie van de Handhavingsrichtlijn. Art. 27 lid 2 Auteursverordening 1913 stemt overeen met art. 27 lid 1 Auteurswet vóór de wetswijziging van 8 maart 2007.¹ In tegenstelling tot Nederland, maakt Curaçao geen deel uit van het grondgebied van de Europese Unie en hoeft het om die reden dan ook niet te voldoen aan het Europees recht (artikel 198 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU)). De Handhavingsrichtlijn speelt dus geen rol in deze zaak.

Maar ook zonder dat het auteursrecht op Curaçao is gekleurd door de Europese Handhavingsrichtlijn en de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, is een aantal beslissingen uit dit vonnis opmerkelijk in het licht van het Nederlandse auteurs- en schadevergoedingsrecht van vóór de implementatie van de Handhavingsrichtlijn.

Allereerst valt de keuze op van de rechter omtrent de hoogte van het gebruikstarief. Dit tarief vormt de basis voor de berekening van de gederfde licentievergoeding van eiser. Eiser vorderde behalve een vergoeding wegens schending van zijn persoonlijkheidsrecht



De onderste foto is afkomstig van eiser.

(NAF 24.150: 161 foto's vermenigvuldigd met NAF 150 per stuk) een vergoeding van deels NAF 150 en deels NAF 450 per gebruikte foto (driemaal de gebruikelijke prijs). De gevorderde gebruiksvergoeding – waarvan een deel de verdrievoudiging beslaat – bedroeg NAF 78.203.

De vraag was aan de orde of de gebruiksvergoeding van eiser (NAF 150 per foto) dan wel die van Ultimo Noticia (NAF 20 per foto) moest worden gehanteerd als basistarief. Aangezien het tarief van Ultimo Noticia werd gebruikt voor in opdracht gemaakte foto's of voor foto's die aangeboden werden, achtte de rechter dit tarief niet maatgevend. Ultimo Noticia had nagelaten te bestrijden dat eiser een standaardtarief rekende van NAF 150 per foto, reden voor het Gerecht dit tarief van eiser als maatstaf te nemen.

Het was mijns inziens redelijker geweest als de rechter een compromis had gemaakt tussen de wederzijdse tarieven van partijen. Per slot van rekening gaat het bij de begroting van de gederfde licentievergoeding om een inschatting van het tarief dat beide partijen vooraf zouden zijn overeengekomen indien Ultimo Noticia eiser om toestemming had gevraagd.

¹ Wet van 8 maart 2007 tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Auteurswet 1912, de Wet op de naburige rechten, de Databankenwet, de Handelsnaamwet, de Wet van 28 oktober 1987, houdende regelen inzake de bescherming van oorspronkelijke topografieën van halfgeleiderprodukten (Stb. 484), de Zaaizaad- en plantgoedwet

2005 en de Landbouwkwaliteitswet ter uitvoering van Richtlijn nr. 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (PbEG L 195).

Er bestaat echter geen eenduidig beeld in de rechtspraak omtrent de wijze waarop de hoogte van een gedeerde licentievergoeding moet worden vastgesteld. Verschillende methoden worden gebruikt door de rechter: 1. Het tarief dat de rechthebbende pleegt te bedingen; 2. Het tarief dat beide partijen zouden zijn overeengekomen indien zij vooraf hadden onderhandeld; 3. Het in de branche gebruikelijke tarief.² Het verschil in het tarief van *Ultimo Noticia* en dat van eiser laat wel zien dat de keuze voor de ene dan wel de andere methode, een behoorlijke invloed kan hebben op de omvang van de schadevergoeding.

Ten tweede is de verdrievoudiging van de gedeerde gebruiksvergoeding opmerkelijk. Over het algemeen is er naar de heersende opvatting in het auteursrecht geen plaats voor een verdubbeling of verdrievoudiging van een hypothetische licentievergoeding anders dan onder de volgende omstandigheden: 1. Als vergoeding ineens voor andere concrete schadeposten.³ 2. Ingevolge een contractuele relatie, met name toepasselijke algemene voorwaarden, tussen eiser en gedaagde die meebrengt dat bij inbreuk de factor twee of drie wordt toegepast.⁴

Ook het Hof van Justitie in de hiervoor onder nr. 1 besproken zaak *Otawska Telewizja Kablowa/Filmowców Polskich* bevestigt – zij het met een wollige argumentatie – dat bij een verdubbeling van de passende vergoeding sprake moet zijn van niet in de passende vergoeding

verdisconteerde schadeposten. Dit neemt niet weg dat de rechter een wat grotere marge heeft om de daadwerkelijke schade te benaderen.⁵

Noch van de ene noch van de andere omstandigheid blijkt iets uit het bovenstaande vonnis. De rechter overweegt dat aanleiding is voor toewijzing van een gedeeltelijk verdrievoudigde gebruiksvergoeding vanwege het verlies aan exclusiviteit van de foto's, de bereidheid van eiser tot het treffen van een minnelijke regeling en compromis, de lakse houding van *Ultimo Noticia* en het onverstoord voortzetten van de inbreuk. Verschillende factoren die de rechter noemt, hebben niets van doen met het bestaan en de omvang van de schade. Daarmee krijgt de opgelegde sanctie een deels punitief karakter.

Toegegeven moet worden dat *Ultimo Noticia* zich brutaal heeft opgesteld. Maar in een situatie waarin de uitingen van een krant worden bestraft vind ik de oplegging van een punitieve sanctie risikant met het oog op het verbod op een ontoelaatbare beperking van de uitingsvrijheid (o.m. in art. 10 EVRM). Indien deze beslissing naar geldend Nederlands recht zou worden genomen komt deze mij bovendien voor als een ongewenst precedent gezien de afwezigheid van een draagvlak en wettelijke basis voor de oplegging van punitive damages.⁶

2 *Groene Serie Schadevergoeding*, aant. 97.3-5 bij art. 6:96 BW (Lindenbergh).

3 Rb. Breda 25 oktober 2006, LJN:AZ5955, *Computerrecht* 2007/47, m.nt. T.E. Deurvorst (*Autodesk/Aztec*); Rb. Rotterdam 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7560, *BIE* 2018/2, m.t. T.E. Deurvorst (*Track/Vijverberg*), Rb. Overijssel 17 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:800, *BIE* 2016/20 (*Siemens/Holimex*). Zie ook K. Sandvliet & A. Engelfriet, 'Vaststellen van schade bij online auteursrechtinbreuk', *AMI* 2012, afl. 5, p. 204-209, die sommige uitspraken een punitieve lading toedichten.

4 Zie de rechtspraak in *Intellectuele Eigendom*, Artikelsgewijs Commentaar, art. 27a Aw (Deurvorst), aant. 11.

5 Zie ook p. 5 Leidraad aangaande bepaalde aspecten van de Handhavingsrichtlijn van 29 november 2017 (COM (2017) 708 te vinden via http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-4942_nl.htm

6 Zie ook voorgaande noot bij het arrest OTK/SFP. Zie voorts *Groene Serie Schadevergoeding*, aant. 1.4.6 (Inleiding) en 1.8 bij art. 6:106 BW (Lindenbergh). Zie ook over punten van kritiek R.C. Meurkens, *Punitive damages*, Deventer: Kluwer 2014, met name p. 99 e.v.