

Notitie voordracht Auto Pers Club 8 juni 2016
Rob Dijkman, advocaat en belastingadviseur

Sedert 1 oktober vorig jaar heb ik de eer en het genoegen de juridisch adviseur van de Auto Pers Club te zijn, mede ten behoeve van haar leden. Uw voorzitter had mij voorbereid dat dat niet tot een storm aan juridische vragen zou leiden. Toen ik het convocaat voor deze algemene ledenvergadering zag, waar ik werd aangeduid als “Krijgsman” begreep ik dat wel. Toen ik voor de aardigheid toch eens keek op uw internetsite werd het mij helemaal duidelijk.

mr drs R.P. Dijkman
advocaat en
belastingadviseur

Kennelijk is het een goed verborgen geheim dat u voor eerstelijns juridische vragen bij mij terecht kunt. Laat mij daaraan toevoegen dat bij onverhoopte eventuele huwelijksproblemen ik hooguit een welwillend luisterend oor kan bieden, maar hoegenaamd geen zinvol juridisch advies. Mijn praktijk ligt op het gebied van ondernemingen en ondernemingsrecht, zowel fiscaal als juridisch. Dat is een prettig ruim begrip waaronder je de dingen kunt samenvoegen die je leuk vindt. In mijn geval zijn dat vennootschapsrecht, overeenkomstenrecht, arbeidsrecht, bouwrecht, eerstelijns IT en intellectueel eigendomsrecht. Ik procedeer graag, maar raad het mijn cliënten af, gelukkig vaak tevergeefs.

Onderdeel van mijn taken voor deze club is het houden van een praatje op de jaarvergadering.

Nu vermoed ik dat uw interesse in het juridische strikt praktisch is en dan bij voorkeur gericht op iets wat u in uw eigen praktijk tegenkomt. Toen ik om enige sturing vroeg wat een leuk onderwerp zou zijn antwoordde Peter Fokker: “dat toch interessant is, wat je moet of kunt doen als jouw artikelen of foto’s opduiken op websites of sociale media. Kun je verwijdering eisen kun je nota sturen en kun je opdrachtgevers verzoek op hun eigen internet aanwezigheid beter te beveiligen tegen vrijheid kopiëren?”

Kortom een vraag die ligt op het gebied van het auteursrecht. Ik vermoed dat u allemaal wel enige kennis heeft over het auteursrecht. Ik ga over het auteursrecht daarom niet een algemeen verhaal houden, dat doet u maar naar de borrel verlangen. Onvermijdelijk moet ik wel iets inleidends zeggen: in Nederland is nog altijd van toepassing de ‘Wet van 23 september 1912, houdende nieuwe regeling van het auteursrecht’, populair aangeduid als de auteurswet en sedert 1912 veelvuldig herzien.

Onveranderd is de definitie van het auteursrecht, dat is ”het uitsluitend recht van de 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”. De tekst van de definitie is niet veranderd, maar auteursrecht strekt zich thans aanzienlijk verder uit dan in 2012 werd voorzien. De begrippen ‘letterkunde, wetenschap of kunst’ omvatten thans vrijwel alles waar de maker een eigen signatuur op heeft gelegd.

Het intellectueel eigendomsrecht, waar het auteursrecht een onderdeel van is, berust voor een belangrijk gedeelte op internationale verdragen die in tweede helft 19^e eeuw gesloten zijn en daarna ook veelvuldig herzien en op Europese richtlijnen. Verdragen die beogen directe werking te hebben gaan voor op de wet en voor richtlijnen geldt dat de nationale wetgever ze in de landswetgeving moet opnemen en als de nationale wetgever daar in nalatig is, kunnen de rechtzoekenden heel vaak een beroep doen op de richtlijn.

Het auteursrecht is daarmee betrekkelijk dynamisch, hoewel vastgesteld moet worden dat sommige veranderingen maar heel langzaam worden doorgevoerd. Met name de aansluiting van het auteursrecht en de naburige rechten op nieuwe media is een ingewikkeld proces. Daarbij is natuurlijk complicerend dat de financiële belangen van de betrokken partijen strak tegenover elkaar staan. Deze week is in het Europees Parlement een petitie aangeboden namens 3000 uitvoerende artiesten om een regeling te treffen dat die artiesten meedelen in de reclameopbrengsten die gegenereerd worden door advertenties die door YouTube, Soundcloud

en Facebook geplakt worden voor het filmpje van de betreffende artiest.

Op 1 juli vorig jaar is na goed 20 jaar heen en weer praten in de auteurswet eindelijk het auteurscontractenrecht opgenomen, wat hoog tijd werd. Anders dan ik zou verwachten is daaraan bij uw jaarvergadering vorig jaar niet uitgebreid aandacht aan gegeven. De nieuwe wetgeving is met name voor journalisten en fotografen van belang.

Voordat ik ingaan op de punten die Peter Fokker noemde zal ik in vogelvlucht iets vertellen over deze wetgeving en ik ben heel benieuwd of er onder u zijn die al ervaring hebben met deze nieuwe regelgeving. Ik heb natuurlijk gekeken of er al jurisprudentie is op basis van het auteurscontractenrecht, maar zover is het nog niet gekomen.

Het uitgesproken doel van het auteurscontract en recht is het versterken van de positie van de maker ten opzichten van de exploitanten. Alleen natuurlijke personen kunnen in dit verband maker zijn. Dat betekent dat rechtspersonen en fictieve makers, opdrachtgevers en werkgevers, aan deze regeling geen rechten claimen. De regeling is van toepassing op een overeenkomst tussen de maker en een exploitant. De exploitant is exploitant van het auteursrecht, met name de uitgever. Als een werk gemaakt wordt voor een opdrachtgever, bijvoorbeeld een auto-importeur, voor gebruik in de onderneming zijn de regels niet van toepassing. Het auteursrecht is een recht waarvan aspecten kunnen worden afgesplitst, voorbeeld van een boek kunnen de filmrechten of hoorspelrechten afzonderlijk in licentie worden gegeven. Een licentie kan gegeven worden voor bepaalde tijd, een bepaald territorium of een bepaald medium of zelfs een bepaalde doelgroep. In een licentieovereenkomst kan ook de bevoegdheid om sub licenties te geven worden toegestaan of aan voorwaarden worden onderworpen.

De ontwikkelingen gaan snel: er zijn nu exploitatievormen die 10 jaar geleden niet bedacht konden worden. Het is een veilige voorspelling dat over 10 jaar exploitatievormen gebruikelijk zijn, waar wij nu het vermoeden nog niet van hebben. Bij een licentieover-

eenkomst wordt alleen overgedragen wat benoemd wordt. Toekomstige exploitatievormen vallen daar dus niet zonder meer onder, wel als expliciet opgenomen is dat toekomstige exploitatievormen onder het bereik van de licentie vallen. Bij een volledige overdracht van het auteursrecht vallen daaronder ook toekomstige exploitatievormen.

Tot zover niets nieuws. In de huidige praktijk wordt de inhoud van de overdracht van het auteursrecht, moet schriftelijk, of het verlenen van een licentie, als deze exclusief is moet het schriftelijk, gedicteerd door de sterkere partij, in deze kring de uitgever. In de meeste voorkomende gevallen zal deze alle rechten naar zich toeharken.

Deze economische werkelijkheid wordt door de regeling niet helemaal opzij gezet maar, er zijn wel wat beperkingen aan de overmacht van de exploitanten gesteld.

Uitdrukkelijk benoemd is dat de maker recht heeft op een billijke vergoeding. Hoeveel dat is wordt niet omschreven en kan verschillen per werk, per branche, per bereik. Hiervoor leg ik uit dat nieuwe exploitatievormen, mits goed opgeschreven, bij de exploitant kunnen berusten. Een nieuwigheid is dat als die nieuwe exploitatievorm wordt ingezet, de exploitant aan de maker een aanvullende billijke vergoeding moet betalen. Dat is wel een verbetering.

Wat wel en niet billijk is kan eindeloos voorwerp van strijd zijn. In de wet is opgenomen dat de minister van OC&W een billijke vergoeding kan vaststellen. De minister kan dat alleen maar als een branche en de exploitant dat gezamenlijk verzoeken. Ik denk maar zo dat dat een wassen neus kan worden, maar wie weet valt het mee. Ik zie een andere kant aan de aanvullende billijke vergoeding. Als deze verschuldigd is en partijen worden het niet eens, dan is dat een belemmering voor de exploitant om de nieuwe exploitatie voor dit werk te benutten. Dat biedt dus onderhandelingskracht en onderhandelingsruimte.

Het recht op een billijke vergoeding is ook van toepassing als er geen contract is: bijvoorbeeld bij onrechtmatig gebruik. Daarvoor geldt nu ook al recht op schadevergoeding. Ik kom daar later nog op over te spreken, maar zegt nu al dat de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding voortdurende bron van hoofdpijn is. Door het concept schade te verlaten als grondslag voor de hoogte van de vergoeding, maar in plaats daarvan billijkheid als vergoedingscriterium te gebruiken gaat het naar verwachting makkelijker worden om objectief te bepalen welk bedrag gevraagd en in laatste instantie door de rechter toegekend moet worden.

De nieuwe bepaling dat de exploitant verplicht is om het werk voldoende te exploiteren kan van belang zijn. Als de exploitant bij de nakoming van deze verplichting, die voortdurend is, tekortschiet, heeft de maker het recht om de overeenkomst, dat geldt zowel voor de overdracht als licentie, te ontbinden. De maker moet een redelijk belang bij hebben we bij de ontbinding. Het is een beetje een open deur want anders begin je daar niet aan. Wanneer is er redelijk belang? Dat is eigenlijk heel simpel: dat is wanneer je denkt dat je het werk zelf beter kunt exploiteren of wanneer er een andere uitgever is die een betere om niet te zeggen een meer billijke vergoeding bereid is te betalen.

Veel journalistieke producten hebben uitsluitend een dagwaarde maar er zijn er genoeg die ook later, al dan niet in het kader van een verzameling of bundeling van artikelen of foto's, waarde hebben. In die gevallen is de wet beslist een verbetering. Ook prettig is dat de exploitant aan de maker als die daarom vraagt moet laten zien wat de omvang van de exploitatie is, welke kanalen voor exploitatie gebruikt worden en wat de sublicenties opleveren. Met behulp daarvan kan de maker zijn stelling dat er onvoldoende geëxploiteerd wordt, onderbouwen, of een beroep doen op de disproportionaliteitsregeling (drie keer woordwaarde).

Wanneer er een, let op, **ernstige** onevenredigheid is tussen de vergoeding en de opbrengst bij de exploitant, eenvoudig gezegd: voor iedereen glashelder, heeft de maker recht op een aanvullende vergoeding die de disproportionaliteit weer recht trekt. Deze rege-

ling is eenrichtingverkeer als de opbrengst tegenvalt, hoeft de maker niet terug te betalen.

Nog een paar puntjes:

Exclusiviteit voor toekomstige werken. Dat kan afgesproken worden, zolang de termijn niet te lang is, wat lang is kan per branche verschillen, en de termijn voldoende duidelijk bepaald is.

Bij een overeenkomst voor bepaalde tijd, kan worden opgenomen dat tussentijdse opzegging mogelijk is. Ook wanneer in een overeenkomst is opgenomen, zoals tegenwoordig wel voorkomt, dat alleen de exploitant kan opzeggen, heeft de maker dezelfde opzegmogelijkheden met de zelfde voorwaarden als die de exploitant heeft.

Onredelijk bezwarende bedingen zijn vernietigbaar. Als voorbeeld van een onredelijk bezwarend beding wordt wel genoemd rekenmethodes van royalty's waarbij door toerekening van kosten uiteindelijk geen royalty vergoeding meer overblijft.

Verheugend moet zijn dat je als maker geen afstand kunnen doen van de rechten die op grond van het auteurscontractrecht aan de maker zijn toegekend. Een aantal bepaling is bovendien van dwingend rechter kan sowieso niet van afgeweken worden. Dit geeft wel een beetje een waarborg tegen de alternatieve maker in zijn relatie met de gehaaide exploitant. Beter is het natuurlijk om van tevoren goed opletten en te zorgen dat de overeenkomst goed in elkaar zit.

Het zou natuurlijk prachtig zijn als al deze regels van toepassing zijn op bestaande contracten maar dat is niet het geval. Het auteursrecht is volledig van toepassing op contracten die aangegaan zijn na 1 juli 2015. Gelukkig zijn er uitzonderingen: als de exploitant niet voor voldoende exploitatie zorgt kan de maker de overeenkomst ontbinden, waarbij een boete is gesteld op het niet meewerken aan de ontbinding, net als bij de nieuwe contracten en onredelijk bezwarende bedingen kunnen worden vernietigd. Ook

de eenzijdige opzeggingsbepaling in bestaande contracten gelden voor beide partijen.

Loop uw bestaande contracten goed door en controleer of er geen onredelijk bezwarende bedingen instaan en kijk of de werken wel voldoende geëxploiteerd worden. Als dat niet het geval is vraag de rechten dan terug. Als je iets vindt waarvan je van mening bent dat dat anders moet, ga dan in gesprek. Los dat een beetje communicatief op zou ik willen zeggen. De exploitant moet ook tijd hebben om zijn bedrijfsvoering op de nieuwe wet in te stellen, geef een behoorlijke termijn om de zaken geregeld te krijgen. Als een overeenkomst is afgelopen of wanneer je een nieuwe overeenkomst sluit doe dat schriftelijk en zorg voor een billijke vergoeding. Die wettelijke verplichting is een stok achter de deur bij het onderhandelen. Jij zit niet op een procedure te wachten, maar de exploitant ook niet.

Goed nu de vragen van Peter Fokker. Kun je er iets aan doen als iemand werk van jou openbaar maakt zonder dat je daarvoor toestemming hebt gegeven. Antwoord: ja natuurlijk! Dat is onrechtmatig. Je kunt verwijdering vragen en je kunt schadevergoeding vragen.

Als sprake is van kwade trouw bij de inbreuk plegen kun je afdracht vragen van de behaalde omzet. Pas op, die kwade trouw moet je wel bewijzen en dat is niet op voorhand een gelopen race. Je zou denken dat als iemand het intellectuele eigendom van een ander gebruikt hij per definitie te kwader trouw is maar dat is niet zo.

Het schenden van auteursrechten is strafbaar. Op het opzettelijk maken van inbreuk staat ten hoogste zes maanden of geldboete van de vierde categorie. Een jaar staat op het opzettelijk ter verspreiding aanbieden of verveelvoudigen of invoeren van een voorwerp dat met inbreuk op een ander auteursrecht is vervaardigd. Het beroepshalve plegen van die twee misdrijven wordt gevierd met maximaal vier jaar gevangenisstraf. Als geen sprake is van opzet maar wel een redelijk vermoeden, kortom kwader trouw, dan blijft de bestraffing beperkt tot een boete. Bij Justitie

heeft dit geen enkele prioriteit. U kunt wel dreigen met aangifte en ik zou dat in voorkomende geval ook zeker doen, maar stelt u zich er vooral niets van voor.

Een goed geformuleerde brief waarin beëindiging wordt geëist van de onrechtmatige toestand, vergoeding van schade en onder de juiste omstandigheden winstafdracht, zowel aangetekend als per gewone post als per e-mail kan zin hebben. Als je heel zeker van je zaak bent werkt het ook wel eens aan te kondigen de inbreuk publiek te maken via de sociale media. Het is niet helemaal risicoloos, maar als drukmiddel om de onrechtmatige toestand te beëindigen, na eerst een paar keer vriendelijk gevraagd hebben, niet noodzakelijk smadelijk.

Wat is een redelijke schadevergoeding? Rechters zijn daar terughoudend in bij het kinderachtige af. Traditioneel zijn rechters een beetje deftige grijze mannen, die het al heel wat vinden wanneer je gelijk gegeven wordt en die het eigenlijk kinderachtig vinden dat je dan ook nog geld wilt hebben. Er zijn dan al gauw gedachten aan Amerikaanse toestanden.

Je kunt er van vinden wat je wilt, maar het belang is vaak niet groot genoeg om in appel te gaan tegen een uitspraak van de kantonrechter want daar speelde dit soort zaken vaak. Op zich is prachtig dat bij intellectuele eigendomszaken de proceskostenvergoeding niet de uiterst lage forfaitaire vergoeding van een paar tientjes is, maar vergoeding van de werkelijke kosten. Die zijn na de eerste zaak waarbij onder andere de rekening van de pizzeria aan de overkant van het advocatenkantoor als onderdeel van de te vergoeden de kosten werd ingediend, wel genormeerd, maar toch nog vrij aantrekkelijk.

Een triest voorbeeld is een uitspraak uit 2012 geweest door de kantonrechter te Wageningen. Eiser is een fotograaf die zich vooral bezighoudt met luchtfotografie. Bij zijn opdrachten gebruikt hij algemene voorwaarden, waarin tevens verwezen wordt naar de algemene voorwaarden van de fotografiefederatie. Laat ik gelijk waarschuwen tegen het parallel gebruiken van verschillen-

de sets algemene voorwaarden, dat kan zich vreselijk tegen je keren.

De fotograaf heeft een archief van foto's daaronder zijn portretten die gemaakt zijn door zijn vader en grootvader. De gedaagde heeft drie boeken gepubliceerd die beeldmateriaal bevatten beeldmateriaal zoals een aantal van die die portretfoto's en een luchtfoto die door de fotograaf gemaakt is.

De fotograaf vraagt schadevergoeding bijna € 4.500, de werkelijk gemaakte kosten voor de rechtszaak, slechts € 480 en de wettelijke rente.

Voor het berekenen van de hoogte van de schadevergoeding maakt de eisende partij gebruik van zijn algemene voorwaarden. Hij heeft aan de gedaagde twee facturen gestuurd die niet betaald worden. Hij klaagt ook dat de naam van de maker niet vermeld is bij de publicaties. Voor het gebruik is geen toestemming verleend. De luchtfoto is als boekomslag gebruikt en daarom wil de fotograaf daarvoor het dubbele tarief. Van de vierenhalf € 1000 is ongeveer € 1.500 voor de luchtfoto.

Wat vindt rechter ervan. De rechter vindt dat het gebruik van de luchtfoto voor de omslag van het boek, ook nog zonder vermelding van de auteursnaam allebei onrechtmatig is.

De gedaagde beroept zich erop dat hij niet wist wie de foto gemaakt had hij had uitsluitend de beschikking gehad over een reproductie van de foto en niet van het affiche waarop de foto oorspronkelijk gepubliceerd was met naamsvermelding. Dit baat hem niet. De gedaagde heeft niet gesteld dat er geen schade is geleden, daarom vindt de kantonrechter dat er aanspraak is op schadevergoeding. De gedaagde vindt dat de algemene voorwaarden en de prijslijst niet van toepassing zijn want dat is alleen als partij een overeenkomst hebben gesloten. De kantonrechter geeft hem gelijk, maar sluit wel aan bij de algemene voorwaarden, maar wel op grond van een bepaling dat als de schade niet duidelijk is de rechter die mag schatten. De rechter komt op een vergoeding voor de luchtfoto van € 460 tweemaal het standaard tarief voor het niet vermelden van de auteursnaam wordt ook € 460 toegekend., Samen € 920 Vordering tot betaling van btw wordt afgewezen. Dat oordeel is juist want btw is alleen verschuldigd bij een prestatie en dus niet bij een schadevergoeding.

Met betrekking tot de portretfoto's heeft de fotograaf aangevoerd dat hij erfgenaam is van vader en indirect van grootvader, dat hij als erfgenaam de negatieven heeft verkregen en daarom rechthebbende is. De gedaagde zegt dat het niet is komen vast te staan dat de fotograaf de erfgenaam is. De rechter oordeelt dat de fotograaf dat dus moet bewijzen. Met betrekking tot het recht tot naamsvermelding moet hij bovendien bewijzen dat hij het persoonlijkheidsrecht heeft geërfd. De rechter vindt dat de fotograaf in zijn dagvaarding onvoldoende gesteld heeft om hem toe te laten tot het bewijs dat hij erfgenaam is van deze negatieven en de persoons rechten heeft geërfd. De vordering wordt daarvoor afgewezen. Nu de werkelijke kosten. De rechter is van oordeel dat de fotograaf terecht een procedure heeft aangespannen en dat de gedaagde in de proceskosten moet worden veroordeeld omdat de gedaagde niet kapitaalkrchtig is, het was een stichting, en niet het oogmerk had om winst te maken met de publicatie van de boeken, wordt deze veroordeeld tot het betalen van de dagvaardingskosten het griffierecht en € 200 aan salaris gemachtigde, bij elkaar € 420, € 60 minder dan gevorderd.

Conclusie: ja het heeft zin om bij inbreuk opheffing en vergoeding te vragen. Schadevergoeding is altijd lastig. Je moet aannemelijk maken dat je schade hebt. Causaliteit speelt daarbij een rol en je moet de hoogte van de schade aannemelijk maken.

Het op het internet publiceren van algemene voorwaarden, waarin opgenomen dat het dubbele (vermelde!) tarief van toepassing is bij inbreuk en dat het dubbele tarief ook van toepassing is bij het ontbreken van naamsvermelding werkt niet tegen je. De verplichting tot winstafdracht in geval van beroepshalve inbreuk zou ik er zeker in opnemen. Opschrijven dat deze voorwaarden geacht worden aanvaard te zijn op het moment dat iemand inbreuk pleegt helpt. Dat is zeker het geval wanneer teksten of foto's van jouw website gehaald worden. Daarbij geldt wel dat op die website de link naar de algemene voorwaarden heel prominent op de eerste pagina aanwezig is.

Het auteurscontractenrecht heeft het niet over schade maar heeft het over een billijke vergoeding. Bij een billijke vergoeding kan zeker worden aangeknoopt bij een gepubliceerde prijslijst, zeker als hard gemaakt worden dat de tarieven die daar vermeld staan ook in werkelijkheid gerealiseerd worden. Bij kantonrechter heb je geen advocaat nodig. Advocaten zijn duur en procederen is heel duur. Ik begrijp de verleiding om zelf te dagvaarden. In het voorkomende geval zou dat ook denk ik doen, maar lees dan bij rechtspraak.nl eerst wat uitspraken om te zien wat een rechter belangrijk vindt. Let daarbij op signaalteksten zoals: niet gesteld of gebleken is. Bedenk ook dat ingeval van het procederen in een intellectuele eigendomszaak uitgangspunt is dat op grond van artikel 1019h Rv de verliezer de werkelijke kosten van de winnaar betaalt. De hiervoor besproken uitspraak is wel een uitzondering voor de kosten. Bedenk ook dat bij bijna alle rechtszaken er tenminste één verliezende partij is. Meestal dacht die dat hij de zaak wel zou winnen en dat het gepruttel van zijn advocaat dat de zaak misschien niet zo sterk was, alleen maar bedoeld was om de declaratie te verhogen. Ik sluit niet uit dat dat onder omstandigheden het geval kan zijn, maar ik zou ook rekening houden dat de analyse wel eens terecht zou kunnen zijn.

Dank voor de aandacht. Vragen? RobDijkman@dijkmanlaw.nl of 06-53796811

