

Nr. 23 Eikenaar / De Gelderlander

Arrondissementsrechtbank Arnhem 7 februari 2002, zaak/rolnummer ST 59997 / HA ZA 00-541
(mrs. N.W. Huijgen, F.T. de Vries en R.G. Leether)

Vergoeding elektronisch hergebruik krantenbijdragen.
(Art. 27a Aw)

Vonnis in de zaak van:

Albert Eikenaar, wonende te Heelsum, eiser, procureur mr. J.A.C. van Etten, advocaat mr. S. Sikkink te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Uitgeversmaatschappij De Gelderlander B.V., gevestigd te Nijmegen, gedaagde, procureur mr. J.T.N. Palstra, advocaat mr. T.B. Vandeginste te Nijmegen.

Het procesverloop

Voor het verloop van de procedure tot 8 februari 2001 verwijst de rechtbank naar het enkelvoudig gewezen vonnis van deze rechtbank van die datum. Bij dit vonnis werd De Gelderlander tot bewijzlevering toegelaten. [*Hierna afgedrukt, red.*]

De Gelderlander heeft één getuige doen horen. Eikenaar heeft afgezien van contra-enquête.

Vervolgens heeft De Gelderlander een conclusie na enquête genomen, waarbij zij een productie in het geding heeft gebracht. Eikenaar heeft eveneens een conclusie na enquête genomen.

Daarna hebben partijen hun standpunten doen bepleiten door hun advocaten. Voor Eikenaar is bet woord gevoerd door mr. S.G. van der Galiën, advocaat te Amsterdam. Deze heeft een pleitnota overgelegd.

Voor De Gelderlander is het woord gevoerd door mr. T.B. Vandeginste voornoemd.

Ten slotte is vonnis gevraagd.

De verdere beoordeling van het geschil

1. Ook hier verwijst de rechtbank naar voormeld tussenvonnis. Daarbij werd De Gelderlander de gelegenheid gegeven om te bewijzen dat Eikenaar toestemming aan De Gelderlander heeft verleend voor de afzonderlijke verveelvoudiging en openbaarmaking van dezelfde werken die al eerder in de dagbladen zijn gepubliceerd in de databank alsmede op internet.

2. De Gelderlander heeft de heer L.P. van de Geijn als getuige doen horen. Deze heeft in aansluiting op zijn brief van 9 september 1995, die bij conclusie van antwoord is overgelegd, verklaard dat hij destijds chef van de Economie-redactie van De Gelderlander was en dat hij inhoudelijk het aanspreekpunt van Eikenaar was, ook al liep formeel de samenwerking via Eindhoven. Van de Geijn verklaart dat hij het voorstel om het tarief van Eikenaar aan te passen naar Eindhoven heeft gestuurd en dat hij daarbij zo gezegd de pleitbezorger van Eikenaar was. Het was immers ook in zijn belang dat Eikenaar een redelijk bedrag kreeg voor zijn inspan-

ningen. Naar aanleiding van het feit dat in 1995 De Stem ook een van de vaste afnemers van Eikenaar werd en dat De Stem in juni 1995 in het gezamenlijk contract werd opgenomen, heeft Van de Geijn, zo verklaart hij, aan Eikenaar geschreven dat zij zouden moeten overleggen over de aanpassing van zijn tarief per 1 januari 1996. Van de Geijn verklaart dat hij toen bij Eikenaar thuis is geweest om te bespreken op basis van welke argumenten de tariefsverhoging te rechtvaardigen was voor de heer Van der Hart in Eindhoven. Zij hebben het toen gehad over het feit dat het tarief al lange tijd op hetzelfde peil was gebleven, over de toetreding van De Stem en het Dagblad voor Noord-Limburg tot het contract van vaste afnemers en over de opname van zijn artikelen in een voor derden beschikbare databank. Van de Geijn doelt hierbij op de databank Lexis/Nexis, een grote Amerikaanse databank van Read Elsevier waarin artikelen uit bijna alle internationale dagbladen zijn opgenomen. Van de Geijn verklaart dat deze databank beschikbaar is voor abonnees, toegankelijk met een toegangscode en tegen betaling. Deze databank is te raadplegen via het internet en De Gelderlander leverde artikelen aan. Van de Geijn voegt hieraan toe dat De Gelderlander in 1995 nog geen eigen website had en dat deze pas in 1996 is opgezet, maar dat hij zich kan voorstellen dat zij in 1995 wel al wisten van de plannen daaromtrent. Van de Geijn verklaart dat hij zich dus ook kan voorstellen dat dit in de bespreking met Eikenaar aan de orde is gekomen, maar dat hij zich dat niet precies kan herinneren. Na die bespreking heeft Van de Geijn vermelde brief van 9 september 1995 aan Van der Hart geschreven. Hij weet niet zeker of hij het concept van die brief naar Eikenaar heeft gefaxt. Het tarief is overeenkomstig het voorstel aangepast en Van de Geijn ging ervan uit dat Eikenaar gezien hun bespreking instemde met het gebruik van zijn artikelen op die databank.

3. De Gelderlander heeft de heer J.M. van der Hart, hoofdredacteur van het Eindhovens Dagblad niet als getuige doen horen, maar heeft wel bij conclusie na enquête een brief van zijn hand d.d. 17 mei 2001 overgelegd. Hierin schrijft Van der Hart dat hij na ontvangst van de brief van Van de Geijn op de redactie van het Eindhovens Dagblad overleg heeft gevoerd en dat daarbij aan de orde was welke waarde zij hechtten aan de bijdragen van Eikenaar. De Chef-Economie van dat Dagblad gaf daarover een positief oordeel hetgeen voor Van der Hart, zo schrijft hij, aanleiding was om in te stemmen met het voorstel van Van de Geijn. Van der Hart schrijft dat hij daarbij kennis heeft genomen van de door Van de Geijn aangevoerde argumenten, waaronder het argument dat het opnemen van de productie in een voor externe gebruikers toegankelijke databank mede een reden was om de vergoeding te verhogen. Van der Hart is van mening dat Eikenaar, gelet op deze gang van zaken, in 1995 bekend was met het feit dat zijn producties digitaal werden doorgeplaatst en in het bijzonder dat Eikenaar hiermee, toen de vergoeding werd verhoogd, heeft ingestemd.

4. Met deze getuigenverklaring van Van de Geijn en die brief van Van der Hart acht de rechtbank hooguit aannemelijk geworden dat bij de verhoging van het tarief van Eikenaar per 1 januari 1996 de eventuele plaatsing van zijn artikelen in de databank Lexis/Nexis aan de orde is geweest. Dit impliceert echter nog gezins dat Eikenaar ook toestemming heeft gegeven voor plaatsing van zijn artikelen op de website van De Gelderlander, die ten tijde van die bespreking en die correspondentie nog niet eens was

opgezet. Deze website is voor een ieder kosteloos toegankelijk en hiermee wordt derhalve een veel groter publiek bereikt dan het beperkte aantal betalende abonnees, dat toegang had tot de databank Lexis/Nexis. De plaatsing van de artikelen van Eikenaar op de website moet naar het oordeel van de rechtbank beschouwd worden als een afzonderlijke verveelvoudiging en openbaarmaking, waarvoor afzonderlijke toestemming is vereist. Bij haar oordeel dat De Gelderlander aan de gedragingen en de uitlatingen namens Eikenaar niet het vertrouwen mocht ontnemen dat hij ook toestemming had gegeven voor plaatsing op de website laat de rechtbank meewegen dat het op de weg van de bij uitstek deskundige uitgever ligt om, wegens de consequenties in auteursrechtelijke zin, in zijn relatie tot de freelance journalist te expliciteren en zo nodig op schrift te stellen voor welke verveelvoudigingen en openbaarstellingen zijn werken in aanmerking zullen worden gebracht.

5. Bij gebreke van de vereiste toestemming heeft De Gelderlander het auteursrecht van Eikenaar geschonden, zodat deze aanspraak heeft op schadevergoeding. Deze schadevergoeding dient te bestaan uit een vergoeding voor de onrechtmatige verveelvoudiging en openbaarmaking, gelijk aan de vergoeding waarvan in redelijkheid kan worden aangenomen dat die tussen partijen zou zijn overeengekomen indien Eikenaar toestemming zou hebben gegeven, vermeerderd met een verhoging wegens de schending van rechten van Eikenaar, welke verhoging naar het oordeel van de rechtbank in beginsel gesteld kan worden op 100%. Indien deze vergoedingen aan Eikenaar worden toegekend, dan zijn zijn rechten in beginsel uitgewerkt en kan hij niet vorderen dat de reeds geplaatste artikelen van de website worden verwijderd. Zijn vordering sub I en het eerste deel van zijn vordering sub II zullen dan worden afgewezen.

6. In het tussenvonnissen heeft de rechtbank overwogen dat een deskundigenbericht bevolen zou worden ter beoordeling van de vraag wat een redelijke schadevergoeding zou zijn. De rechtbank vraagt zich echter af of dit nog zinvol is. Inmiddels heeft Eikenaar opgegeven welke vergoeding hij gevraagd zou hebben, indien zijn toestemming om plaatsing op die website zou zijn gevraagd. Eikenaar stelt dat tot dan toe bij uitbreiding van de afnamekring met een nieuw dagblad telkens een verhoging van zijn tarief met f 125,- is overeengekomen. Hij stelt dat hij daarom nu ook (minimaal) f 125,- per artikel zou hebben gevraagd. Dit lijkt de rechtbank geen onredelijk uitgangspunt. Hierbij laat de rechtbank meewegen enerzijds dat in beginsel een onbeperkt publiek wordt bereikt, maar anderzijds dat de artikelen reeds in verschillende dagbladen zijn gepubliceerd.

Natuurlijk is het de vraag of De Gelderlander met dat bedrag zou hebben ingestemd. Dit is een vraag die waarschijnlijk niet goed door de deskundige(n) kan worden beantwoord. Mede van belang zal zijn welke vergoeding De Gelderlander aan collega's van Eikenaar toekent en deze informatie is nog niet voorhanden.

Met betrekking tot de gevorderde buitengerechtelijke incassokosten overweegt de rechtbank dat Eikenaar tegenover de betwisting door De Gelderlander niet aannemelijk heeft gemaakt dat in de preprocesuele fase meer werkzaamheden zijn verricht en meer kosten zijn gemaakt dan die gebruikelijk zijn ter inleiding van een gerechtelijke procedure.

De rechtbank wil dit een en ander nu eerst met partijen bespreken en zij zal daartoe een comparitie beleggen.

7. De rechtbank zal het hoger beroep tegen dit tussenvonnissen uitsluiten en iedere verdere beslissing aanhouden.

Beslissing

De rechtbank

bepaalt dat de partijen, vergezeld van hun advocaten, voor de rechtbank (N.W. Huijgen) zullen verschijnen in het Paleis van Justitie te Arnhem aan de Walburgstraat 2-4 om inlichtingen over de

zaak te geven en te laten onderzoeken of de partijen het op een of meer punten met elkaar eens kunnen worden, op een door de rechtbank vast te stellen datum en tijd (op een donderdag),

verwijst de zaak naar de tweede rolzitting na de dag waarop dit vonnis is uitgesproken, voor het opgeven van de verhinderdagen van de partijen en hun advocaten in de maanden maart tot en met mei 2002, waarna dag en uur van de comparitie zal worden bepaald,

bepaalt dat bij gebreke van de gevraagde opgave(n) de rechtbank het tijdstip van de comparitie zelfstandig zal bepalen, bepaalt dat na de vaststelling van het tijdstip van de comparitie dit, behoudens dringende redenen, niet zal worden gewijzigd,

bepaalt dat eiser dan in persoon aanwezig zal zijn en dat gedaagde dan vertegenwoordigd zal zijn door iemand die van de zaak op de hoogte is en hetzij rechtens hetzij op grond van een bijzondere schriftelijke volmacht bevoegd is haar te vertegenwoordigen,

bepaalt dat hoger beroep van dit vonnis alleen mogelijk is tegelijk met het eindvonnis;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Arrondissementsrechtbank Arnhem
8 februari 2001, nummer 59997/HA ZA 00-541
(mr. J.W. Westenberg)

Vonnissen in de zaak van:

Albert Eikenaar, wonende te Heelsum, eiser, procureur: mr. J.A.C. van Etten,

tegen

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Uitgeversmaatschappij De Gelderlander B.V., statutair gevestigd en kantoorhoudende te Nijmegen, gedaagde, procureur: mr. F.J. Perquin.

Partijen worden hierna aangeduid als 'Eikenaar' en 'De Gelde[rlander]'.
(...)

Rechtsoverwegingen

1. De feiten

1.1 Eikenaar is journalist en maker van verschillende werken in de zin van artikel 10 van de Auteurswet 1912. Eikenaar is aangesloten bij de Nederlandse Vereniging van Journalisten.

1.2 Uit hoofde van een overeenkomst van opdracht heeft Eikenaar sinds 25 maart 1991 meerdere artikelen geschreven voor De Gelderlander tegen een honorarium van destijds f 350,- per gepubliceerd artikel in De Gelderlander. In 1992 is wegens hergebruik van de artikelen door De Limburger, Eindhovens Dagblad en Brabants Dagblad het honorarium van Eikenaar verhoogd naar f 500,- per artikel.

1.3 In 1995 is het honorarium verhoogd naar f 650,- per artikel.

1.4 De Gelderlander is overgegaan tot plaatsing van artikelen van Eikenaar in een via internet te raadplegen elektronisch archief van De Gelderlander.

2. Het geschil

(...)

3. De beoordeling van het geschil

3.1 In geschil is of voor het plaatsen op internet door De Gelderlander van reeds in diverse dagbladen geplaatste artikelen van Eikenaar, de toestemming van Eikenaar noodzakelijk is.

Bij een bevestigend antwoord dient vervolgens te worden vastgesteld of Eikenaar voor de plaatsing op internet van zijn artikelen toestemming heeft verleend aan De Gelderlander.

3.2 Nu daar door partijen niet nader over is gesteld gaat de rechtbank er van uit dat de reeds eerder in de dagbladen gepubliceerde artikelen, door Eikenaar opgesteld, integraal zijn opgenomen in de databank. De Gelderlander heeft gesteld dat er geen sprake is van een zelfstandige vorm van vereenvoudiging en openbaarmaking nu de plaatsing in het via internet te raadplegen archief niet anders is dan plaatsing in het papieren archief en het microfiche archief. De rechtbank kan haar in dit verweer niet volgen. Immers indien de 'archiefruimte' slechts diende als opslag zou dezen niet voor derden via internet toegankelijk worden gemaakt. Door het opnemen van de publicaties van Eikenaar in een databank, kan niet anders dan worden geconcludeerd dat daardoor de publicaties voor het grote publiek beschikbaar en te raadplegen zijn. Het is evident dat dit een ander publiek kan zijn dan degenen die alleen door middel van de diverse dagbladen notie kunnen nemen van de publicaties van Eikenaar. Nu derden via internet www.gelderlander.nl toegang kunnen verkrijgen tot de databank met daarin de door Eikenaar geschreven artikelen vindt er elektronische reproductie plaats van deze artikelen.

In dit geval is er derhalve sprake van vereenvoudigen en openbaar maken in de zin van artikel 12 van de Auteurswet op grond waarvan de De Gelderlander toestemming behoeft van Eikenaar.

3.3 Op grond van het bovenstaande dient thans geoordeeld te worden of Eikenaar aan De Gelderlander toestemming heeft gegeven tot het publiceren van zijn artikelen in de databank die via internet bereikbaar is.

Eikenaar heeft aangevoerd dat de verhoging tot f 650,- per artikel een vergoeding betrof voor het eenmalige publicatierecht in de dagbladen De Gelderlander, De Limburger, Eindhovens Dagblad, Brabants Dagblad en De Stem.

De Gelderlander heeft gesteld dat in 1995 overleg heeft plaatsgevonden tussen haar en Eikenaar waarbij aan de orde is gekomen dat de bijdragen van Eikenaar zouden worden opgenomen in een voor externe gebruikers toegankelijke databank. Onder een dergelijke databank dient tevens te worden verstaan de plaatsing in het via internet te raadplegen archief. Dit volgt uit de brief van 9 september 1995 van de heer L. van de Geijn aan de heer Van der Hart (overgelegd als productie 1 bij de conclusie van antwoord), aldus De Gelderlander.

3.4 De rechtbank is evenwel een andere mening toegedaan. Zij leest in de brief van 9 september 1995 – die niet door Eikenaar is opgesteld – niet dat Eikenaar toestemming heeft verleend aan De Gelderlander tot de openbaarmaking van zijn artikelen in een via internet te bereiken databank. Immers uit de bewoordingen 'Rekening houdend met de kosten-ontwikkeling sinds 1992, de uitbreiding van het aantal dagbladen dat zijn artikelen plaatst en het gebruik door derden via de databank...' kan niet geconcludeerd worden zo Eikenaar al toestemming heeft gegeven tot plaatsing van zijn artikelen in de databank dat Eikenaar daarmee eveneens toestemming heeft verleend tot het toegang verkrijgen in de databank via internet. Dit klemt temeer nu Eikenaar heeft gesteld de brief van 9 september 1995 eerst tijdens het aanklaarten van het onderhavige geschil voor het eerst onder ogen heeft gekregen. Nu De Gelderlander heeft gepersisterd bij het door haar aangevoerde dat tijdens de voorafgaande besprekingen terzake de verhoging

van het honorarium tot f 650,- dit onderdeel eveneens ter sprake is geweest wordt zij conform haar uitdrukkelijk bewijsaanbod daartoe toegelaten te bewijzen dat Eikenaar toestemming aan De Gelderlander heeft verleend voor de afzonderlijke vereenvoudiging en openbaarmaking van dezelfde werken die al eerder in de dagbladen zijn gepubliceerd in de databank alsmede op internet

3.5 Voorshands oordeelt de rechtbank dat indien De Gelderlander in dit bewijs niet slaagt de schending van het auteursrecht van Eikenaar en daarmee de onrechtmatigheid van het handelen door De Gelderlander vast staat.

In dat geval ziet de rechtbank aanleiding, ter beoordeling van de vraag wat een redelijke schadevergoeding zal zijn, een deskundigenbericht te bevelen, tenzij partijen zelf tot een oplossing in der minne geraken.

3.6 Hangende de uitkomst van de bewijslevering zal de rechtbank iedere verdere beslissing aanhouden en om redenen van proces-economie appel van dit vonnis uitsluiten tot aan het eindvonnis.

De beslissing

De rechtbank;

- laat De Gelderlander toe het in de rechtsoverweging 3.4 bedoelde bewijs te leveren;
- bepaalt indien De Gelderlander dit bewijs wil leveren door het doen horen van getuigen deze zullen worden voorgebracht voor een nog te bepalen lid dezer rechtbank die tot voormeld getuigenverhoor zal overgaan op een nader door de griffier te bepalen datum en tijdstip in het Paleis van Justitie, Walburgstraat 2-4 te Arnhem;
- bepaalt dat een verzoek om uitstel schriftelijk en onder opgave van verhinderdata van beide partijen binnen twee weken na heden dient te geschieden, en dat een later gedaan verzoek om uitstel – behoudens ingeval van klemmende redenen – niet zal worden ingewilligd;
- bepaalt dat tegen dit vonnis geen hoger beroep kan worden ingesteld dan tegelijk met het eindvonnis;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

T.E. Deurvorst

'De wereld is verdeeld in mensen die dingen doen en mensen die daarvoor de eer opstrijken. Probeer, zo mogelijk, bij die eerste groep te horen, daar is veel minder concurrentie' (Dwight Morrow)

Als auteur behoort Eikenaar tot de eerste groep terwijl De Gelderlander als uitgever goede sier maakt met zijn artikelen op internet. Eikenaar werd slecht betaald voor zijn arbeidsintensieve economische bijdragen. Voor zo'n twee dagen werk kreeg hij gemiddeld genomen 500 gulden. In feite brengt de rechtbank daarop een correctie aan door een relatief hoog opslagpercentage toe te kennen. Een percentage van circa 25% is bijzonder. Vaker hoor ik opslagpercentages van – hetzij eenmalig hetzij jaarlijks – 2 tot en met 20%. Zie ook de uitspraken *Stam/Volkskrant* en *Freelancers/NPS* in *AMI* 2002/4. In het licht van de bescheiden basisvergoeding van Eikenaar komt de door de rechtbank toegekende opslag mij redelijk voor.

Niet alleen inhoudelijk-juridisch valt deze uitspraak toe te juchten. Ook de omstandigheid dat de rechtbank afziet van een deskundigenbericht en zich zelf zet aan de begroting van de gederfde licentievergoeding, is een goede zaak. Schadevergoeding bij inbreuk op intellectuele eigendom valt nu eenmaal niet op de cent te begroten. Zolang de belangrijkste marktpartijen als collectief niet in staat zijn standaardvergoedingen overeen te komen

voor heruitgave op internet, zal de begroting door deskundigen evenzeer betwistbaar blijven. Vooralsnog is de beschikbaarheid van veel rechtspraak de enige manier om bandbreedtes te verkrijgen. Wat de deskundigen kunnen, kan – mits voldoende voorlicht – de rechter ook, en dat is een stuk goedkoper.

Bij een inbreuk op auteursrecht als de onderhavige bestaat de vergoedbare schade van de auteur meestal uit een of meer van de volgende posten:

1. Gederfde winst wegens gemiste royalties
2. Waardevermindering auteursrecht
3. Buitengerechtigde kosten

Ad 1. Het hypothetisch karakter van schade – het verschil tussen de huidige vermogenstoestand en die welke bij afwezigheid van de inbreuk zou zijn geweest – brengt mee dat voor de begroting van deze schadepost moet worden beoordeeld welke vergoeding zou zijn overeengekomen in het hypothetische geval dat De Gelderlander Eikenaar vooraf om toestemming zou hebben gevraagd.

Deze vergoeding moet overigens worden onderscheiden van een redelijke gebruiksvergoeding die stoelt op artikel 6:212 BW. Deze vergoeding is met name geschikt voor situaties dat de auteursrechthebbende nooit een licentie zou hebben verleend. De redelijke gebruiksvergoeding betreft een min of meer een achteraf door de rechter bepaald compromis tussen het nadeel van de auteursrechthebbende en het voordeel van de inbreukmaker. De op artikel 6:162 BW gebaseerde gederfde gebruiksvergoeding gaat uit van de hypothetische marktsituatie dat partijen met elkaar hadden onderhandeld over een licentie. In een geval als het onderhavige valt te verdedigen dat beide vergoedingen niet erg uiteen zullen lopen.

Er zijn verschillende factoren die kunnen worden betrokken bij de begroting van een gederfde licentievergoeding. Aan rechtspraak uit de VS ontleen ik de volgende:

- Eerdere vergoedingen die de rechthebbende ontving voor licentiëring van het betreffende werk;
- Eerdere vergoedingen die de licentienemer betaalde voor het werk c.q. vergelijkbare werken;
- De voorwaarden waaronder de hypothetische licentieovereenkomst zou zijn gesloten; exclusief of niet exclusief, beperkt of onbeperkt qua territorium of gebruikshandelingen;
- De bereidheid van de licentiegever tot het verlenen van licenties;
- De commerciële relatie tussen partijen; is sprake van concurrentie of een situatie van toelevering?
- De toegevoegde waarde van het werk als generator van de afzet van andere producten of diensten van de licentienemer resp. die van de licentiegever;
- De looptijd van het exclusieve recht en die van de licentie;
- De winstgevendheid c.q. populariteit van het werk;
- De aanwezigheid van niet-inbreukmakende alternatieven voor de licentienemer;
- De aard van het recht. Betreft het een novum en hoe groot is de betekenis daarvan voor derden?
- De mate waarin de licentienemer reeds gebruik heeft gemaakt van het werk;
- Een aanwijsbaar gedeelte van de verkoopprijs van de licentienemer dat is terug te voeren op de licentie;
- Het deel van de winst van de licentienemer dat als winstproducerende factor is toe te delen aan het werk, te onderscheiden van andere winstproducerende factoren als investeringen, bedrijfsrisico, knowhow, relaties van de licentienemer;
- De mening van deskundigen
- De onderhandelingspositie van partijen.¹

Het voert in het kader van deze noot te ver deze factoren afzonderlijk te bespreken. Factoren 1 en 2 vormen uiteraard het belangrijkste houvast, zo moge ook blijken uit de onderhavige zaak.

Eikenaar verdedigt als uitgangspunt dat de heruitgave op internet moet worden beschouwd als uitgave via een extra dagblad. In het verleden ontving hij gemiddeld f 500 voor vier dagbladen. Voor de publicatie via internet zou hij daarom nogmaals een vergoeding van 125 gulden per artikel hebben bedongen. De rechtbank vindt dit geen onredelijk uitgangspunt ofschoon zij terecht onderkent dat het maar de vraag is of De Gelderlander met dit bedrag zou hebben ingestemd.

Ad 2. Volgens de rechtbank dient de vergoeding wegens gemiste royalties te worden aangevuld met een 'verhoging wegens de schending van rechten van Eikenaar'. Deze vergoeding wordt gesteld op 100% van de gederfde licentievergoeding. De rechtbank laat in het midden of deze vergoeding moet worden beschouwd als schadevergoeding, 'punitive damages' of als een zogenaamde 'Verletzerzuschlag', een soort combinatie van de eerder genoemde sancties, die nogal eens in het verleden in Duitsland werd toegekend. Zie daarover T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten*, Deventer 1994, p. 164.

Aangezien ons civiele recht geen basis biedt voor de oplegging van punitive damages en bij gebreke van aanknopingspunten als de flagrantie van de inbreuk of opzet van de gedaagde, houd ik het ervoor dat de rechtbank Eikenaar een vergoeding heeft willen verschaffen voor moeilijk te omschrijven schade. Ik denk aan schade wegens het waardeloos worden van het auteursrecht van Eikenaar. Deze schadepost is te bestempelen als waardevermindering van het auteursrecht, d.w.z. de vermindering van toekomstige inkomsten voortvloeiend uit het auteursrecht. Daarvan is hier zeker sprake. Immers met het gratis ter beschikking stellen van de artikelen op internet zal niemand meer bereid zijn nog te betalen voor de artikelen van Eikenaar. En ook op dit punt lijkt de verhoging van 100% reëel te zijn. In de literatuur is verdedigd voor de schadepost waardevermindering de factor 1.3 te gebruiken van de rechtsreeks gederfde winst. Zie Barendrecht/Storm, *Berekening van Schadevergoeding*, Zwolle 1995, p. 156.

In de Nederlandse rechtspraak is incidenteel ook een geval te vinden waarin de rechter een 100% verhoging heeft toegekend van de rechtsreeks gederfde winst (zie losbladige *Schadevergoeding* (Deurvorst), artikel 96 aant. 97). Meestal is deze verhoging gebaseerd op toepasselijkheid van algemene voorwaarden zoals die van de Fotografiefederatie of Beeldrecht of naar analogie daarvan. In het onderhavige geval ontbreekt een motivering op dit punt.

Ad 3. Buitengerechtigde kosten moeten redelijkerwijs en daadwerkelijk zijn gemaakt alvorens zij voor toewijzing in aanmerking komen, zo blijkt uit het slot van r.o. 6 het vonnis van 2002. Deze opvatting is in overeenstemming met de heersende leer. Zie losbladige *Schadevergoeding* (Lindenbergh), artikel 96 aant. 192-193.

In één opzicht vind ik deze uitspraak wel merkwaardig, te weten aan het slot van r.o. 5. Eikenaar komt geen verbod meer toe indien hem de vergoedingen worden toegekend. Ik heb tevergeefs gezocht naar een grondslag voor een dergelijke dwanglicentie in het auteursrecht. Evenmin bood het gemene recht houvast. Uitgezonderd de voorzieningenrechter in kort geding heeft de rechter immers geen discretionaire bevoegdheid een verbod af te wijzen ondanks de onrechtmatigheid van het gedrag van gedaagde. Zie HR 15 december 1996, *Nj* 1996, 509 met noot Verkade. De laatste heeft overigens recentelijk bepleit dat de rechter in bagatelgevallen de bevoegdheid moet hebben een inbreukverbod af te wijzen. Zie zijn afscheidsrede 'Het belang van een bagatel', Leiden 2002. Van een bagatel lijkt mij echter in dit geval geen sprake.

¹ *Georgia-Pacific v. US Plywood*, 318 F. Supp. 1116 (S.D.N.Y. 1970) en *Honeywell v. Minolta Camera*, Nos. CIV.A.87-4847, 88-1624 (D.N.J. 1992).