

Arrondissementsrechtbank Amsterdam 1 mei 2002,
zaaknummer H 00.1427
(mrs. W.F. Korthals Altes, voorzitter, M.W. van der Veen en N.C.H. Blankevoort)

Vergoeding bij inbreuk op auteursrecht.
(art. 27 a Aw)

Vonnis in de zaak van:

1. Dirk Marinus Binnendijk, wonende te Utrecht
 2. Rogeria Joanna Maria Burgers, wonende te Amsterdam
 3. Anna Hendrika Elisabeth Van Dijk, wonende te Amsterdam
 4. Willem Geert de Haan, wonende te Groningen
 5. Leonardus Ignatius Maria Siepe, wonende te Groningen
 6. Michel Simons, wonende te Utrecht
 7. Marijke Gerdine Verduyn, wonende te Amsterdam,
- eisers, procureur eerst mr. S. Sikkink, thans mr. S.G. van der Galiën

tegen:

de stichting Nederlandse Programma Stichting, gevestigd te Hilversum, gedaagde, procureur mr. R.S. Le Poole.

Eisers worden afzonderlijk Binnendijk, Burgers, Van Dijk, De Haan, Siepe, Simons en Verduyn genoemd en gezamenlijk de Freelancers; gedaagde wordt de NPS genoemd.

Verloop van de procedure

De rechtbank is uitgegaan van de volgende processtukken en/of proceshandelingen:
dagvaarding van 22 mei 2000,
conclusie van eis, met bewijsstukken,
conclusie van antwoord, met bewijsstukken,
conclusie van repliek, met bewijsstukken,
conclusie van dupliek, met bewijsstukken,
akte uitlating producties,
pleidooi dat gehouden is op 18 maart 2002, het daarvan opge-
maakte proces-verbaal en pleitnotities van de raadslieden van de
Freelancers en de NPS,
verzoek vonnis wijzen.

Gronden van de beslissing

De feiten

1. Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet (vol-
doende) betwist, alsmede op grond van de in zoverre niet bestre-
den inhoud van overgelegde bewijsstukken, staat het volgende
vast.
 - a. In de periode van 1986 tot 1999 hebben de Freelancers, ieder
voor zich op verschillende tijdstippen en per persoon verschillen-
de malen, in opdracht van de NPS werkzaamheden voor de op
Radio 5 uitgezonden NPS-programmaserie *Een Leven Lang* verricht.
 - b. De afspraken met betrekking tot deze werkzaamheden werden
telkens vastgelegd in een door de NPS gehanteerd formulier, het
zogenaamde omroep-uitnodigingsformulier (hierna ook wel: het
formulier). Op de overeenkomsten zijn de op de achterzijde van
het formulier weergegeven Algemene Bepalingen (hierna: de AV)
van toepassing.
 - c. De AV bevatten, voor zover van belang, de volgende bepalingen:

VII. Uitzendingen en ander gebruik

1. Uw aanvaarding van onze uitnodiging houdt in dat wij uw
prestatie tegen het aan ommezijde vermelde honorarium
behoudens nader vermelde vergoedingen kunnen gebruiken
zonder daartoe verplicht te zijn – in dier voege dat wij deze
prestatie kunnen uitzenden, opnemen, doen opnemen, bij
herhaling uitzenden en dat wij aan andere – ook buitenlandse
– (omroep)organisaties het recht kunnen verlenen tot rechtst-
reeks of door middel van opnamen uitzenden van deze pre-
statie, alsmede eventueel tot het vervaardigen van opnamen
hiervan ter dienste van het uitzenden. Wij hebben het recht
uw prestatie te vertalen en/of te transcriberen door bijvoor-
beeld het aanbrenge van ondertiteling of het synchroniseren
van uw prestatie.
2. Onder één uitzending in Nederland wordt verstaan: gelijk-
tijdige verspreiding over een of meer geluid- en/of beeldzender-
s, en/of per draad en/of per kabel en/of per satelliet, alsmede
verspreiding in een of meer der gerichte programma's van
de Wereldomroep.
3. [...]
4. Uw aanvaarding van onze uitnodiging houdt tevens in dat
wij uw prestatie al dan niet in vertaling, voor andere doelein-
den (d.w.z. programma-annexe doeleinden zoals uitgave van
boeken/platen/cassettes/compact discs e.d.) dan de hierboven
genoemde omroepdoeleinden kunnen gebruiken of doen
gebruiken. Hiertoe kunnen wij uw prestatie verveelvoudigen
en openbaar maken. Voor dit gebruik zal in goed overleg tus-
sen u en ons redelijke vergoedingen worden vastgesteld, voor-
zover er geen terzake door de omroep vastgestelde vergoe-
dingsregeling bestaat. [...]

d. De NPS biedt de mogelijkheid radioprogramma's via haar web-
site op internet te beluisteren. Dit kan geschieden door *live real
audio streaming* of *simulcasting*, waarbij het programma tegelijkert-
tijd met de radio-uitzending kan worden beluisterd, dan wel *on
demand*, waarbij men het programma op elk gewenst moment kan
opvragen. Het aantal gebruikers dat een programma tegelijkertijd
via internet kan beluisteren, is beperkt.

e. In de periode van 6 februari 1998 tot en met 14 juni 1999 heeft
de NPS een aantal van de mede door een of meer van de Freelanc-
ers in haar opdracht vervaardigde programma's op deze wijze via
internet aangeboden, zowel *on demand* als ten aanzien van de
meeste van die programma's ook bij wijze van *live real audio
streaming*.

f. In de loop van 1998 heeft de NPS aan het formulier de volgende
zin toegevoegd:

'Aan de NPS wordt naast de overige in deze overeenkomst genoem-
de rechten het recht verleend om de opname(n) van uw prestaties
onbeperkt uit te (doen) zenden via digitale netwerken, waaronder
begrepen via Internet.'

g. Bij brief van 11 december 1998 hebben de Freelancers de NPS
naar aanleiding hiervan laten weten dat zij niet instemmen met
openbaarmaking via internet van hun in opdracht van de NPS ver-
vaardigde werken zonder dat daartegenover een vergoeding staat.
Vervolgens hebben de Freelancers met de NPS over een mogelijke
vergoeding overleg gevoerd. Dit overleg heeft geen resultaat opge-
leverd. Daarnaast is over vergoedingen in het algemeen onderhan-
deld door de Nederlandse Vereniging van Journalisten (hierna:
NVJ) en het Honorarium College (hierna: HOCO), het orgaan dat
binnen het publieke omroepbestel bevoegd is over auteursrechten
en dergelijke te onderhandelen. Ook die onderhandelingen heb-
ben met betrekking tot eventuele vergoedingen voor freelance
medewerkers voor het gebruik van hun bijdragen op internet niet
tot resultaat geleid.

De vordering van de Freelancers

2.1 De Freelancers vorderen:

- (1) verklaring voor recht dat de NPS inbreuk op hun auteursrecht heeft gemaakt door hun bijdragen via haar internetsites openbaar te maken en te verveelvoudigen;
- (2) verklaring voor recht dat de NPS is gehouden de door hen daardoor individueel geleden schade te vergoeden;
- (3) verklaring voor recht dat bij de berekening van deze schadevergoeding moet worden uitgegaan van de herhalingsvergoeding uit de Honorariumregeling inzake herhalingsrecht radio en televisie (hierna: de herhalingsregeling), zijnde 20% van het oorspronkelijk ontvangen honorarium exclusief ontvangen onkostenvergoedingen, met een minimum van f 150,- per herhaling, te vermeerderen met rente en kosten;
- (4) veroordeling van de NPS tot vergoeding van schade aan ieder van hen, berekend aan de hand van deze verklaring voor recht en te betalen binnen vijf werkdagen na betekening van het te wijzen vonnis, te vermeerderen met de wettelijke rente over de vergoeding vanaf 22 mei 2000 tot aan de algehele voldoening;
- (5) een bevel aan de NPS op hun verzoek binnen vijf werkdagen na ontvangst daarvan opgave te doen van de werken van hen die de NPS op haar internetsites openbaar heeft gemaakt, inclusief alle daarbij in redelijkheid door hen gevraagde informatie, zoals de periode gedurende welke hun werken op internet openbaar waren;
- (6) een verbod met onmiddellijke ingang aan de NPS zonder toestemming van de rechthebbende een werk van de desbetreffende Freelancer op haar internetsites openbaar te maken en/of te verveelvoudigen;
- (7) verklaring voor recht dat het redelijk is als uitgangspunt voor een vergoeding voor toekomstig hergebruik op internet van werken van freelance medewerkers met toestemming van de auteursrechthebbende uit te gaan van de herhalingsregeling, zijnde 20% van het oorspronkelijk ontvangen honorarium exclusief eventuele ontvangen onkostenvergoedingen, met een minimum van f 150,- per herhaling, althans een door de rechtbank in goede justitie vast te stellen percentage;
- (8) veroordeling van de NPS tot betaling aan hen van een dwangsom van f 10.000,- voor iedere dag of gedeelte daarvan dat de NPS in gebreke blijft aan enige van de hiervoor onder (5) en (6) genoemde bevelen te voldoen, dan wel voor iedere overtreding van de daarin bedoelde verboden;

alles met veroordeling van de NPS in de kosten van het geding en voor zover mogelijk met uitvoerbaar verklaring bij voorraad van het vonnis.

2.2 De Freelancers leggen aan hun eis ten grondslag dat zij bij het aangaan van hun overeenkomst tot het verlenen van een bijdrage aan de programmaserie *Een Leven Lang* aan de NPS geen toestemming hebben gegeven hun werken, behalve via de radio, ook via haar internetsite openbaar te maken. Deze toestemming valt naar hun mening niet af te leiden uit de tekst van het telkens voor een dergelijke bijdrage opgestelde en ondertekende formulier, inclusief de AV, en zij hebben haar ook anderszins niet verleend. Dat de NPS eveneens daarvan uitging, volgt naar hun mening uit de omstandigheid dat zij pas in de loop van 1998 de hiervoor onder 1.f weergegeven zin aan het formulier heeft toegevoegd. De Freelancers merken hierbij op dat zij het formulier vaak pas na het leveren van de betreffende bijdrage ontvingen en dat de NPS veelal geen prijs stelde op het ondertekend terugsturen van het bijgevoegde duplicaat. Het formulier diende dan ook in de praktijk als een bevestiging van reeds verrichte werkzaamheden.

Voor zover de Freelancers bekend, heeft de NPS in ieder geval 15 van door hen geleverde bijdragen via haar internetsite openbaar gemaakt.

2.3 De Freelancers zijn van mening dat de NPS voor het zonder hun toestemming gebruiken van hun werken door openbaarmaking via internet schadevergoeding dient te betalen. De schade bestaat in het gemis van een redelijke vergoeding en het verlies van exclusiviteit. Als richtlijn voor de schadevergoeding dient volgens de Freelancers de herhalingsregeling te worden gehanteerd. Het HOCO heeft deze opgesteld. De Nederlandse Omroep Stichting, mede handelend in naam van de instellingen die zendtijd voor landelijke omroep hebben verkregen, en de Stichting Radio Nederland Wereldomroep hebben haar geratificeerd. Op grond van artikel 8 van de herhalingsregeling is de daarin opgenomen betalingsregeling van toepassing op alle prestaties van freelance omroepmedewerkers die sinds 1 mei 1991 zijn overeengekomen. De vergoeding bedraagt op grond van artikel 6 lid 1 van de herhalingsregeling voor herhaling van een radiobijdrage 20% van het oorspronkelijk ontvangen honorarium exclusief eventueel ontvangen onkostenvergoedingen, met een minimum van f 150,- per herhaling.

De Freelancers kunnen niet instemmen met de door de NPS voorgestelde vergoedingsregelingen en evenmin met de criteria die daarbij volgens haar moeten worden gehanteerd.

Het verweer van de NPS

3.1 De NPS bestrijdt de vorderingen. Zij betwist in het bijzonder dat zij niet zou zijn gerechtigd de bijdragen van Freelancers via internet openbaar te maken. Zij is van mening dat artikel VII van de AV de toestemming daartoe inhoudt, zowel, primair, lid 1 in samenhang met lid 2 als, subsidiair, lid 4 van deze bepaling. Wat lid 1 betreft, valt het openbaar maken via internet volgens haar onder de zinsnede gebruiken [...] in dier voege dat wij deze prestatie kunnen uitzenden, opnemen, doen opnemen, bij herhaling uitzenden. Ook de Mediawet en de Freelancers zelf spreken volgens de NPS over openbaarmaking via internet als uitzenden. Dit past in de uitleg die aan de betreffende bepaling moet worden gegeven, in het bijzonder gelet op de plaats die openbaarmaking via internet reeds innam in de periode waarin de Freelancers de aan de orde zijnde bijdragen aan *Een Leven Lang* leverden.

Deze gevolgtrekkingen gelden volgens de NPS in ieder geval ten aanzien van live real audio streaming, dat, gelet op de gelijktijdigheid met de radio-uitzending, als een vorm van uitzenden in de zin van artikel VII lid 2 moet worden beschouwd. De NPS wijst in dit verband voorts op artikel 12 lid 6 van de Auteurswet. Volgens deze bepaling wordt de gelijktijdige uitzending van een in een radioprogramma opgenomen werk door het organisme dat dat programma ook oorspronkelijk uitzendt, niet als een afzonderlijke openbaarmaking gezien. Bij deze vorm van openbaarmaking is de NPS geen vergoeding verschuldigd.

3.2 De NPS voert voorts aan dat in lid 4 van artikel VII staat dat de bijdragen kunnen worden gebruikt voor andere doeleinden, dat wil zeggen programma-annexe doeleinden zoals uitgave van boeken / platen / cassettes / compact discs e.d. Daaronder valt volgens haar ook internetgebruik, net als DVD en video. Hoewel de term programma-annexe doeleinden niet in enige regeling staat gedefinieerd, kan zij worden gezien als onderdeel van het in de Mediawet gehanteerde begrip nevenactiviteiten. Onder dat begrip worden mede verstaan internetactiviteiten. Dat blijkt onder meer uit de Richtlijn Neven- en Verenigingsactiviteiten Publieke Omroep van 1999 (hierna: RLNV). Verder wordt openbaarmaking via internet sinds een op 1 september 2000 in werking getreden wijziging van de Mediawet (in het bijzonder artikel 13c lid 3 in samenhang met artikel 55b) als een taak van de omroep beschouwd.

3.3 De NPS voert aan dat zij heeft getracht met de Freelancers tot overeenstemming te komen over de redelijke vergoeding die zij, gelet op de derde zin van artikel VII lid 4, voor het gebruik van hun bijdragen voor programma-annexe doeleinden is verschuldigd. Zij heeft zich bereid getoond een dergelijke vergoeding vast te stellen en daarbij onder meer voorgesteld deze aan de winstge-

vendheid van het internetgebruik te koppelen. Verder moet acht worden geslagen op: de aard van het medium, de omvang van het werkelijke publiek, de omvang van het potentiële publiek, de omvang van het programma, de marktconformiteit en het non-commerciële karakter van internetgebruik. De vergoeding zou volgens haar ook kunnen worden vastgesteld in overeenstemming met de uitspraak van deze rechtbank van 22 december 1999 inzake Heg c.s. tegen de Volkskrant. Zij zou dan op 1 à 2% van het honorarium uitkomen.

De herhalingsregeling is volgens de NPS geen goede basis voor het bepalen van de hoogte van de vergoeding, zowel omdat zij aan die regeling niet is gebonden als omdat dan de fundamentele verschillen tussen openbaarmaking via radio en televisie enerzijds en openbaarmaking via internet anderzijds zouden worden miskend.

3.4 Wat de specifieke vorderingen betreft, voert de NPS nog aan dat de hiervoor in 2.1 sub 6 geformuleerde vordering te verstrekkend is. Niet alleen ziet zij op alle werken die de Freelancers in opdracht van de NPS hebben gemaakt, maar toewijzing daarvan zou ook een ontoelaatbare beperking van haar uitingvrijheid betekenen. Een dergelijke beperking kan niet met een beroep op het auteursrecht worden gerechtvaardigd. Ook de in 2.1 sub 7 vervatte vordering kan volgens de NPS niet worden toegewezen. Ten eerste strijdt zij met het standpunt van de Freelancers dat het gebruik van hun bijdragen op internet niet valt onder het begrip uitzenden, zoals gedefinieerd in artikel VII lid 2 van de AV. Ten tweede strekt zij verder dan het onderhavige geschil. Aldus de NPS.

De beoordeling

4.1 Partijen zijn het erover eens dat de bijdragen van de Freelancers aan het programma *Een Leven Lang* als werken in de zin van de Auteurswet moeten worden aangemerkt. Voorts staat vast dat de Freelancers hun auteursrecht op hun werken niet aan de NPS hebben overgedragen. Mede gelet op de bescherming die de Auteurswet aan de auteur biedt, dient elke beperking van het auteursrecht, ook als deze is overeengekomen, restrictief te worden uitgelegd. Daarnaast komt het, nu partijen over de inhoud van hun overeenkomst van mening verschillen en de letterlijke tekst daarvan geen - volledig - uitsluitsel biedt, aan op de zin die zij bij het aangaan daarvan in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de overeengekomen bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

4.2 De eerste vraag die in dit licht gezien moet worden beantwoord, is of het gebruik door de NPS van de werken van de Freelancers voor internet onder artikel VII lid 1 van de AV valt. Niet gebleken is dat in de periode waarin partijen de onderhavige overeenkomsten aangingen, het openbaar maken van werken via internet in het algemeen op dezelfde voet werd behandeld als het openbaar maken van werken via radio of televisie, het 'klassieke' uitzenden. Ook de definitie van het begrip uitzenden in artikel VII lid 2 bevat termen die bij het klassieke uitzenden horen. Het gebruik van begrippen als kabel en satelliet doet daaraan niet af, omdat het in deze context gaat om technische hulpmiddelen die in de loop van de jaren zijn ontwikkeld om het bereik en de ontvangst van via de ether uitgezonden programma's voor het algemene publiek te verbeteren.

De NPS doet nog een beroep op de omstandigheid dat haar internetsite voor iedereen toegankelijk is en dat het openbaar maken van werken langs die weg met uitzenden gelijk moet worden gesteld. De rechtbank overweegt ten aanzien hiervan dat de internetsite van de NPS in beginsel weliswaar voor iedereen toegankelijk is, maar dat slechts een beperkt aantal gebruikers tegelijkertijd van daarop openbaar gemaakte werken als die van de Freelancers kennis kan nemen. In dat opzicht verschilt deze vorm van openbaarmaking wezenlijk van het - klassieke - uitzenden. Daarbij maakt het niet uit of van ether, kabel en/of satelliet

gebruik wordt gemaakt. Het hier overwogene geldt ongeacht of van simulcasting of van on demand sprake is. Bij deze laatste toepassing moet bovendien nog in aanmerking worden genomen dat de openbaarmaking niet gelijktijdig met de radio-uitzending plaatsheeft.

Ten slotte acht de rechtbank van belang dat de NPS vanaf medio 1998 de hiervoor onder 1.f weergegeven zin in het formulier heeft opgenomen. De NPS voert weliswaar aan dat zij daartoe uitsluitend is overgegaan ter voorkoming van misverstanden en ter verduidelijking van de bepalingen in de AV. Mede gelet op het verweer van de Freelancers acht de rechtbank dit echter niet aannemelijk. Dit geldt temeer waar de betreffende zin over rechten 'naast de overige in deze overeenkomst genoemde rechten' wordt gesproken. De rechtbank leidt daaruit af dat het om niet reeds in de overeenkomst (inclusief de AV) opgenomen bevoegdheden van de NPS gaat.

De rechtbank zal het verweer van de NPS dat het gebruik van de werken van de Freelancers op haar internetsite onder artikel VII lid 1 van de AV valt, dan ook verwerpen.

4.3 Hetzelfde lot treft het verweer van de NPS dat zij deze bevoegdheid aan artikel VII lid 4 van de AV kan ontleen. Onder toepassing van de hiervoor onder 4.1 geformuleerde criteria valt naar het oordeel van de rechtbank niet vol te houden dat het openbaar maken via internet van werken als die van de Freelancers deel uitmaakt van de in artikel VII lid 4 genoemde andere doeleinden, de programma-annexe doeleinden. Weliswaar zou internetgebruik op zichzelf een programma-annex doel kunnen zijn, de toevoeging 'zoals uitgave van boeken / platen / cassette / compact discs' laat echter zien dat hiermee een bepaalde categorie informatiedragers is bedoeld. DVD's en videobanden vallen wel daaronder, maar, gelet op het eigen karakter van dit medium, niet het gebruik voor internet.

De rechtbank verwerpt voorts de stelling van de NPS dat bij de begrippen uit de Mediawet en de toelichting daarop moet worden aangehaakt. Daargelaten dat de betreffende aanpassingen van de Mediawet na het ontstaan van het onderhavige geschil hun beslag hebben gevonden, is gesteld noch gebleken dat partijen bij het aangaan van en het formuleren van de bepalingen in hun overeenkomsten aansluiting bij de terminologie van de Mediawet en aanverwante wetten hebben gezocht.

Ook het verweer van de NPS dat zij op grond van artikel VII lid 4 van de AV bevoegd was de werken van de Freelancers voor haar internetsite te gebruiken, gaat dus niet op. Dit betekent dat de NPS, door die toch op internet te zetten, inbreuk op het auteursrecht van de betrokken Freelancers heeft gemaakt en als uitvloeisel daarvan schadelijk is. De hiervoor onder 2.1 sub (1) en (2) weergegeven vorderingen zullen dan ook als hierna geformuleerd worden toegewezen.

5.1 De Freelancers vorderen vervolgens verklaring voor recht dat de schade overeenkomstig de herhalingsregeling moet worden berekend. Afgezien van de niet bestreden stelling van de NPS dat zij niet aan deze, door haar uitsluitend als richtsnoer gehanteerde regeling is gebonden, gaan de Freelancers eraan voorbij dat de vergoeding in de herhalingsregeling, gelet op het bepaalde in artikel 2, in beginsel op een heruitzending via hetzelfde medium als de oorspronkelijke uitzending is gebaseerd. Dit strijdt met de hiervoor weergegeven - ook door de Freelancers zelf onderschreven - overweging dat openbaarmaking via internet wezenlijk anders is dan uitzending via de radio.

Het standpunt van de Freelancers doet ook geen recht aan de criteria die volgens de rechtbank (en ten dele volgens partijen) bij het vaststellen van een vergoeding moeten worden gehanteerd:

1. het aantal personen dat feitelijk van de betreffende werken kennis neemt of heeft genomen;
2. de periode gedurende welke via het betreffende medium van de werken kennis kan (kon) worden genomen;
3. de omvang van het programma;
4. de marktconformiteit.

5.2 Partijen hebben daarnaast nog andere criteria genoemd: het potentieel publiek en de winstgevendheid of het commerciële karakter.

Het potentieel publiek kan in een geval als het onderhavige niet als zelfstandig criterium gelden. Er bestaat immers een onevenredige discrepantie tussen de omvang van het, wereldwijd verspreide, publiek dat via internet van een werk kan kennis nemen en de omvang van het publiek dat dat mogelijk zal doen. Dit heeft niet alleen te maken met het beperkte (Nederlandse) taalgebied, maar ook met de aard van de betreffende programma's. In dit verband moet eveneens in aanmerking worden genomen dat de NPS deze programma's heeft uitgezonden, respectievelijk uitzendt via Radio 5 (thans 747 AM), een in vergelijking met andere radiozenders doorgaans door een beperkt publiek beluisterde zender. Als de factor potential audience toch een rol zou moeten spelen, zou deze dan ook eerder dienen te worden gerelateerd aan de omvang van het publiek dat in het algemeen de betreffende radio-uitzendingen beluistert.

De al-of-niet-winstgevendheid kan evenmin een rol spelen. Als de NPS internet als medium gebruikt zonder winsttoegmerk, kan zij dat niet zonder meer tegenwerpen aan personen of instellingen die, zoals de Freelancers, voor haar op geld waardeerbare prestaties leveren. De rechtbank gaat bovendien ervan uit dat de NPS zich mede op internet manifesteert om haar andere diensten en producten beter op de markt te kunnen brengen.

Alle bovengenoemde factoren tegen elkaar afwegend is de rechtbank van oordeel dat een vergoeding van omstreeks 2% van het voor medewerking aan de radio-uitzending betaalde honorarium redelijk zou zijn.

5.3 Uit een en ander volgt dat de herhalingsregeling niet als criterium voor de vast te stellen vergoeding kan gelden. De rechtbank zal de vordering tot het afgeven van de betreffende verklaring voor recht dan ook afwijzen. De Freelancers vorderen vervolgens vergoeding van hun schade, te berekenen aan de hand van deze verklaring voor recht. Deze vordering kan evenmin worden toegewezen, omdat de Freelancers uitsluitend de herhalingsregeling als basis voor berekening van de vergoeding voorstellen. De rechtbank gaat ervan uit dat partijen aan de hand van de hiervoor genoemde criteria in staat zijn in onderling overleg tot het vaststellen van een vergoeding te komen.

6.1 Met betrekking tot de gevorderde opgave door de NPS van op haar internetsite openbaar gemaakte werken van de Freelancers overweegt de rechtbank dat de NPS bij antwoord, onder 9, een overzicht van de betreffende werken heeft verstrekt. De Freelancers stellen dat zij niet kunnen nagaan of deze lijst klopt en noemen in ieder geval één ontbrekend onderdeel. Aangezien de NPS daarop niet nader ingaat, gaat de rechtbank ervan uit dat het betreffende onderdeel alsnog aan de lijst moet worden toegevoegd. Gelet op het hiervoor overwogene zullen de Freelancers naast de reeds verstrekte informatie andere gegevens nodig hebben voor de berekening van hun vergoeding. De rechtbank zal de hiervoor onder 2.1 sub (5) geformuleerde vordering dan ook toewijzen. Zij acht echter geen reden aanwezig de gevraagde dwangsom toe te kennen, aangezien niet is gebleken dat de NPS niet aan redelijke verzoeken tot het verstrekken van informatie voldoet.

6.2 De rechtbank zal de onder 2.1 sub (6) geformuleerde vordering – en daarmee ook de daaraan gekoppelde vordering tot betaling van een dwangsom – afwijzen. Terecht merkt de NPS op dat daarvoor niet alleen de werken vallen waarom het in de onderhavige procedure gaat, maar alle werken van de Freelancers. Dat betreft dus ook de werken tot openbaarmaking waarvan de NPS uit anderen hoofde gerechtigd is of zou kunnen worden.

6.3 De onder 2.1 sub (7) weergegeven vordering is evenmin voor toewijzing vatbaar, alleen al omdat de rechtsgrond ontbreekt voor vaststelling door de rechtbank van een redelijk vergoedingspercentage voor hergebruik op internet met toestemming van de

auteursrechtgebende. Het behoort tot het domein van de contractsvrijheid van partijen te bepalen of en, zo ja, tot welk bedrag, een vergoeding voor dit hergebruik is verschuldigd.

7. In de omstandigheid dat beide partijen in ongeveer gelijke mate in het ongelijk zijn gesteld, ziet de rechtbank aanleiding te bepalen dat ieder van hen de eigen kosten dient te dragen.

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart voor recht dat de NPS inbreuk op het auteursrecht van de Freelancers heeft gemaakt door zonder hun toestemming door hen geleverde bijdragen aan het programma *Een Leven Lang* op haar internetsite openbaar te maken en te verveelvoudigen;
- verklaart voor recht dat de NPS is gehouden de door de Freelancers als gevolg daarvan individueel geleden schade te vergoeden;
- gebiedt de NPS de Freelancers op hun verzoek binnen vijf werkdagen, nadat een dergelijk verzoek haar heeft bereikt, opgave te doen van de werken van de Freelancers die zij op haar internetsite heeft openbaar gemaakt, alsmede van alle door de Freelancers ten aanzien daarvan in redelijkheid gevraagde informatie, waaronder die met betrekking tot de periode waarin de betreffende werken op die internetsite openbaar waren, en verklaart het vonnis wat dit onderdeel betreft uitvoerbaar bij voorraad;
- bepaalt dat ieder van partijen de eigen proceskosten dient te dragen;
- wijst het meer of anders gevorderde af.

Noot

T.E. Deurvorst

De uitkomst van een procedure over schadevergoeding bij aantasting van intellectuele eigendom blijft een verrassing tot het laatste moment. Als een *deus ex machina* komt de door de rechtbank gegeven aanzet voor een schadeberekeningsformule uit de lucht vallen, te weten 'omstreeks 2% van het voor medewerking aan de radio-uitzending betaalde honorarium'. Weliswaar geeft de rechtbank daarbij een aantal factoren aan die bij de berekening een rol hebben, maar de waardering daarvan wordt geheel in het midden gelaten.

Dat verrassingselement is ook in eerdere rechtspraak te onderkennen. Zo vormde de uiteindelijk toegewezen schadevergoeding een fractie van het door deskundigen becijferde bedrag in twee (grotendeels) door de Hoge Raad gesanctioneerde arresten. Zie HR 15 november 1996, NJ 1998, 314 m.nt. Grosheide inzake Hertzano/Simon en HR 26 juni 1998, *Mediaforum* 1998-7/8, p. 230 m.nt. Deurvorst inzake Exota.

Gezien de grote rechtsonzekerheid op dit terrein blijven de freelancers – van wie een groot uithoudings- en doorzettingsvermogen wordt gevergd vanwege de eindeloze discussies waartoe dit onderwerp zich leent – zitten met een uiterst geringe vergoeding. Bovendien blijft een groot deel van de proceskosten onvergoed vanwege het feit dat de freelancers niet geheel in het gelijk worden gesteld: slechts een fractie van het gevorderde wordt toegewezen. Buitengerechtelijke kosten zijn vreemd genoeg niet gevorderd. De kosten overtreffen de baten dus ruimschoots.

In de onderhavige zaak was onder meer de vraag aan de orde hoe de door de freelancers door de auteursrechtinbreuk gederfde ver-

goeding moest worden berekend. Schade is het verschil tussen de daadwerkelijke vermogenstoestand en de toestand die er zou zijn geweest indien geen inbreuk had plaatsgevonden. Beoordeeld moest derhalve worden welke vergoeding partijen zouden zijn overeengekomen in het hypothetische geval dat NPS de freelancers vooraf om toestemming zou hebben gevraagd voor exploitatie via internet (zie nog recentelijk HR 18 januari 2002, LJN-nr. AD 4915, Interplant).

Aangezien de exploitatie via internet in de periode 1998-1999 betrekkelijk nieuw was, is het buitengewoon lastig te bepalen welk bedrag partijen rond die tijd zouden zijn overeengekomen. Het door de rechtbank in dit kader genoemde scala van factoren acht ik niet helemaal compleet. Zo brengt de exploitatie via internet mee dat de reproductiemogelijkheden van het werk aanzienlijk zijn vergemakkelijkt. Voor een auteur betekent exploitatie via internet bovendien een verlies van controle over het werk. Voorts had de rechtbank wellicht enige aandacht kunnen besteden aan de relatief sterke onderhandelingspositie van de freelancers in het hypothetische geval dat hen om toestemming was gevraagd. Zij hadden immers een verbodsrecht, zo blijkt uit het vonnis.

De freelancers baseerden hun schadeberekening op 20% van het oorspronkelijk ontvangen honorarium. NPS was bereid 1 à 2% van het honorarium te betalen. Dit aanbod vertoont grote overeenkomst met de uitkomst van de door dezelfde rechtbank gegeven schadeberekeningsformule in de zaak *Heg/Volkskrant c.s.* (22 december 1999, AMI 2000, p. 93), met dien verstande dat dit een ietwat hoger percentage bedroeg van het jaarhonorarium van de journalisten, dus ongeacht het aantal bijdragen die de Volkskrant voor de cd-rom en internet had gebruikt. In het onderhavige geval diende de vergoeding uitsluitend te worden berekend over de voor het betreffende programma ontvangen vergoeding en valt de schadevergoeding dus aanzienlijk lager uit.

Ook overigens komt het percentage mij mager voor. Denkbaar is immers dat de activiteiten van NPS op internet mogelijkheden doorkruisten om de uitzendingen in boekvorm of op video (als begeleidend bij beelden) uit te geven. Het was mij redelijk voorgekomen als ook in dat opzicht een opslag werd toegekend voor de daardoor gederfde royalties. Vgl. Pres. Rb. Den Haag 3 januari 1994, AMI 1996/1, p. 8 (*The Bold and the Beautiful*).

Overigens valt er over het algemeen in hoger beroep weinig te torren aan een uitspraak als deze. In het eerder genoemde arrest *Herzano/Simon* – een zaak betreffende slaafse nabootsing – bevestigde de Hoge Raad nog eens dat de rechter aanzienlijke vrijheid geniet bij het begroten van schade, respectievelijk dat aan de rechterlijke motivering geen strenge eisen mogen worden gesteld. Deze vrijheid van de rechter komt ook goed tot uiting in het genoemde *Exota*-arrest, waarin het Salomonsoordeel van het Hof door de Hoge Raad werd gesanctioneerd met min of meer dezelfde toverformule.

Tot slot valt op te merken dat in deze zaak opvallend veel verklaringen voor recht werden gevorderd. In de intellectuele eigendom is deze rechtsvordering niet erg gangbaar. Een verklaring voor recht kan immers niet ten uitvoer worden gelegd, noch kan daar een dwangsom aan worden verbonden. Niettemin is er ook een aantal voordelen aan verbonden. Zie daarover *Onrechtmatige Daad* (Deurvorst) II.1, aant. 482. Het is belangrijk dat de eiser die een verklaring voor recht vordert daarbij een voldoende belang heeft en als onmiddellijk belanghebbende te beschouwen is. Voor algemene of academische rechtsvragen kan hij dus niet bij de rechter terecht. De sub 7 gevorderde verklaring voor recht – er toe strekkende dat een honorarium van 20% redelijk is als vergoeding voor hergebruik op internet van werken van freelance medewerkers – was daarom gedoemd te stranden.