

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel Recht

Zaaknummer : 200.237.848/01
Zaak-/rolnummer rechtbank : 5892724 CV EXPL 17-2914

Arrest d.d. 22 oktober 2019

in de zaak van:

S
wonende te Zwijndrecht,
appellant, geïntimeerde in het incidenteel appel,
hierna te noemen: **S**

→ advocaat: mr. S.W. van Zijll te Rotterdam,

tegen

1. **R**
wonende te Zwijndrecht,
2. de stichting **STICHTING NATUUR & LANDSCHAP ZWIJNDRECHTSE WAARD**,

gevestigd te Zwijndrecht,
geïntimeerden, appellanten in het incidenteel appel,
hierna te noemen: **R** en de Stichting, en gezamenlijk: de Stichting c.s.,
advocaat: mr. T.E. Deurvorst te Amsterdam.

Het verloop van het geding

Bij exploit van 19 maart 2018 is **S** in hoger beroep gekomen van het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Rotterdam (de kantonrechter, zitting houdende te Dordrecht) van 21 december 2017. Er heeft een comparitie na aanbrengen plaatsgevonden. Bij memorie van grieven (hierna: MvG) heeft **S** zes grieven tegen voormeld vonnis aangevoerd. De Stichting c.s. hebben een 'memorie van antwoord in principaal appel en grief in het incidenteel appel' genomen (MvA/MvG-inc). De grief in het incidenteel appel is door **S** bestreden hij memorie van antwoord in het incidenteel appel (MvA-inc), met de producties 1 en 2. Daarna heeft **S** een akte met de producties 1 t/m 4 (A-HB) genomen, waarop de Stichting c.s. hebben gereageerd met een akte uitlating producties (A-U). Vervolgens is arrest gevraagd.

De beoordeling van het hoger beroep

De feiten

- 1.1 De volgende feiten worden als vaststaand beschouwd.
 - a. **S** een gepensioneerd bankwerker, is natuur-fotograaf. Hij houdt zich bezig met het fotograferen van voornamelijk vogels in de omgeving van Zwijndrecht.

- b. De Stichting houdt zich bezig met het onderhoud van een aantal natuurgebieden rond Zwijndrecht. De Stichting draait volledig op vrijwilligers. Het bezoekers- en informatiecentrum van de Stichting, genaamd 't Weetpunt, is drie dagen per week geopend.
- c. Van de Stichting maakte deel uit de 'Vogelwerkgroep Zwijndrechtse Waard' (hierna: de vogelwerkgroep). [S] was lid van deze werkgroep. Aanvankelijk had de vogelwerkgroep een aparte website, beheerd door mevrouw [], waarop foto's van [S] waren geplaatst, met diens toestemming. In 2016 zijn de website van de Stichting en de website van de vogelwerkgroep samengevoegd, nadat zij in 2013/2014 al bij dezelfde provider waren ondergebracht (o.m. punt 3.9 MvA/MvG-inc). [R], gepensioneerd leraar-basisschool, beheerde de website van de Stichting.
- d. In 2012 heeft [R] een dvd gemaakt waarop onder andere 110/120 foto's van [S] stonden, die afkomstig waren van de website van de vogelwerkgroep. Op de nieuwjaarsreceptie van 2013 zijn 52 kopieën van deze dvd als presentje uitgedeeld aan vrijwilligers van de Stichting. [S] was niet bij deze receptie aanwezig. De dvd is verder gedurende twee jaar afgespeeld in 't Weetpunt.
- e. De speelduur van de dvd is 50 minuten. Het eerste deel van de dvd bevat een gebiedsbeschrijving van de Zwijndrechtse Waard. Het tweede deel betreft o.a. een reportage over de vogels die de Zwijndrechtse Waard bevolken. In dit deel worden de foto's van [S] getoond. Het vogeldeel beslaat 16 minuten. Daarna volgen nog andere onderdelen, waaronder een verhaal van schoolgidsen. Op de dvd-schijfjes heeft [R] met een stift geschreven: "©JR". Op het hoesje staat bij de tekst 'Een (hernieuwde) kennismaking met 't Weetpunt (...) & Zwijndrechtse Waard dec. 2011 / nov. 2012': © JR. Op de inlay staat (o.m.) de volgende tekst:
- 'Veel foto's in deze DVD komen van internet, o.a. van de eigen site van de Vogelwerkgroep (...).
(...).
Niet van alle foto's kon ik het juiste geluid vinden, maar ook dat zal wel in orde kunnen komen.
Een natuurrijk 2013 gewenst voor alle natuur & landschap liefhebbers in de Zwijndrechtse Waard en daarbuiten.
© JR
Ingebrand op DVD-R (...).'*
- Alleen bij één door [S] gemaakte foto die op de dvd is getoond, is zijn naam vermeld, nl. op 28.14 van de looptijd. [S] heeft geen toestemming gegeven voor het gebruik van zijn foto's op de dvd. Hem is ook niet om toestemming daarvoor gevraagd.
- f. In september 2014 heeft [S] [R] aangesproken wegens schending van auteursrecht.
2. De vordering van [S] en het vonnis van de kantonrechter
- 2.1 In de eerste aanleg heeft [S] gevorderd:

- een verklaring voor recht dat de Stichting c.s. het auteursrecht hebben geschonden;
- en hoofdelijke veroordeling van de Stichting c.s. om:
- de 52 uitgedeelde dvd's aan hem te overhandigen, op straffe van verbeurte van een dwangsom;
 - aan **S** te betalen het bedrag van € 12.000,- (€ 100,- per gebruikte foto, voor 120 foto's), met een opslag van 25 % wegens het aanbrengen van het eigen copyrightteken door **R** en de vermenigvuldiging en verspreiding van de foto's, en met de gemaakte proceskosten, waaronder de rechtsbijstandskosten, een en ander met wettelijke rente.

- 2.2. De kantonrechter heeft de vorderingen van **S** afgewezen op de gronden dat:
- (i) het via een hyperlink naar de vogelwerkgroep-website tonen van de foto's op de website van de Stichting, die daarop met toestemming waren geplaatst, geen openbaarmaking oplevert;
 - (ii) het vertonen van de foto's in het bezoekerscentrum en het verveelvoudigen daarvan op de dvd's wel auteursrechtinbreuk vormt, maar dat niet aannemelijk is dat de Stichting of degenen aan wie de dvd is verstrekt, voor de foto's zouden hebben betaald als zij deze niet op onrechtmatige wijze zouden hebben verkregen, zodat de vordering tot schadevergoeding niet toewijsbaar is;
 - (iii) **S** niet heeft weersproken dat de Stichting de vrijwilligers heeft gevraagd de dvd te retourneren maar dat sommigen daartoe niet bereid bleken, zodat het niet in de macht van de Stichting c.s. ligt om alle dvd's terug te geven en de daartoe strekkende vordering dus eveneens moeten worden afgewezen.
- Hierna zal worden gesproken over de Overwegingen (i), (ii) en (iii).

3. *Het hoger beroep; algemeen*

- 3.1 De grieven van **S** in het principaal appel houden, enigszins verkort weergegeven, in dat de kantonrechter niet al zijn vorderingen heeft beoordeeld (grievens I, II en VI), dat ten onrechte de schadevordering is afgewezen (grievens III en IV) en dat de Stichting de dvd's niet heeft teruggevraagd (grief V). In hoger beroep heeft **S** zijn vorderingen op onderdelen gewijzigd, in die zin dat zij thans strekken tot:
- A. een verklaring voor recht dat de Stichting c.s. inbreuk hebben gemaakt op het auteursrecht van **S**;
 - B. een verklaring voor recht dat de Stichting c.s. inbreuk hebben gemaakt op de persoonlijkheidsrechten van **S** door het niet juist verwijzen naar de auteur van het werk, en in plaats daarvan '©JR' te plaatsen;
 - C. een verbod aan de Stichting c.s. om de 120 foto's die gebruikt zijn in de dvd te publiceren en te verspreiden, op straffe van verbeurte van een dwangsom;
 - D. hoofdelijke veroordeling van de Stichting c.s. om alle uitgedeelde (52) dan wel in omloop zijnde/bestaande dvd's te overhandigen, op straffe van verbeurte van een dwangsom;
 - E. hoofdelijke veroordeling van de Stichting c.s. tot betaling van een schadevergoeding van € 12.000,-, met een opslag van 25% voor het niet vermelden van **S** als auteur, en in plaats daarvan de eigen copyright '©JR' te vermelden als gevolg waarvan **S** minder exploitatiemogelijkheden heeft gekregen, en met wettelijke rente,

F. hoofdelijke veroordeling van de Stichting c.s. in de volledige proceskosten ex artikel 1019h Rv, met wettelijke rente en nakosten.
Het hof zal deze vorderingen van **S** in hoger beroep beoordelen. Zijn grieven I, II en VI hoeven daarom niet meer afzonderlijk te worden onderzocht.

3.2 **S** heeft niet (voldoende duidelijk) gegriefd tegen de niet-honorering door de kantonrechter in Overweging (i) van zijn stelling dat zijn foto's zonder zijn toestemming op de website van de stichting waren geplaatst. In hoger beroep moet er daarom vanuit worden gegaan dat hierin geen auteursrechtinbreuk is gelegen. In het licht hiervan en gelet op de door **S** bij zijn vorderingen gebezigde formuleringen, moeten zijn vorderingen geacht worden te berusten op de stellingen dat:

- a) de Stichting c.s. auteursrechtinbreuk hebben gepleegd door de foto's op dvd vast te leggen en op dvd's te verveelvoudigen;
- b) de Stichting c.s. auteursrechtinbreuk hebben gepleegd door een dvd met die foto's te vertonen in 't Weetpunt;
- c) de Stichting c.s. de persoonlijkheidsrechten van **S** als auteur hebben geschonden door zijn naam niet op de dvd te vermelden, maar de initialen van **R** met het copyrightteken.

Deze stellingen zullen hierna worden aangeduid als: de stellingen a), b) en c) van **S**.

3.3 De stellingen a) en b) hebben betrekking op achtereenvolgens het reproductierecht (verveelvoudigingsrecht) van artikel 2 van Richtlijn 2001/29/EG van het Europese Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (de Auteursrechtlijn, kortweg ARI) en het recht op mededeling aan het publiek (openbaarmakingsrecht) van artikel 3 van die richtlijn. Stelling c) heeft betrekking op het in artikel 25 van de Auteurswet (Aw) geregelde persoonlijkheidsrecht van de auteur.

3.4 De enige grief van de Stichting c.s. in het incidenteel appel richt zich tegen het oordeel van de rechtbank om **S** niet in hun volledige proceskosten van € 5.210,87 (incl. btw) te veroordelen, maar slechts in de kosten tot een bedrag van € 2.254,23.

*De stellingen a) en b) van **S**: auteursrechtinbreuk*

4.1 Met de kantonrechter is het hof van oordeel dat op de foto's van **S** auteursrecht rust. De Stichting c.s. hebben niet aangevoerd dat die foto's aan andere werken zijn ontleend. Bij waarneming van die – als productie 1 bij inleidende dagvaarding overgelegde en niet 'ontleende' – foto's kan niet anders worden geconcludeerd dan dat zij de keuzevrijheid en persoonlijkheid van de maker weerspiegelen, zie recentelijk nog punt 54 van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) van 12 september 2019 in zaak C-683/17 'Cofemel/ G-Star', zie ook het arrest van het HvJEU van 1 december 2011 in zaak C-145/10 'Painer'.

4.2 Wellicht hebben de Stichting c.s. gelijk met hun stelling, dat de verspreiding van de dvd's onder 52 vrijwilligers niet als een mededeling aan het publiek kan worden gekwalificeerd, doch dit wordt door **S** ook niet aan zijn vorderingen ten grondslag gelegd. Hij heeft zijn vorderingen doen steunen op het maken van 52 kopieën, dat een verveelvoudiging oplevert, en op het vertonen van de dvd in 't

Weetpunt, dat een mededeling aan het publiek vormt aangezien het daarbij in ieder geval wel gaat een onbepaald en vrij groot aantal (potentiële) kijkers.

- 4.3 Het beroep dat de Stichting c.s. hebben gedaan op de onderwijsexceptie van artikel 16 Aw kan niet worden aanvaard. De verveelvoudiging op de 52 uitgedeelde dvd's is in ieder geval niet bedoeld voor 'toelichting bij het onderwijs'. Voor zover zou moeten worden aangenomen dat dit doel wel wordt nagestreefd met de openbaarmaking in 't Weetpunt, geldt dat – zoals hierna onder 5.2 en 5.3 zal worden uiteengezet – niet is voldaan aan twee eisen voor toepassing van artikel 16 Aw, namelijk dat artikel 25 Aw in acht is genomen en dat de naam van de maker op duidelijke wijze is vermeld. Bovendien is het aantal in de dvd opgenomen foto's zo groot dat niet is voldaan aan een derde eis van artikel 16 Aw, dat het overnemen in overeenstemming moet zijn met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is.
- 4.4 Het betoog van de Stichting c.s. in de punten 4.1-4.4 MvA/MvG-inc, dat de informatievrijheid in dit geval voorgaat, faalt omdat daarbij niet is aangegeven via welke onder artikel 5, leden 2 en 3 ARI vallende beperking of restrictie die vrijheid tot gelding zou moeten worden gebracht (zie punt 49 van het arrest van het HvJEU van 29 juli 2019 in zaak C-516/17, 'Spiegel Online/Volker Beck').
- 4.5 De in de Stellingen a) en b) van [] opgevoerde inbreuken zijn door de Stichting c.s. niet op andere dan de hiervoor besproken gronden bestreden. Ook is door geen van hen niet het verweer gevoerd dat niet hij/zij zelf, maar de ander, de inbreukmakende handelingen heeft verricht.
- 4.6 Ieder van de Stichting c.s. heeft, zo volgt uit het voorgaande, auteursrechtinbreuk gepleegd, bestaande in:
- het vastleggen van de foto's op de dvd;
 - het 52 maal verveelvoudigen van die dvd;
 - het openbaar maken van die dvd in 't Weethuis.

Stelling c) van Stolk: persoonlijkheidsrecht

- 5.1 Ook in verband met de thans te beoordelen Stelling c) van S [] maken de Stichting c.s. geen onderscheid tussen de rol van de Stichting en die van R []
- 5.2 Op de dvd is de naam van S [] niet bij de door hem gemaakte foto's vermeld, behalve bij één foto. Op het hoesje en de inlay van de uitgedeelde dvd's en op de schijfjes zelf staat wel het copyright-teken bij de initialen van R [] (JR). Door het copyright-teken te gebruiken hebben de Stichting c.s. te kennen gegeven dat zij zich realiseren, en ten opzichte van de verkrijgers van de dvd benadrukt, dat ook in de onderhavige 'non-profit context' het auteursrecht een rol speelt. Nu S [] desondanks niet is aangeduid als maker van de foto's (op één na), is de suggestie gewekt dat R [] de maker van de foto's is. De stelling van de Stichting c.s., dat '©JR' terecht is vermeld omdat R [] als samensteller van de dvd ingevolge artikel 5 lid 1 Aw ook als maker is aan te merken, kan er niet aan afdoen dat die onjuiste suggestie is gewekt. Om dat te voorkomen hadden de Stichting c.s., overeenkomstig de hoofdregel van artikel 25 lid 1 sub a Aw, moeten aangeven dat S [] de maker van de foto's is. Het op de uitzondering in de slotzinsnede van artikel

25 lid 1 sub a Aw geënte argument van de Stichting c.s., dat het ‘ondoenlijk zou zijn om bij ieder plaatje de naam van S te vermelden’ gaat niet op, reeds omdat het niet nodig is om dat bij ieder plaatje te doen. Er had een tekst kunnen worden opgenomen in de trant van: ‘de navolgende foto’s zijn gemaakt door S of ‘het auteursrecht op de navolgende foto’s berust bij S’.

- 5.3 Het in artikel 25 lid 1 sub a en b Aw neergelegde recht van S op vermelding van zijn, en niet andermans naam, is door de Stichting c.s. dus geschonden.

De vorderingen van S: algemeen

- 6.1 Het door de Stichting c.s. gestelde feit dat S zijn foto’s gedurende 10 jaar (vanaf 2008) vrijelijk en zonder voorbehoud voor eenieder beschikbaar heeft gehouden op achtereenvolgens de vogelwerkgroep-website en de website www.vogelszwijndrecht.nl kan niet de daaraan door hen verbonden gevolgtrekking dragen dat S vorderingen misbruik van recht opleveren. Als gevolg van dat feit kon/kon eenieder vrijelijk kennisnemen van die werken van S, maar dat wil nog niet zeggen dat het anderen ook vrijstaat om die werken mede te delen aan het publiek en/of te verveelvoudigen of S persoonlijkheidsrechten te schenden.

De vorderingen A en B: de verklaringen voor recht

- 7.1 Gezien het onder 4.6 en 5.3 overwogene liggen S vorderingen A en B tot verklaringen voor recht voor toewijzing gereed. Nu S onweersproken heeft gesteld (punt 31 MvG) dat hij ervan wordt beticht met andermans veren te pronken en hij – naar het hof begrijpt: daardoor – weinig tot geen opdrachten meer in Nederland heeft, heeft hij er belang bij dat expliciet in rechte wordt vastgesteld dat op zijn persoonlijkheidsrechten en auteursrecht inbreuk wordt gemaakt, en dat dus niet hij auteursrechten schendt. Het verweer van de Stichting c.s., dat wat de vorderingen A en B betreft aan de ‘voldoende belang’-eis niet is voldaan, wordt dan ook verworpen.

Vordering C: het verbod

- 8.1 Volgens de Stichting c.s. zijn zij al jaren geleden gestopt met ieder gebruik van de foto’s, waarbij R bij brief aan alle vrijwilligers zijn excuses heeft aangeboden, en ontbreekt iedere dreiging dat zij dat alsnog gaan doen. S heeft niet gemotiveerd gesteld dat er nog een dreiging bestaat dat de Stichting c.s. de door hem gemaakte foto’s wederom gaan gebruiken. Bij deze stand van zaken is verbodsvordering C niet toewijsbaar.

Vordering D: afgifte van dvd’s

- 9.1 De klaarblijkelijk op artikel 28 lid 1 Aw gebaseerde vordering D van S tot afgifte van de uitgedeelde dvd’s, is – zoals de Stichting c.s. terecht hebben opgemerkt onder verwijzing naar het belang-vereiste (punt 10.3 MvA/MvG-inc) – jegens de Stichting c.s. alleen toewijsbaar voor zover zij die dvd’s onder zich hebben. Volgens de Stichting c.s. zijn er naar aanleiding van een recall-brief van R van 29 januari 2015 slechts 10 van de 52 uitgedeelde dvd’s teruggekomen (CvA onder 1.14) en zijn deze teruggekomen dvd’s aangeboden aan S, die ze niet heeft aanvaard

(MvA/MvG-inc onder 8.2) S heeft niet betwist, ook niet bij gebrek aan wetenschap, dat niet meer dan 10 dvd's zijn teruggekomen. In zijn A-HB onder 18 heeft S opgemerkt dat aan hem nooit dvd's zijn aangeboden, maar dat hij deze toch geweigerd zou hebben. Onder deze omstandigheden is er, gelet ook op de evenredigheidstoets van lid 8 van artikel 28 Aw, geen grond voor toewijzing van de afgifte-vordering, ook niet voor de 10 teruggekomen dvd's. Voor zover vordering D van S zou strekken tot een bevel aan de stichting c.s. om de dvd's bij de vrijwilligers terug te roepen (*recall*), stuit deze af op artikel 29 lid 1 Aw, inhoudende, zakelijk weergegeven, dat de bevoegdheden van artikel 28 lid 1 Aw (waar het recht op *recall* onder pleegt te worden geschaard) niet kunnen worden uitgeoefend ten opzichte van particulieren die, zoals de vrijwilligers die de dvd's cadeau hebben gekregen, zelf geen auteursrechtinbreuk hebben gepleegd. Een bevel om de dvd's terug te roepen bij die vrijwilligers zou daarnaast niet voldoen aan de evenredigheidseis. S vordering D is, kortom, niet toewijsbaar. Zijn hierop betrekking hebbende grief V gaat niet op.

Vordering E: schadevergoeding

- 10.1 Het onder 4.6 en 5.3 overwogene brengt met zich dat voor vordering E tot schadevergoeding een grondslag bestaat. Het gaat nu nog om de begroting van de schade.
- 10.2 Daarbij wordt het volgende voorop gesteld. De in rov. 4.6 genoemde auteursrechtinbreuken vallen onder het geharmoniseerde auteursrecht van de Europese Unie (EU), zie de artikelen 2 en 3 ARI. Schadevergoeding wegens auteursrechtsschending is geregeld in artikel 13 van Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (de Handhavingsrichtlijn, kortweg HRI) en titel 1 van afdeling 10 van boek 6 BW (de artikelen 6:95 e.v.), in samenhang met artikel 6:162 BW. Artikel 27a Aw voegt hier niets aan toe; daarin wordt uitsluitend de mogelijkheid van schadevergoeding vermeld. Artikel 13 HRI legt een minimumnorm vast en belet de lidstaten niet een ruimere regeling te treffen, zie o.m. het arrest van het HvJEU van 25 januari 2017 in zaak C-367/125 'OTK/SFP', punt 23).
- 10.3 Op grond van artikel 6:162 BW is voor schadevergoeding vereist dat de auteursrechtinbreuk aan de dader kan worden toegerekend. Op grond van Artikel 13 HRI is voor schadevergoeding nodig dat de dader wist of redelijkerwijs had moeten weten dat hij inbreuk pleegde. Omdat eerder sprake zal zijn van toerekenbaarheid dan van weten of redelijkerwijs moeten weten, is de eis van artikel 6:162 BW het meest gunstig voor de rechthebbende, en zal deze ruimere regeling moeten worden toegepast.
- 10.4 Ten betoge dat iedere toerekenbaarheid bij hen ontbreekt hebben de Stichting c.s. in de punten 4.1-4.4 jo. 1.13 conclusie van antwoord (CvA)/punten 2.10-11 MvA/MvG-inc naar voren gebracht dat, gelet op de door S aan [] verleende toestemming om de foto's voor de vogelwerkgroep-website te gebruiken, bij de Stichting c.s. het gerechtvaardigd vertrouwen is ontstaan dat die toestemming gold voor alle handelingen ten behoeve van de stichting, zeker toen [], de schijn wekkend bevoegd te zijn om S te vertegenwoordigen, eind 2013 de foto's naar het domein van de stichting heeft verhuisd en bij mail van 13 november 2013

R [] complimenten heeft gemaakt over de inhoud van de dvd zonder bezwaar te maken over het gebruik van de foto's. Dit verweer faalt. De Stichting c.s. wisten dat S [] de maker van de foto's was en zij hebben S [] niet om toestemming voor het gebruik van de foto's op de dvd gevraagd. In het licht van de door hen gestelde feiten kan bij hen de gedachte zijn opgekomen dat S [] daartegen misschien geen bezwaar zou hebben, maar dat neemt niet weg dat hen er enig verwijt van valt te maken dat zij niet de (geringe) moeite hebben genomen om bij S [] te verifiëren of die gedachte wel juist was. Dat klemt te meer nu zij zich bewust waren van de relevantie van het auteursrecht (vgl. rov. 5.2). De door de Stichting c.s. genoemde feiten uit eind 2013 dateren bovendien van (lang) na de verveelvoudiging van de foto's op de dvd's en de eerste openbaarmaking daarvan in 't Weethuis – die handelingen vonden eind 2012/begin 2013 plaats – en kunnen ook daarom hun niet-toerekenbaarheidsverweer niet dragen. Overigens zijn deze omstandigheden ook voldoende om aan te nemen dat sprake is van weten of redelijkerwijs moeten weten.

- 10.5 S [] is bij de begroting van zijn schadevordering op het bedrag van € 12.000,- uitgegaan van een royalty van € 100,- per foto. Ter onderbouwing hiervan heeft hij aangevoerd dat:
- ten behoeve van kalenders voor de jaren 2011-2014 per jaar 1 of 2 van zijn foto's zijn verkocht voor € 100,- per foto;
 - een kalender-uitgever in Duitsland in 2016 heeft gesproken over een prijs van € 150,- per foto;
 - volgens de tarieven van de Stichting Foto Anoniem voor het vastleggen van foto's op een dvd ter verspreiding het hogere bedrag van € 148,- per foto geldt, en voor de vastlegging van foto's op een dvd ter vertoning het hogere bedrag van € 141,- per foto.
- 10.6 De Stichting c.s. hebben hier in de eerste plaats tegenin gebracht dat zij nooit een vergoeding zouden hebben betaald voor het gebruik de foto's omdat zij daarvoor de middelen niet hadden. De Stichting maakt niet voor niets gebruik van vrijwilligers, en R [] geniet een pensioen van slechts circa € 15.500,- per jaar (punt 7.7 MvA/MvG-inc). Verder is in de visie van de Stichting c.s. niet aannemelijk gemaakt dat S [], die volgens hen geen professioneel fotograaf is, licenties placht te verdienen, en zeker niet voor € 100,- per foto. De Stichting c.s. achten voorts de tarieven van Foto Anoniem hier niet passend en S [] berekening op basis daarvan niet onderbouwd.
- 10.7 In artikel 13 lid 1 HRI is bepaald dat schade kan worden vastgesteld op twee manieren, namelijk:
- a) rekening houdend met alle passende aspecten, zoals de negatieve economische gevolgen, waaronder winstderving, die de benadeelde partij heeft ondervonden, de onrechtmatige winst die de inbreukmaker heeft genoten, en in passende gevallen, andere elementen dan economische factoren, onder meer de morele schade die de rechthebbende door de inbreuk heeft geleden,
- of, als alternatief
- b) in passende gevallen: als een forfaitair bedrag, op basis van elementen zoals tenminste het bedrag aan royalty's of vergoedingen dat verschuldigd was geweest indien de inbreukmaker toestemming had gevraagd voor gebruik van het recht.

In punt 26 van de considerans op de HRI is toegelicht dat het alternatief b) bijvoorbeeld aan de orde kan komen wanneer de feitelijke schade moeilijk te bepalen is. De bedoeling is om ook in zo'n geval een 'schadeloosstelling mogelijk te maken die op objectieve grondslag berust'. Bij dit alternatief kan eveneens vergoeding van de morele schade worden gevorderd, zie het arrest van het HvJEU van 17 mei 2016 in zaak C-99/15 'Liffers'.

- 10.8 De in artikel 13 HRI neergelegde berekeningswijze van de schade bij inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht moet worden beschouwd als de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming. Dit is ook de maatstaf van artikel 6:97 BW. Op dit punt is er dus geen verschil tussen het EU-recht en het nationaal recht. Dat betekent dat het hof de in artikel 13 HRI neergelegde regels kan toepassen als concretisering van de maatstaf van artikel 6:97 BW.
- 10.9 Met hun inbreuken hebben de Stichting c.s. geen winst genoten (en evenmin beoogd). De feitelijke schade van S is moeilijk te bepalen. Onder deze omstandigheden komt de alternatieve berekeningswijze van artikel 13 lid 1 onder b) HRI voor toepassing in aanmerking. Het basiselement voor de berekening van de daarin bedoelde forfaitaire vergoeding is: het bedrag aan royalty's dat verschuldigd was geweest als de inbreukmaker toestemming voor gebruik van het recht zou hebben gevraagd. Het verweer van de Stichting c.s., dat zij nooit een vergoeding zouden hebben betaald, strookt niet met deze objectieve schadebegroting, en kan daarom niet worden aanvaard. De inbreuken waarop S schadevordering rust, zijn gepleegd in een *non profit*-omgeving waarvan ook S deel uitmaakte. S had zijn foto's gratis ter beschikking gesteld aan de website van de tot de Stichting behorende vogelwerkgroep. De Stichting was, ook al had zij enig eigen vermogen (punt 25 MvG), afhankelijk van de inzet van vrijwilligers. S moet dit hebben geweten. Gelet op dit een en ander is aannemelijk dat wanneer de Stichting c.s. toestemming zouden gevraagd voor gebruik op de dvd, S die toestemming zou hebben verleend tegen een vrij lage vergoeding, dat wil zeggen: een vergoeding van veel minder dan € 100,- per foto. Dat S voor een of twee foto's per jaar een vergoeding per foto kon bedingen van € 100,-, of misschien zelfs € 150,-, voor opname in een kalender, wijst niet een andere richting. Daarbij gaat het namelijk niet om een *non profit*-context maar om een commerciële context waarin de uitgever van de kalenders inkomsten ontving waaruit de vergoeding aan S kon worden betaald. De dvd met S's foto's heeft voor de Stichting c.s. echter geen inkomsten gegenereerd. De door S genoemde tarieven van Foto Anoniem wijzen er evenmin op dat in dit geval een vergoeding van € 100,- per foto is geïndiceerd. Het door S genoemde bedrag van € 148,- per foto heeft blijkens de door hem overgelegde tarievenlijst Stichting Foto Anoniem (productie 10 bij MvG) betrekking op consumentenproducten, meer specifiek op het vastleggen op een cd bij een oplage tot 3000. De door de Stichting c.s. gemaakte dvd, die bedoeld was als geschenk voor vrijwilligers, kan echter bezwaarlijk als een consumentenproduct worden beschouwd, gezien ook de geringe oplage van 52 (slechts 1,7% van het bij dit tarief behorende maximaal aantal van 3000). Het door S voorts genoemde tarief van € 141,- heeft blijkens de zojuist genoemde lijst betrekking op professionele producten, meer specifiek op het vastleggen op cd/dvd en het vertonen daarvan in een aantal presentatiepunten tot 10. De door de Stichting c.s. gemaakte dvd is niet een professioneel product, en is alleen vertoont in 1 presentatiepunt (slechts 10 % van bij dit tarief behorende maximaal aantal van 10). Bovendien is overigens

aannemelijk dat de vergoedingen lager zijn als het om een (aanzienlijk) aantal foto's (tegelijk) gaat.

- 10.10 Het zojuist overwogene neemt niet weg dat in de tarieven van Foto Anoniem ook voor dit geval enig objectief aanknopingspunt voor de schadebegroting kan worden gevonden, namelijk door niet, zoals die tarieven doen, aan de verschillende categorieën (tot 3000 exemplaren en tot 10 vertoningspunten) één vast bedrag per foto te koppelen, maar door dat vaste bedrag als maximumbedrag te beschouwen en uitgaande hiervan een bedrag te bepalen dat overeenkomt met het aantal exemplaren/vertoningspunten. Dat levert in dit geval op per foto: 1,7% van € 148 (= € 2,50) voor het 52 keer verveelvoudigen + 10% x € 141,- (= € 14,10) voor het vertonen in 't Weetpunt, in totaal € 16,60. Van de in de Foto Anoniem-tarieven opgenomen vergoeding voor die categorieën maakt bovendien deel uit een vergoeding voor het feit dat de Stichting c.s. de aan **S** voorbehouden handeling hebben verricht om zijn foto's voor het eerst op dvd vast te leggen (zie ook rov. 4.6). Deze handeling weegt – omdat het eerste vastleggen op dvd de basis vormt voor verveelvoudigen op dvd – ongeveer twee keer zo zwaar als de verveelvoudigingshandeling, maar minder zwaar dan het vertonen in 't Weethuis dat zich over langere tijd uitstrekt en op een groot aantal potentiële kijkers is gericht. De voor het eerste vastleggen verschuldigde vergoeding zal door het hof daarom worden gesteld op € 5,40 per foto. Dit alles leidt tot een vergoeding voor de auteursrechtinbreuken van in totaal (€ 16,60 + € 5,40 =) € 22,- per gebruikte foto.
- 10.11 Op de comparitie in de eerste aanleg is namens de Stichting c.s. naar voren gebracht dat op de dvd niet 120, maar 110 foto's van **S** zijn gebruikt (punten 1 en 11 van de spreekantekeningen). Nu **S** in hoger beroep niet op deze gemotiveerde stelling van de Stichting c.s. is ingegaan, heeft deze als niet of onvoldoende weersproken te gelden. Het moet er daarom voor worden gehouden dat het om 110 foto's gaat. De schadevergoeding wegens auteursrechtinbreuk komt daarom uit op het bedrag van (€ 22,- x 110 =) € 2.420,-.
- 10.12 Verder heeft **S** morele schade geleden wegens schending van, kort gezegd, zijn recht op correcte naamsvermelding. In punt 19 MvG heeft **S** nog opgemerkt dat zijn werk tevens verminkt is omdat de kwaliteit van de foto's op de dvd's (door het uitvergroten) dusdanig slecht is dat het schade toebrengt aan zijn reputatie. In hun voornoemde spreekantekeningen (punt 6) hebben de Stichting c.s. weliswaar bevestigd dat de resolutie van de foto's op de dvd zo beperkt is dat deze zich niet leent voor verdere exploitatie, maar zonder nadere toelichting, die ontbreekt, kan niet worden aangenomen dat het kwaliteitsverlies door uitvergroten verminking oplevert, en evenmin dat de reputatie van **S** daardoor zou zijn aangetast, zoals ingevolge HR 29-03-2019 'De Vier Jaargetijden', ECLI:NL:HR:2019:451, rov. 3.5.4, tevens is vereist. **S** beroep op verminking wordt daarom gepasseerd.
- 10.13 **S** heeft de hoogte van de vergoeding voor schending van zijn persoonlijkheidsrechten begroot op 25% van zijn vergoeding wegens auteursrechtinbreuk. De Stichting c.s. hebben dit 'opslag'-percentage niet betwist; zij hebben alleen aangevoerd dat het niet uit de Foto Anoniem-tarieven volgt (punt 7.14 MvA/MvG-inc). In verband met zijn morele rechten zal **S** derhalve een vergoeding worden toegekend van 25% van € 2.420,-, dat is € 605,-.

- 10.14 Vordering E van **S** is toewijsbaar tot (€ 2.420 = € 605,- =) € 3.025,-, met wettelijke rente vanaf 28 november 2016. In zoverre slagen zijn grieven III en IV. Voor het overige zal zijn vordering E worden afgewezen, en falen die grieven.

*Vordering F van **S** en de incidentele grief van de Stichting c.s.: de proceskosten*

- 11.1 Voor zover **S**'s vordering F is gebaseerd op artikel 1019h Rv is zij niet toewijsbaar omdat daarvoor niet een toereikende specificatie is overgelegd. De door **S** als productie 11 bij MvG overgelegde facturen kunnen niet als zodanig worden aangemerkt; daarin zijn de werkzaamheden van zijn advocaat niet gespecificeerd. Bij deze stand van zaken moet het liquidatietarief worden toegepast.
- 11.2 Hoewel de vorderingen van **S** op wezenlijke onderdelen zijn toegewezen, is hij ook deels in het ongelijk gesteld. Het hof ziet daarom aanleiding om de kosten op de voet van artikel 237 lid 1, 2^e volzin, Rv gedeeltelijk te compenseren, in die voege dat niet – zoals in het liquidatietarief tot uitgangspunt wordt genomen – wordt gekeken naar het tarief van het belang van de zaak, maar naar het tarief op basis van het toegewezen bedrag, dat is in dit geval tarief I.
- 11.3 Uit het voorgaande vloeit tevens voort dat de grief van de Stichting c.s. in het incidenteel appel, inhoudende dat **S** in de volledige proceskosten moet worden veroordeeld, niet opgaat.

Slotoverwegingen

- 12.1 De bewijsaanbiedingen van **S** op blz. 7 MvG en van de Stichting c.s. onder 12.1 MvA/MvG-inc worden gepasseerd op de grond dat zij niet zijn gespecificeerd en, voor zover het hier aanbiedingen tot tegenbewijs zou betreffen, op de grond dat de (niet gehonoreerde) betwistingen waar zij betrekking op hebben, onvoldoende zijn onderbouwd. De stellingen die **S** onder 2.9 en 10 MvA-inc/19 A-HB en de Stichting c.s. onder 8.3 en 12.2 MvA/MvG-inc te bewijzen hebben aangeboden, zijn niet ter zake dienend, en worden op die grond gepasseerd.
- 12.2 Het verweer van de Stichting c.s., dat de A-HB van **S** een verkapte memorie is die buiten beschouwing dient te worden gelaten, kan onbesproken blijven omdat de daarin door Stolk betrokken stellingen in dit arrest niet in zijn voordeel zijn gebruikt.

Beslissing

Het gerechtshof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Rotterdam (de kantonrechter, zitting houdende te Dordrecht) van 21 december 2017, en opnieuw rechtdoende:
- verklaart voor recht dat de Stichting c.s. inbreuk hebben gemaakt op het auteursrecht van **S** door diens foto's op dvd's te verveelvoudigen en op dvd in 't Weethuis te vertonen;
- verklaart voor recht dat de Stichting c.s. inbreuk op de persoonlijkheidsrechten van

S hebben gemaakt door het niet juist verwijzen naar hem als auteur van de foto's, en in plaats daarvan '©JR' te plaatsen;

- veroordeelt de Stichting c.s. – hoofdelijk des dat de een betalend de ander zal zijn bevrijd – om aan Stolk te betalen het bedrag van € 3.025,-, met wettelijke rente vanaf 28 november 2016 tot aan de dag der algehele voldoening;
- veroordeelt de Stichting c.s. – hoofdelijk, des dat de een betalend de ander zal zijn bevrijd – in de kosten van de procedure in de eerste aanleg, tot op heden aan de zijde van S begroot op € 164,88 voor exploitkosten, € 223,- voor griffierecht en € 1.248,- voor salaris, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf 14 dagen na de dag van deze uitspraak;
- veroordeelt de Stichting c.s. – hoofdelijk, des dat de een betalend de ander zal zijn bevrijd – in de kosten van de procedure in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van S begroot op € 172,00 voor exploitkosten, € 318,- voor griffierecht en € 2.277,- voor salaris, en op € 157,- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 82,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 82,-, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen;
- verklaart dit arrest ten aanzien van de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.Y. Bonneur, A.D. Kiers-Becking en S.J. Schaafsma; het is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 22 oktober 2019 in aanwezigheid van de griffier.

Voor grosse aan:
te geven van mr. S.W. VAN ZIJLL
Advocaat van mr. [geint]
De Griffier van het Gerechtshof
in Den Haag