

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.239.160/01

Zaak-/rolnummer rechtbank : 6476847 / CV EXPL 17-5540

arrest van 19 mei 2020

inzake

de publiekrechtelijke rechtspersoon **GEMEENTE LEIDEN**, tevens handelende onder de naam **ERFGOED LEIDEN EN OMSTREKEN**,
gevestigd te Leiden,
appellante, tevens verweerder in incidenteel appel,
hierna te noemen: Erfgoed Leiden,
(proces)advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

tegen

X,
wonende te Y,
geïntimeerde, tevens appellant in incidenteel appel,
hierna te noemen: X,
advocaat: mr. Th.Y. Adam-van Straaten te Rotterdam.

Het geding

Bij exploit van 25 april 2018 is Erfgoed Leiden in hoger beroep gekomen van het door de rechtbank Den Haag, Kanton Leiden/Gouda, zittingsplaats Leiden, tussen partijen gewezen vonnis van 5 april 2018. Erfgoed Leiden heeft bij memorie van grieven –hierna: MvG –, met producties, vijf grieven tegen het vonnis aangevoerd. Bij memorie van antwoord tevens memorie van grieven in incidenteel appel, met producties, heeft X de grieven bestreden en incidenteel appellerende één grief tegen het vonnis gericht. Vervolgens hebben partijen hun standpunten op 13 mei 2019 doen bepleiten, Erfgoed Leiden door mr. D.J.G. Visser, advocaat te Amsterdam, en X door haar voormelde advocaat en mr. N. Disveld, advocaat te Rotterdam. Door het hof zijn op voorhand de volgende aktes en producties ontvangen

- namens Erfgoed Leiden op 26 april 2019 een akte houdende producties 14 en 15 (kostenspecificatie), met producties 14 en 15;
- namens X op 26 april 2019 een AKTE OVERLEGGING AANVULLENDE PRODUCTIES 39-43 inclusief kostenspecificatie, met producties 39 tot en met 43, en op 9 mei 2019 een aanvullend proceskostenoverzicht.

Voormelde producties zijn toegelaten.

Partijen hebben hun producties in eerste aanleg -hierna: e.a. - (Erfgoed Leiden: producties 1 tot en met 9 en X: producties 1-26) en in hoger beroep - hierna: h.b. - (Erfgoed Leiden: productie 10 tot en met 15 en X productie 27- 43 en een aanvullende proceskostenoverzicht) doorgenummerd. Deze zullen hierna worden aangeduid als productie [nummer] EL respectievelijk X.

Beoordeling van het hoger beroep

1. De feiten die de kantonrechter in overwegingen 2.1 tot en met 2.8 van het bestreden vonnis heeft vastgesteld zijn niet in geschil. Ook het hof zal daarvan uitgaan. Met inachtneming van hetgeen overigens tussen partijen is komen vast te staan als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken, gaat het in deze zaak om het volgende.

1.1. X is uitgever te Rotterdam. Hij heeft zich gespecialiseerd in historische foto's, boeken en prentbriefkaarten over hoofdzakelijk Rotterdam en omgeving. Daarnaast exploiteert X een antiquariaat waar naast historische foto's en prentbriefkaarten ook brochures, gidsen en topografische boeken te koop zijn.

1.2. J.F.H. Roovers (1912-2000) – hierna: Roovers -was een Rotterdamse fotograaf die van 1935 tot ongeveer 1965 foto's maakte van stads- en straatgezichten, die onder meer gebruikt zijn voor prentbriefkaarten en boekillustraties.

1.3. Op 29 maart 1982 hebben X en Roovers een overeenkomst gesloten waarin het volgende is opgenomen:

"OVERWEGENDE

a. dat Roovers maker en auteursrechthebbende is van tenminste 35.000 opnamen van hoofdzakelijk stads- en straatgezichten van Rotterdam, alsmede opnamen van steden, dorpen, gebeurtenissen, en personen elders in den lande, met uitzondering van hieronder nader te noemen opnamen;

b. dat Roovers de auteursrechten en negatieven van deze opnamen aan X wil overdragen, o.a. omdat deze voornemens is een selectie van deze foto's te gaan publiceren ;

c. dat Roovers aan het archief van diverse Gemeenten en instellingen afdrukken heeft geleverd, terwijl terzake geen auteursrechten zijn overgedragen;

(...)

ZIJN OVEREENGEKOMEN ALS VOLGT

OVERDRACHT

Artikel 1

Lid 1

Verkoper verkoopt en levert aan koper, gelijk deze koopt en aanvaardt van verkoper, het auteursrecht op alle door verkoper gemaakte fotografische opnamen, met uitzondering van de hieronder in artikel 2 nader omschrevene.

Lid 2

Het is de koper echter bekend dat de verkoper met betrekking tot een aantal opnamen (een deel van) de auteursrechten heeft overgedragen, zoals ook zal blijken uit de negatiefregisters. Onder andere zijn overeenkomsten gesloten met Spanjersberg, Herschel, Takken, Hoenderop en Van Hemert.

Artikel 2

Buiten deze overeenkomst vallen opnamen welke de verkoper heeft gemaakt in opdracht van ondernemingen (o.a. reclame-fotografie en industriële fotografie).

Artikel 3

Partijen zijn met alle opnamen voldoende bekend en verlangen geen nadere specificatie

NEGATIEVEN

Artikel 4

De eigendom van de negatieven gaat over doordat terzake een acte zal worden opgemaakt en ondertekend.

Artikel 5

Jaarlijks zal de verkoper aan de koper bij acte leveren 4.000 door de koper aan te wijzen en door verkoper in de acte te omschrijven (aan de hand van fotocopiëën uit het negatieven-register) negatieven.

(...)"

1.4. Erfgoed Leiden is het regionaal kennis- en adviescentrum van Gemeente Leiden, waar archivisten, bouw- en architectuurhistorici, archeologen en monumentenzorgers samen een centraal punt vormen voor informatie en/of advies over regionale geschiedenis en erfgoed. Als zodanig behoort het beheren, bewaren en beschikbaar stellen van archieven met betrekking tot Leiden en omstreken tot zijn taken. Erfgoed Leiden beschikt naast verschillende (gemeente)archieven over een beeldbank die beschikbaar is via het internet, www.erfgoed.leiden.nl/collecties/beeldmateriaal – hierna: de beeldbank. De beeldbank bevat duizenden beelden, waaronder tekeningen en foto's, uit verschillende collecties. De beeldbank is voor eenieder raadpleegbaar. Een deel van de foto's kan worden gedownload. Daarnaast wordt bij iedere foto een .html-tag aangeboden waarmee de desbetreffende foto gemakkelijk op andere websites kan worden ingesloten en weergegeven.

1.5. Erfgoed Leiden heeft in de beeldbank 25 afbeeldingen opgenomen afkomstig van prentbriefkaarten met foto's van Roovers van gebouwen of straten in Leiden, Voorschoten, Noodwijk aan Zee, Katwijk aan Zee en Hillegom. De foto's van Leiden en Voorschoten zijn gemaakt in 1942 en 1943 (vergelijk bijlage 2 bij productie 6 X). De overige foto's zijn gemaakt in 1947 of later.

1.6. Bij brief van 30 augustus 2016 heeft X, zonder zich bekend te maken, via zijn advocaat, Erfgoed Leiden erop geattendeerd dat inbreuk werd gemaakt op zijn auteursrechten door zonder zijn toestemming bepaal.de foto's in de beeldbank op te nemen en raadpleegbaar te maken. Daarbij is Erfgoed Leiden verzocht te bevestigen dat zij bereid was om in overleg te treden over een redelijke vergoeding voor het gebruik van de desbetreffende foto's. Nadat een reactie van Erfgoed Leiden uitbleef, heeft X, bij brief van 5 oktober 2016, zich bekend gemaakt, een overzicht van de 25 door hem bedoelde foto's verschaft en een deel van de overeenkomst tussen hem en Roovers meegezonden.

1.7. Bij brief van 24 oktober 2016 heeft Erfgoed Leiden gereageerd. Erfgoed Leiden heeft betwist dat met opname in de beeldbank van de door X bedoelde foto's inbreuk op aan X toekomende auteursrechten is gepleegd. Voorts is een vergoeding zoals door X voorgesteld van de hand gewezen. Erfgoed Leiden heeft aangeven open te staan voor overleg.

1.8. Overleg tussen partijen heeft er niet toe geleid dat overeenstemming is bereikt over gebruik van de foto's. Erfgoed Leiden heeft de foto's uit de beeldbank verwijderd.

1.9. Erfgoed Leiden heeft met de Stichting Pictoright – hierna: Pictoright – op 1 oktober 2017 een digitaliseringsovereenkomst gesloten, met als aanvangsdatum 1 juli 2017, met betrekking tot afbeeldingen. Op grond daarvan heeft Erfgoed Leiden een "blanket licence" van Pictoright verkregen om 90.000 tot 100.000 auteursrechtelijk beschermde afbeeldingen te digitaliseren en online te tonen, te verveelvoudigen en openbaar te maken op haar website tegen betaling van een bedrag van € 12.500,- per jaar. X heeft zich niet bij Pictoright aangemeld voor een digitaliseringsvergoeding. Erfgoed Leiden heeft in verband met deze procedure haar beeldbank met oude en anonieme foto's van de regio Leiden offline gehaald en de overeenkomst met Pictoright opgeschort.

2. X heeft gevorderd:

- een verklaring voor recht dat Erfgoed Leiden inbreuk heeft gemaakt op de auteursrechten van X door zonder zijn toestemming de Roovers-foto's voor het publiek toegankelijk te maken via zijn online beeldbank;
- veroordeling van Erfgoed Leiden tot betaling aan X van € 2.812,50, althans € 1.875,-, met rente;
- veroordeling van Erfgoed Leiden in de daadwerkelijk gemaakte proceskosten op de voet van artikel 1019h Rv, met nakosten en rente.

Hij stelt daartoe dat Erfgoed Leiden inbreuk heeft gemaakt op de (door Roovers aan X overgedragen) auteursrechten ten aanzien van de 25 in haar beeldbank opgenomen Roovers-foto's door deze zonder toestemming van X te verveelvoudigen en openbaar te maken, waardoor X schade lijdt. Hij heeft een vergoeding gevorderd van € 112,50, althans € 75,- per foto.

3. Erfgoed Leiden heeft de vordering bestreden. Voor zover thans nog van belang stelt zij daartoe:

1. dat ten aanzien van 10 (op 11 prentbriefkaarten voorkomende) foto's van Leiden en Voorschoten op grond van artikel 38 Aw het auteursrecht per 1 januari 2016 is vervallen daar deze anoniem, zonder de naam van de maker, zijn gepubliceerd voor 1946;
2. dat ten aanzien van 15 foto's (inclusief de twee foto's van Voorschoten waarvan de auteursrechten zouden zijn vervallen op grond van artikel 38 Aw) op grond van artikel 8 Aw, niet X als rechtsopvolger van Roovers, maar de uitgevers die de foto's openbaar hebben gemaakt zonder vermelding van een natuurlijk persoon als maker, als maker van die foto's moeten worden aangemerkt;
3. dat op de auteursrechten met betrekking tot één, anoniem openbaar gemaakte, foto uit 1953 van Noordwijk aan Zee inbreuk is gemaakt, maar dat ter zake slechts een vergoeding verschuldigd is die veel lager is dan het gevorderde bedrag;
4. dat de gevorderde verklaring voor recht moet worden afgewezen wegens misbruik van recht, althans bij gebrek aan belang, althans op grond van een belangenafweging.

Zij heeft veroordeling van X in de volledige proceskosten ex artikel 1019h Rv gevorderd.

4. De kantonrechter heeft de in rechtsoverweging 3, onder 1, 2 en 4 vermelde verweren verworpen en een vergoeding van € 75,- per foto, derhalve in totaal 25 x € 75,- = € 1.875,-, met wettelijke rente, toegewezen en Erfgoed Leiden veroordeeld in de proceskosten, op de voet van artikel 1019h Rv begroot op € 12.511,23, inclusief verschotten.

5. Grief I in het principaal beroep richt zich tegen de verwerping van het beroep van Erfgoed Leiden op artikel 8 Aw. Grief II richt zich tegen de verwerping van het beroep op artikel 38 Aw. Grief III richt zich tegen de toewijzing van de gevorderde verklaring voor recht. Grief IV richt zich tegen de hoogte van de toegewezen vergoeding. Grief V richt zich tegen toewijzing van de vorderingen en in het bijzonder tegen toewijzing en begroting van de (volledige) proceskosten. De incidentele grief richt zich tegen de (volgens X te lage) begroting van de proceskosten waarin Erfgoed Leiden is veroordeeld.

6. Het hof zal hierna eerst de principale grieven puntsgewijs behandelen. Het hof stelt voorop dat deze zaak zich kenmerkt door de bijzonderheid dat geen van partijen betrokken is geweest bij hetgeen vooraf is gegaan aan de uitgave van de foto's als prentbriefkaarten in de jaren '40 en '50 van de vorige eeuw. Ook is geen van partijen daarover geïnformeerd door de betrokkenen, Roovers en de uitgevers.

Grief I: het beroep op artikel 8 Aw (15 foto's)

7. Uit productie 5 EL blijkt dat 13 foto's (één uit 1952 en twaalf uit 1947) als prentbriefkaart zijn uitgegeven met de vermelding SPARO hetgeen verwijst naar Gbr. Spanjersberg N.V. – hierna: Spanjersberg – te Rotterdam en/of de vermelding DRC, hetgeen verwijst naar De Reproductie Compagnie N.V. – hierna: DRC – (nrs. 1-8 en 10-14 productie 5 EL). Voorts zijn twee foto's (uit 1943) als prentbriefkaart uitgegeven met de vermelding "uitg. Boekh. & Drij A Volkers, Voorschoten" – hierna: Volkers – (nrs. 15 en 16 productie 5 EL). Daarbij is in alle gevallen geen (natuurlijk) persoon als maker vermeld.

8. Op grond van artikel 8 Aw wordt een openbare instelling, vereniging, stichting of vennootschap als de maker van een werk aangemerkt als zij dat werk als van haar afkomstig openbaar maakt, zonder daarbij enig natuurlijk persoon als maker te vermelden, tenzij bewezen wordt dat de openbaarmaking onder de bedoelde omstandigheden onrechtmatig was.

9. Niet betwist is dat de uitgevers zijn aan te merken als een vennootschap in de zin van artikel 8 Aw. Voorts heeft X niet gemotiveerd betwist dat de desbetreffende foto's als prentbriefkaarten zijn openbaar gemaakt met vermelding van (een verwijzing naar) de desbetreffende uitgever en zonder vermelding van de naam van Roovers. Nu Erfgoed Leiden afbeeldingen van de voor- en achterzijde van de desbetreffende prentbriefkaarten heeft overgelegd (productie 5 EL), waaruit dit blijkt, gaat het hof aan de betwisting daarvan in punt 31 van de pleitnotitie van X in eerste aanleg als onvoldoende onderbouwd voorbij. In zoverre is dus voldaan aan de vereisten van artikel 8 Aw. Beide partijen gaan ervan uit dat de u uitgave van de prentbriefkaarten van de foto's van Roovers door de uitgevers is geschied met toestemming van Roovers.

10. X heeft het beroep op artikel 8 Aw bestreden en daartoe onder meer:

- a. betwist dat artikel 8 Aw in dit geval van toepassing is omdat het alleen van toepassing is op opdrachtrelaties, waarbij de werkelijke maker het werk in opdracht van degene die het werk openbaar maakt (zonder naamsvermelding van die maker) heeft gemaakt;
- b. gesteld dat de openbaarmaking onrechtmatig was en dat (aannemelijk is dat) Roovers met de uitgevers is overeengekomen dat hij zijn auteursrechten wilde voorbehouden, althans niet blijkt dat hij afstand van zijn auteursrechten heeft willen doen.

Ad a.

11. In de literatuur wordt gepleit voor afschaffing en restrictieve uitleg van artikel 8 Aw, gelet op de vergaande gevolgen daarvan. Het hof is van oordeel dat er voldoende aanleiding is om artikel 8 Aw aldus uit te leggen dat dit beperkt is tot (impliciete en uitdrukkelijke) opdrachtrelaties, althans niet van toepassing is op licentierelaties. De wettekst biedt daarvoor weliswaar geen aanknopingspunt, maar uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever juist opdrachtrelaties als rechtvaardiging voor de invoering van artikel 8 Aw voor ogen heeft gehad. In de memorie van toelichting op de Auteurswet" 1912 is immers vermeld: "*Nog eene omstandigheid doet zich voor, waarin niet de feitelijke vervaardiger van het werk doch een ander het auteursrecht daarop behoort toe te komen, namelijk die in dit artikel omschreven. Is de feitelijke vervaardiger in dienst der (".) vennootschap, dan zal het voorgaand artikel mede van toepassing zijn. Daarnaast bestaat echter de mogelijkheid, dat die vervaardiger, de manus ministra der rechtspersoon, handelde buiten dienstverband, krachtens eene bijzondere opdracht.*"

Dat dit artikel en de vergaande gevolgen daarvan van toepassing zouden zijn als (zoals in casu) sprake is van een licentieovereenkomst tussen de werkelijke maker en de eerste openbaarmaker, als deze hieromtrent niets afspreken, is onbevredigend en slecht verenigbaar met de inmiddels ingevoerde wet auteurscontractenrecht. Teneinde de positie van de auteur ten opzichte van de exploitant te verstevigen kan op grond daarvan een exclusieve licentie slechts schriftelijk worden overeengekomen (vergelijk artikel 2, lid 3, Aw). Hiermee verdraagt zich slecht dat de (niet-exclusieve) licentienemer die het werk als eerste openbaar maakt zonder vermelding van de werkelijke maker van rechtswege de auteursrechten verkrijgt. De Commissie Auteursrecht heeft het volgende over art. 8 Aw opgemerkt in het kader van het voorontwerp auteurscontractenrecht¹:

"De Commissie vindt met name de regeling van art. 8 Aw onbegrijpelijk. De regeling komt erop neer dat, behalve als èen natuurlijke persoon als maker staat vermeld, een openbare instelling, vereniging, stichting of vennootschap als de maker van een als van haar afkomstig openbaargemaakt werk wordt aangemerkt, tenzij er bewezen wordt dat de openbaarmaking onder de gegeven omstandigheden onrechtmatig was. Vooral vanuit internationaal perspectief is deze bepaling eigenaardig. Voor zover bekend kent geen van de ons omringende landen een soortgelijke regel. De Commissie merkt daarnaast op dat de toepassingsomvang van art. 8 Aw problematisch is. (".)

Bovenstaande argumenten zouden, op zichzelf, voldoende redenen kunnen opleveren om het fictief makerschap van art. 8 Aw te schrappen of te beperken. (".)

12. Een niet restrictieve uitleg van artikel 8 Aw lijkt overigens in strijd met het Unierecht, te weten (het doel van) de Auteursrechtrichtlijn om een hoge bescherming te bieden aan auteurs, en met artikel 17, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, ook gelet op het arrest van HvJEU 9 februari 2012, C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65 (Luksan/van der Let).

13. Nu niet gesteld of gebleken is dat sprake was van een opdrachtrelatie tussen Roovers en de uitgevers is artikel 8 Aw al om die reden niet van toepassing en kan grief I niet tot vernietiging leiden.

¹ Commissie Auteursrecht, Supplement betreffende de filmregeling en het fictief makerschap behorende bij het Advies aan de Minister van Justitie over het voorontwerp van wet inzake het auteurscontractenrecht van 14 oktober 2010, p. 12-13.

Ad b

14. Het hof begrijpt dat X met deze stellingen zich beroept op de omstandigheid dat artikel 8 Aw van regelend recht is en op de gevolgen daarvan. Nu sprake is van regelend recht kunnen partijen overeenkomen dat het auteursrecht bij de werkelijke maker blijft berusten wanneer de openbaarmaker dit openbaar maakt zonder naamsvermelding van die maker. Dit brengt naar het oordeel van het hof mee dat voor toepasselijkheid van artikel 8 Aw nodig is dat de openbaarmaker daarop een beroep doet. Hierdoor wordt ook het (onbevredigende) resultaat voorkomen dat een derde- (vermeend) inbreukmaker zich erop beroept dat de auteursrechten aan de openbaarmaker toekomen, terwijl de openbaarmaker zelf zich daarop niet wil en vanwege een afwijkend beding ook niet kan beroepen.

15. Nu Erfgoed Leiden als derde zich op artikel 8 Aw beroept en niet gesteld of gebleken is dat de uitgevers zich op (de gevolgen van) artikel 8 Aw hebben beroepen, kan ook al om die reden het beroep door Erfgoed Leiden niet slagen en kan grief 1 ook om die reden niet tot vernietiging leiden.

Grief II: het beroep op artikel 38 Aw (11 prentbriefkaarten met 10 foto's)

16. Erfgoed Leiden stelt dat 10 (op 11 prentbriefkaarten voorkomende foto's) van de 25 foto's voor 1 januari 1946 zonder de naam van de maker, dus anoniem openbaar zijn gemaakt, zodat het auteursrecht ten aanzien van die foto's op grond van artikel 38 Aw per 1 januari 2016 is vervallen.

17. Tussen partijen is niet in geschil dat Roovers deze foto's in 1942 (8 foto's van Leiden op 9 prentbriefkaarten; 2 foto's zijn gelijk) en 1943 (twee foto's van Voorschoten) heeft gemaakt. Op de prentbriefkaarten van de foto's uit 1942 van Leiden (nrs. 17-25 productie 5 EL) is noch een uitgever, noch een maker vermeld. Op de twee prentbriefkaarten van foto's uit 1943 van Voorschoten (nrs. 15 en 16 productie 5 EL) is alleen een uitgever (Volkers) vermeld.

18. Erfgoed Leiden stelt dat ervan is uit te gaan dat de openbaarmaking door de uitgevers voor 1 januari 1946 heeft plaatsgevonden nu dit aannemelijk is omdat de foto's dateren uit 1942 en 1943 en op een prentbriefkaart van één foto uit 1942 (nr 21 productie 5 EL) een poststempel staat uit 1944. Dat openbaarmaking van deze foto's door de uitgevers voor 1946 heeft plaatsgevonden heeft X in eerste aanleg en in zijn memorie van antwoord niet betwist. Ook uit zijn als productie 42 overgelegde verklaring blijkt dat X ervan uitgaat dat de desbetreffende foto's voor 1946 openbaar zijn gemaakt. Hij verklaart daarin immers: "*Bij een aantal prentbriefkaarten uit Leiden staan achterop helemaal geen gegevens. Dat is natuurlijk fout maar het was oorlog en Roovers ging niet speciaal naar Leiden om daar de prentbriefkaarten te controleren*". Het is een feit van algemene bekendheid dat deze oorlog in 1945 is geëindigd. Eerst bij pleidooi in hoger beroep heeft X betwist dat de in 1942 gemaakte foto nummer 17 (Leiden standbeeld Boerhaave, nr. 5405) voor 1946 openbaar is gemaakt, omdat zich op de prentbriefkaart een poststempel bevindt uit 1946. Het hof gaat aan deze betwisting als in strijd met de twee-conclusie-regel voorbij. Ten aanzien van de andere foto's uit 1942 en 1943 heeft hij ook bij pleidooi in hoger beroep niet betwist dat deze voor 1946 openbaar zijn gemaakt. Voor zover hij heeft bedoeld dat ook te betwisten bij pleidooi in hoger beroep geldt hiervoor eveneens dat het hof daaraan voorbij gaat wegens strijd met de twee-conclusie-regel.

Overigens acht het hof, ervan uitgaande dat de andere Leidse foto's uit 1942 met nummers tussen 5396 tot 5404 voor 1946 openbaar zijn gemaakt en verzending pas kan plaats vinden na openbaarmaking, de enkele omstandigheid dat een (van de) prentbriefkaart(en) van de foto uit 1942 met nummer 17 (nr. 5405), die kennelijk tot dezelfde Leidse serie behoort, pas in 1946 is verzonden, een onvoldoende betwisting.

19. X bestrijdt niet dat de Leidse foto's als prentbriefkaart anoniem openbaar zijn gemaakt. Dat betwist hij wel ten aanzien van de twee foto's van Voorschoten omdat daarop de u Uitgever is vermeld. Het hof verwerpt dit betoog. Er is sprake van een anoniem gepubliceerd werk in de zin van artikel 38 Aw als de maker daarvan niet is aangeduid bij openbaarmaking ervan. Artikel 38 spreekt ook van een werk, ten aanzien waarvan de maker niet is aangeduid of niet op zodanige wijze dat zijn identiteit buiten twijfel staat. Dat past ook bij de ratio van dit artikel, waarmee een oplossing wordt gezocht voor werken waarvan de normaal geldende beschermingsduur van artikel 37 Aw van 70 jaar vanaf de 1^e januari van het jaar, volgende op het sterfjaar van de maker, niet kan worden berekend.

20. Voorts stelt X dat geen sprake is van onbekendheid van de maker als bedoeld in artikel 38 Aw, gezien de "administratie" die Roovers structureel doorvoerde ten aanzien van zijn werken. Gelet op de context van deze stelling bedoelt X hiermee zich er kennelijk op te beroepen dat Roovers vóór de openbaarmaking door de uitgevers (middels de prentbriefkaarten) de desbetreffende foto's, voorzien van "het Roovers-stempel" (een stempel met de tekst "*Reproductierecht Fotobureau 'ROOVERS' (...) reproductie in welken vorm ook, zonder toestemming, is verboden (...)*") op de achterzijde aan de uitgevers verstrekte en aldus (voor de eerste keer) openbaar maakte, zodat geen sprake is van een werk waarvan de maker (voor de uitgever) onbekend is als bedoeld in artikel 38 Aw. Daar Erfgoed Leiden betwist dat deze vermelding op de onderhavige foto's voorkwam en X slechts voorbeelden van andere foto's (van Rotterdam, Den Haag en Hilversum) heeft overgelegd en heeft aangegeven niet te kunnen bewijzen dat dit stempel ook op de onderhavige foto's voorkwam, kan het hof niet aannemen dat het Roovers-stempel zich op de onderhavige foto's bevond. Afgezien daarvan kan deze stelling er niet aan afdoen dat de termijn van artikel 38, lid 1, Aw geldt om de volgende reden. Dat het bij een beroep op artikel 38 (en 8) Aw moet gaan om de eerste openbaarmaking is, naar het oordeel van het hof terecht, niet in geschil. Wel twisten partijen over het antwoord op de vraag wat de eerste openbaarmaking is geweest. X stelt dat het ter beschikking stellen van de foto's door Roovers aan de uitgevers als de eerste openbaarmaking moet worden gezien en dat daarbij Roovers op de foto's als maker was vermeld. Erfgoed Leiden stelt dat de uitgave van de foto's als prentbriefkaarten (bestemd voor het publiek) als eerste openbaarmaking moet worden aangemerkt, op welke prentbriefkaarten geen naam van de maker was vermeld. Voor de eerste openbaarmaking is in ieder geval vereist dat het werk voor een zeker publiek buiten de werkelijke maker en de uitgever toegankelijk wordt gemaakt. Het enkele ter beschikking stellen van een foto aan de uitgever kwalificeert niet als zodanig. Aan de voor het eerst bij pleidooi in hoger beroep door X geponeerde, door Erfgoed Leiden betwiste, stelling dat Roovers afdrukken van zijn foto's maakte en daarmee op pad ging langs de uitgevers, die konden kiezen uit zijn afdrukken, gaat het hof voorbij als zijnde in strijd met de twee-conclusie-regel. Overigens heeft X (zelf) tijdens het pleidooi gezegd dat hij niet weet of Roovers langs de uitgevers ging met zijn foto's.

Bovendien staat ten aanzien van de Leidse foto's zelfs niet vast dat bij de openbaarmaking daarvan een uitgever betrokken is geweest en Roovers deze foto's aan een uitgever heeft verstrekt. Er is (ook) geen uitgever op de prentbriefkaarten van deze foto's vermeld, terwijl ook geen uitgever is vermeld in het negatievenregister van Roovers (productie 24 X).

21. Het bovenstaande brengt mee dat de 10 foto's/ 11 prentbriefkaarten van Leiden en Voorschoten anoniem openbaar zijn gemaakt en artikel 38 (lid 1) Aw daarop van toepassing is.

22. X heeft zich beroepen op lid 3 van artikel 38 Aw, daartoe stellende dat Roovers zijn identiteit op 29 maart 1982 of daarna (maar voor 2016) openbaar heeft gemaakt door een overeenkomst te sluiten met X, die uitgever is in Rotterdam en doordat hij en X daarna gezamenlijk onder anderen het Stadsarchief Rotterdam, het Gemeentearchief Schiedam en de uitgeverij Spanjersberg van de overdracht op de hoogte hebben gesteld. Het Stadsarchief Rotterdam, een aantal andere archieven en kopers van foto's van plaatsen in de omgeving van Rotterdam, de Betuwe en Zeeland waren, aldus X (vergelijk de verklaring van X overgelegd als productie 13 X) van de identiteit van Roovers ook uit andere hoofde op de hoogte.

23. Op grond van het in 1972 toegevoegde lid 3 van artikel 38 Aw geldt voor de duur van het auteursrecht de termijn van artikel 37 Aw (van, kort gezegd, 70 jaar na overlijden van de maker) als de maker zijn identiteit voor het verstrijken van de termijn van lid 1 van artikel 38 Aw openbaart. Voor een beroep op lid 3 is nodig dat de openbaarmaking van de identiteit geschiedt door de maker zelf (vergelijk de memorie van antwoord, Tweede Kamer) ten aanzien van het in het geding zijnde werk op zodanige wijze dat de belanghebbenden kunnen worden geacht daarvan niet onkundig te zijn gebleven (vergelijk de memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 1972). Dat Roovers zich als maker van de onderhavige foto's van Leiden en Voorschoten heeft geopenbaard is gesteld noch gebleken. Evenmin is gesteld of gebleken dat belanghebbenden, waaronder (ook) derden, zoals Erfgoed Leiden, daarvan op de hoogte waren of hadden kunnen zijn. Daaraan kan niet afdoen de stelling van X dat het Stadsarchief Rotterdam van het bestaan van Roovers en van het feit dat hij de maker was van (een aantal) Rotterdamse foto's voor 2016 op de hoogte was en dat dit wellicht ook geldt voor de andere genoemde (rechts)personen of instellingen.

Het beroep van X op lid 3 van artikel 38 Aw faalt derhalve.

24. Het bovenstaande brengt mee dat het beroep op het verval van het auteursrecht ten aanzien van de acht foto's van Leiden uit 1942 (op negen prentbriefkaarten) en de twee foto's van Voorschoten uit 1943 en grief II slagen.

Grief IV: de hoogte van de vergoeding

25. Het bovenstaande brengt mee dat Erfgoed Leiden voor inbreuk op 14 foto's, namelijk de in rechtsoverweging 7 genoemde 13 foto's die na 1946 openbaar zijn gemaakt door de uitgeverij Spanjersberg en DRC (nrs. 1-8 en 10-14 productie 5 EL) en één anoniem gepubliceerde foto uit 1953 (van Noordwijk aan Zee) een vergoeding verschuldigd is. Partijen gaan ervan uit dat de onderhavige foto's minimaal een jaar online hebben gestaan. X vordert een vergoeding voor inbreuk gedurende een jaar. Partijen gaan er voorts van uit dat voor archieven/ erfgoedinstellingen, die (mede) een publieke functie vervullen, geen algemene uitzondering op de auteursrechten van derden geldt. Partijen twisten over de hoogte van de vergoeding. Het gaat in casu om het online beschikbaar stellen van het werk in een voor iedereen toegankelijke digitale beeldbank door een erfgoedinstelling. X heeft 24 archieven aangeschreven vanwege inbreuk op Roovers-foto's. Hij heeft met enkele archieven een regeling getroffen.

26. X heeft aanvankelijk aangeboden het auteursrecht af te (laten) kopen/over te dragen voor een bedrag dat lager ligt dan de te betalen schadevergoeding (vergelijk de brief van zijn advocaat van 5 oktober 2016, productie 6A X), onder de voorwaarde dat ook een deel van de juridische kosten van X zouden worden vergoed (punt 27 ID). Bij brief van 10 maart 2017 (productie 8 X) deed X een voorstel tot betaling van een vergoeding van € 75,- per foto (voor overdracht van de auteursrechten, begrijpt het hof) en een vergoeding voor juridische kosten. X vorderde vervolgens in deze procedure € 112,50 per foto. De rechtbank heeft € 75,- per foto toegewezen. Tegen afwijzing van het meerdere heeft X geen grief gericht, zodat dat meerdere niet meer aan de orde is.

27. Erfgoed Leiden was en is bereid tot betaling van een gebruiksvergoeding per foto per jaar van een bedrag van € 1,50 (punt 22 pleitaantekeningen Erfgoed Leiden e.a.), althans, zo begrijpt het hof (vergelijk punten 115 en 127 CvA en 165 MvG), van enkele euro's bij gebruik van één foto, althans maximaal het bedrag dat X van Pictoright had kunnen ontvangen (als hij zou zijn aangesloten).

28. X hanteert geen gebruikelijke licentievergoeding voor digitaal gebruik (punt 28 ID) en stelt dat aansluiting moet worden gezocht bij de vergoedingen die gewoonlijk door de auteursrechthebbende worden bedongen (punt 7 pleitnotities e.a.).

Ter onderbouwing van het door hem gevorderde bedrag heeft X zich beroepen op:

- de tarievenlijst van Stichting FotoAnoniem, die zou leiden tot een vergoeding van minimaal € 74,-;
- de tarieven die hij in het algemeen hanteert voor ander dan digitaal gebruik van € 75,- per foto en soms meer, ten bewijze waarvan hij facturen heeft overgelegd (productie 11 X);
- de omstandigheid dat hij de auteursrechten daadwerkelijk exploiteert, dat de foto's van hoge kwaliteit zijn en dat de foto's en negatieven overzichtelijk geordend en deels gedigitaliseerd zijn, waardoor zij meer waard zijn dan andere foto's;
- de uitspraak van de rechtbank Amsterdam inzake Pictoright/ Stadsarchief Rotterdam van 23 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6959, waarin een vergoeding van € 180,- per inbreuk werd toegewezen;
- de omstandigheid dat het door de gebruiker te betalen bedrag per foto afhankelijk is van het aantal foto's dat tegelijkertijd wordt "afgenomen" waardoor de door hem bedongen bedragen voor alle foto's van één plaats soms lager zijn dan het bedrag dat hij thans vordert.

Voorts heeft X gesteld dat sprake is van verlies aan exclusiviteit en de mogelijkheid van zelfbeschikking en van vermindering van exploitatiemogelijkheden en verwijt hij Erfgoed Leiden dat zij geen zorgvuldig onderzoek heeft gedaan om de rechthebbende te identificeren. Op grond daarvan zou er reden zijn voor een verhoging van de gebruikelijk bedongen vergoeding, aldus X.

29. Erfgoed Leiden betwist de relevantie van het door de rechtbank Amsterdam in de zaak Pictoright/Stadsarchief Rotterdam gewezen vonnis voor het bepalen van de vergoeding, waartoe zij onbetwist heeft gesteld het Stadsarchief in die zaak de gevorderde vergoeding onvoldoende heeft weersproken en de zaak niet vergelijkbaar is, vanwege de (onredelijke) processuele opstelling van het Stadsarchief en omdat het ging om afbeeldingen van wereldberoemde schilders. Daarnaast betwist zij de relevantie van de door X overeengekomen vergoedingen, omdat die geen online gebruik door een

erfgoedinstelling/archief betreffen. Voorts betwist zij dat er een rechtvaardiging is voor een hogere dan de gebruikelijke vergoeding: zij betwist dat sprake is van tot schade leidend verlies van exclusiviteit en vermindering van de exploitatiemogelijkheden, nu X, die zich vooral bezig houdt met het exploiteren van foto's van Rotterdam en omgeving, deze foto's niet exploiteerde en gevraagd heeft de foto's *niet* offline te halen. Ook is er geen sprake van verlies aan zelfbeschikkingsrecht nu het X vrij staat de foto's zelf aan derden beschikbaar te stellen, aldus Erfgoed Leiden. Zij bestrijdt ten slotte het verwijt dat zij onzorgvuldig heeft gehandeld, stellende dat het in dit geval onmogelijk was onderzoek te doen naar de identiteit van de maker en toestemming te vragen voor gebruik.

30. Erfgoed Leiden heeft zich ter onderbouwing van het door haar aangeboden bedrag beroepen op:

- analogie van de –in casu niet toepasselijke –verweesde werken-regeling (artikelen 160 tot en met 16r Aw) omdat de onderhavige situatie sterke overeenkomsten vertoont met de situatie van de verweesde werken, waarbij geen of een veel lagere vergoeding door erfgoedinstellingen dan door andere gebruikers verschuldigd is indien zorgvuldig onderzoek is gedaan en de rechthebbende niet is gevonden; op grond daarvan zou aansluiting gezocht kunnen worden bij de billijke vergoeding genoemd in artikel 16q Aw, hetgeen zou leiden tot een vergoeding van nihil of 5 cent per jaar;
- de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 20 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3231 inzake Bennekom/IISG, waarbij de gevorderde vergoeding werd afgewezen;
- het, op de tarieven voor digitaliseringsprojecten van OnLineArt (een wereldwijd samenwerkingsverband van visuele makers) gebaseerde, (door gebruikers te betalen) *tarief* van € 0,125 per foto dat zij aan Pictoright betaalt op grond van een (pas) op 12 oktober 2017 gesloten digitaliseringsovereenkomst (productie 4 EL); op grond daarvan heeft zij een "blanket licence" verkregen voor alle auteursrechtelijk beschermde afbeeldingen van Pictoright-leden binnen haar fotocollectie van 90.000 tot 100.000 afbeeldingen voor een bedrag van € 12.500,--;
- de (door makers te ontvangen) *vergoeding* die een bij Pictoright aangesloten fotograaf ontvangt van € 5,-- per foto als het gaat om één foto en € 50,-- als het gaat om tussen de 11 en 25 foto's (zie het opgaveformulier digitaliseringsvergoeding beeldarchieven /krantenarchieven 2014 en 2015, productie 7 EF), welk laatste bedrag Pictoright bij brief van 29 november 2017 onverplicht (daar het onderhavige geschil buiten de het bereik van de regeling valt) heeft aangeboden aan X te betalen (gedurende vijf jaar, mits de foto's nog auteursrechtelijk beschermd waren (productie 8 EL));
- de vergoeding die zij in het verleden heeft betaald aan fotografen voor online beschikbaar stellen van hun werk van tussen de drie cent en anderhalve euro per jaar, ter onderbouwing waarvan zij overeenkomsten met diverse fotografen uit 2012 en 2013 als productie 6 heeft overgelegd.
- de Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt (DSM-richtlijn) van 17 april 2019, gepubliceerd op 17 mei 2019 en het voorstel daarvan van de Europese Commissie van 14 september 2016 betreffende gebruik van werken die niet meer in de handel zijn door instellingen voor cultureel erfgoed met een Extended Collective Licensing (ECL)-regeling, die beperkingen op het auteursrecht ten gunste van erfgoedinstellingen bevat en op grond waarvan een buitenstaander dezelfde vergoeding zou krijgen als personen die bij een organisatie voor collectief beheer zijn aangesloten tot het moment dat bezwaar wordt gemaakt tegen

-
- toepasselijkheid daarvan (artikel 7 van de richtlijn), hetgeen volgens Erfgoed Leiden zou leiden tot vergoeding van 12,5 cent;
- overeenkomsten, waarbij X aan archief Rivierenland te Tiel het volledige auteursrecht heeft overgedragen voor € 25,- per foto van Roovers bij overdracht van 142 foto's² (zie productie 1 1A EL en punt 99 MvA) en € 16,- per foto van fotograaf Van Krimpen bij overdracht van 36 foto's (zie productie 1 1B).

Zij heeft het hof in overweging gegeven over de hoogte van de vergoeding prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. X verzet zich hiertegen.

31. X betwist de relevantie van de verweerde werken-regeling, omdat deze niet van toepassing is op losse foto's en ansichtkaarten en omdat Erfgoed Leiden bovendien niet heeft voldaan heeft aan de voorwaarde van zorgvuldig onderzoek.

X betwist ook de relevantie van de door Pictoright aan rechthebbenden te betalen vergoedingen omdat hij niet bij Pictoright is aangesloten, Erfgoed Leiden ten tijde van de inbreuk nog geen digitaliseringsovereenkomst met Pictoright had en slechts rond 5% van erfgoedinstellingen een digitaliseringsovereenkomst met Pictoright heeft gesloten. Hij wijst op hogere tarieven die Pictoright voor gebruikers hanteert, althans vorderde in de zaak Pictoright/Stadarchief Rotterdam.

Ook acht hij de DSM-richtlijn en de ECL-regeling niet relevant omdat Erfgoed Leiden ten tijde van de inbreuk geen digitaliseringsovereenkomst met Pictoright had gesloten en er een opt-out mogelijkheid is waarvan X gebruik zou hebben gemaakt daar hij het Roovers-archief actief exploiteert.

X betwist voorts de relevantie van de door Erfgoed Leiden met andere fotografen gesloten overeenkomsten voor het bepalen van de in casu verschuldigde vergoeding omdat het erom gaat welke vergoedingen hij voor Roovers-foto's gebruikelijk bedingt en niets bekend is over de foto's waarop deze overeenkomsten zien, behalve dat de foto's veel jonger (en daardoor volgens X minder waardevol) zijn en dat het om (veel) grote(re) hoeveelheden foto's gaat.

X betwist ten slotte dat de overeenkomsten die hij met het archief Rivierenland heeft gesloten als aanknopingspunt voor het bepalen van de vergoeding kunnen dienen. Wat betreft de overeenkomst betreffende de foto's van Van Krimpen omdat de foto's van (de amateur) Van Krimpen vanwege de kwaliteit, het onderwerp (slechts molens) en de datum minder waard zijn dan de Roovers-foto's. Wat betreft de overeenkomst betreffende de foto's van Roovers omdat het zou gaan om een vriendenprijs, terwijl de prijs bovendien lager was omdat het om overdracht van alle (142, begrijpt het hof) foto's van een bepaalde plaats ging.

32. Voor het bepalen van de vergoeding zoekt het hof in de eerste plaats aansluiting bij hetgeen X zelf als vergoeding is overeengekomen met archieven voor online gebruik, waarbij het hof rekening zal houden met hetgeen X onbetwist heeft gesteld over de verschillen tussen de waarde van de foto's van Van Krimpen en de Roovers-foto's. Van deze voor online gebruik bedongen vergoedingen wijken de vergoedingen voor ander dan online gebruik door andere derden (niet archieven) zodanig af dat naar het oordeel van het hof de voor ander dan online gebruik door X bedongen vergoedingen voor de bepaling van de

² Erfgoed Leiden sprak aanvankelijk over € 20,64 per foto voor 172 foto's, maar nadat X stelde dat het gaat om € 25,- per foto voor 142 foto's (zoals ook blijkt uit de bijlage/lijst foto's bij de overeenkomst) is Erfgoed Leiden daar niet meer op teruggekomen, zodat het hof uitgaat van € 25,- per foto.

onderhavige vergoeding niet in aanmerking kunnen worden genomen. Wat betreft de door X bedongen vergoeding voor online gebruik is in deze procedure uitsluitend bekend wat hij met archief Rivierenland is overeengekomen. X stelt dat hij na medio 2016 met een aantal archieven een regeling heeft getroffen over het gebruik van Roovers-foto's (punt 9 ID), maar heeft zich niet uitgelaten over de inhoud van die overeenkomsten en de hoogte van de overeengekomen vergoedingen. Deze omstandigheden rechtvaardigen dat het hof ook aansluiting zoekt bij de vergoedingen die Erfgoed Leiden met andere fotografen is overeengekomen voor online gebruik. Daarbij zal het hof rekening houden met de opmerkingen van X over deze vergoedingen en deze zo nodig relativeren. Teneinde de diverse vergoedingen te kunnen vergelijken zal het hof deze "omrekenen" naar licentievergoedingen per jaar, waarbij het hof ervan uitgaat dat, zoals Erfgoed Leiden onbetwist heeft gesteld (zie punt 80 CvA en 1 16 MvG), afkoopsommen voor gebruik voor onbepaalde tijd worden teruggerekend naar een bedrag per jaar door ze door tien te delen en dat dit ook geldt voor vergoedingen voor overdracht van het auteursrecht. Voorts zal het hof in aanmerking nemen dat uit de niet betwiste stellingen van X en de overgelegde producties valt af te leiden dat gebruikelijk is dat de vergoeding per foto (aanzienlijk) lager wordt naarmate voor meer foto's tegelijkertijd een licentievergoeding of een (af)koopsom wordt overeengekomen. Aan deze zeer bepalende factor gaat Erfgoed Leiden ten onrechte voorbij. De vergoedingen die Pictoright aan fotografen voor online gebruik toentertijd betaalde acht het hof, hoewel in casu niet van toepassing nu Erfgoed Leiden pas in 2017 een digitaliseringsovereenkomst is aangegaan en X niet is aangesloten bij Pictoright, mede in het licht van de DSM-richtlijn, tevens van belang omdat het daarbij gaat om aan fotografen betaalde en door die fotografen kennelijk acceptabel geachte vergoedingen voor vergelijkbaar gebruik. Het hof zal deze vergoedingen primair gebruiken als vergelijkingsmateriaal en daarbij aansluiting zoeken als daarvoor, na vergelijking met in de praktijk bedongen vergoedingen, aanleiding is. De door Erfgoed Leiden met Pictoright overeengekomen *tarieven* acht het hof in dit verband niet van belang, nu deze betrekking hebben op 90.000 tot 100.000 werken van allerlei andere makers en blijkt dat ook hierbij voor de hoogte van die tarieven het totaal aantal werken waarop de digitaliseringsovereenkomst betrekking heeft een zeer belangrijke factor is. Uit de stellingen van partijen is immers af te leiden dat het tarief per jaar per foto bij één foto € 180,-, bij 100 foto's € 15,- en bij 100.000 foto's 12,5 cent per foto bedraagt (zie o.a. punten 17 en 49 pleitnotities X en de door Erfgoed Leiden met Pictoright gesloten digitaliseringsovereenkomst). Het hof acht het niet juist het *tarief* dat Erfgoed Leiden voor het gebruik van 100.000 foto's is overeengekomen te delen door 100.000 om de *vergoeding* die de auteursrechthebbende toekomt voor een gering aantal foto's te bepalen. Dat dat niet juist is blijkt ook uit de tarieven en vergoedingen die Pictoright hanteert.

33. Het bovenstaande in aanmerking nemende gaat het hof ervan uit:

- dat op grond van de door X met archief Rivierenland gesloten overeenkomsten tot *overdracht* van de auteursrechten met betrekking tot 142 Roovers-foto's en 36 foto's van Van Krimpen kan worden aangenomen dat deze zijn gelijk te stellen met licentievergoedingen per foto per jaar van:
 - € 2,50 bij 142 foto's
 - € 1,60 bij 36 foto's;
- dat de door Erfgoed Leiden betaalde vergoedingen aan fotografen voor het voor onbepaalde tijd tonen van foto's in het beeldarchief neerkomen op overeengekomen vergoedingen per foto per jaar van:
 - € 1,- bij 510 foto's (productie 6a EL, 1 12 CvA)
 - € 1,50 bij 40 foto's (productie 6b EL, 1 13 CvA)

-
- € 1,50 bij een onbekend aantal foto's (zie punten 78 CvA en 114 MvG en productie 6c EL, 114 CvA)
 - € 0,03 bij 71.000 foto's (productie 6d EL, 115 CvA)
 - dat de door Pictoright toentertijd aan de auteursrechthebbende te betalen vergoeding per foto per jaar bedroeg:
 - € 5,- bij één foto,
 - € 2,77 bij 36 foto's,
 - € 2,50 bij 40 foto's,
 - € 2,11 bij 142 foto's,
 - € 0,59 bij 510 foto's
 - € 0,03 bij 71.000 foto's (vergelijk productie 7 EL).

34. Uit dit overzicht is af te leiden dat de bekende overeengekomen vergoedingen in de buurt liggen van de Pictoright-vergoedingen en maximaal 70% (en dus niet vele malen) hoger zijn dan de Pictoright vergoedingen (in het geval van door Erfgoed Leiden gesloten overeenkomst betreffende 510 foto's, productie 6a EL), hetgeen rechtvaardigt de Pictoright-vergoedingen ook in aanmerking te nemen bij het bepalen van de verschuldigde vergoeding. Voorts blijkt uit het bovenstaande dat zowel de in de praktijk bedongen vergoedingen als de Pictoright-vergoedingen voor vergelijkbaar online gebruik vele malen lager zijn dan het gevorderde bedrag van € 75,- per foto, de door X bedongen vergoeding voor ander dan online gebruik en de tarieven van stichting Fotoanoniem. Ten slotte blijkt dat de door X overeengekomen vergoeding voor Roovers-foto's ongeveer 19% hoger was dan de Pictoright-vergoeding (voor 142 foto's). X stelt dat de door hem bedongen vergoeding lager was dan normaal omdat het een vriendenprijs was. Nu hij dat tegenover het beroep door Erfgoed Leiden op de desbetreffende overeenkomsten echter niet heeft onderbouwd en niets heeft gesteld over de met (vier) andere archieven overeengekomen vergoedingen, neemt het hof deze vergoeding tot uitgangspunt en stelt het de vergoeding voor het onderhavige gebruik van 14 foto's gedurende een jaar vast op de Pictoright-vergoeding van € 50,- plus 20%, derhalve op € 60,- (vergelijk productie 7 EL). Hierdoor heeft het hof ook rekening gehouden met de niet betwiste stelling van X dat de Roovers-foto's een hogere waarde hebben dan andere foto's.

35. Het hof is van oordeel dat er onvoldoende reden is om deze vergoeding te verhogen om de door X in rechtsoverweging 28 aangevoerde redenen. Nu X, tegenover de gemotiveerde betwisting door Erfgoed Leiden niet heeft onderbouwd dat hij de onderhavige foto's van Leiden en omgeving zelf exploiteert en vaststaat dat hij Erfgoed Leiden juist gevraagd heeft de foto's online te houden, kan niet worden aangenomen dat sprake is van voor het bepalen van de vergoeding relevante vermindering van zijn exploitatiemogelijkheden of verlies van zelfbeschikking.

Erfgoed Leiden betwist dat zij onzorgvuldig heeft gehandeld, stellende dat het voor haar onmogelijk was om deze inbreuk te voorkomen anders dan door geen prentbriefkaarten waarvan de maker en de datum onbekend zijn online te zetten. Zij erkent dat zij geen onderzoek heeft gedaan, maar stelt dat een succesvol onderzoek onmogelijk was en dat zij alles gedaan heeft wat van haar in redelijkheid gevergd kan worden door een digitaliseringsovereenkomst met Pictoright aan te gaan en de foto's, waarvan de rechthebbende onbekend is offline te halen als iemand kan aantonen rechthebbende te zijn. Erfgoed Leiden heeft onderbouwd aangegeven waarom succesvol zorgvuldig onderzoek in casu niet mogelijk was en ook na zorgvuldig onderzoek de rechthebbende niet zou zijn gevonden, stellende dat in diverse relevante databanken (van Pictoright en haar zusterorganisaties en de databank met verweesde werken) slechts gezocht kan worden op

naam of pseudoniem van de maker of woorden en dat de kosten van zulk onderzoek, als dat al mogelijk zou zijn, prohibitief hoog zouden zijn. Zij biedt van deze stelling bewijs aan door het horen van concrete getuigen. In gevallen waar onderzoek wel mogelijk is (als een naam op de foto is vermeld) doet zij onderzoek.

36. Weliswaar heeft Erfgoed Leiden de overeenkomst met Pictoright pas gesloten nadat de onderhavige inbreuk door X was ontdekt, maar nu X niet is aangesloten bij Pictoright is dat voor de vraag of Erfgoed Leiden jegens X onzorgvuldig heeft gehandeld niet voldoende relevant. Wel kan van belang zijn of Erfgoed Leiden de naam van Roovers redelijkerwijs had kunnen achterhalen. Tegenover de betwisting door Erfgoed Leiden heeft X zijn stelling dat Erfgoed Leiden onzorgvuldig heeft gehandeld onvoldoende onderbouwd. Hij stelt dat Roovers/X bekend is bij erfgoedinstellingen, (zoals het Stadsarchief Rotterdam, het gemeentearchief Schiedam, de Rijksdienst voor het Cultureel Erfgoed en het Nationaal Archief) zodat deze de foto's eerst aan X hadden kunnen voorleggen voor digitalisering. Dat dit ook geldt voor Erfgoed Leiden stelt, althans onderbouwt hij niet. De enkele omstandigheid dat erfgoedinstellingen lid zijn van de Branchevereniging Archiefinstellingen Nederland (BRAIN) en in dat verband samenwerken is daartoe onvoldoende. Ook stelt hij dat Erfgoed Leiden contact had kunnen opnemen met de vereniging Documentatie Prentbriefkaarten, maar hij geeft niet aan dat dat resultaat zou hebben gehad en op welke wijze. Ten slotte stelt hij dat Erfgoed Leiden onderzoek had kunnen doen naar de op een aantal prentbriefkaarten vermelde uitgevers, maar Erfgoed Leiden heeft gemotiveerd betwist dat dat wat had kunnen opleveren, al omdat het gaat om foto's van decennia geleden en de uitgevers niet meer, althans niet meer in hun toenmalige vorm bestaan. Dat Erfgoed Leiden de prentbriefkaarten in haar online beeldbank heeft opgenomen zonder (de mogelijkheid van) toestemming, acht het hof, gelet op de publieke taak van Erfgoed Leiden en de DSM-richtlijn, alsmede vanwege de omstandigheid dat X op zichzelf geen bezwaar heeft tegen het online plaatsen van de foto's (maar daarvoor wel een vergoeding wil hebben), op zichzelf (nu niet is aan te nemen dat Erfgoed Leiden de identiteit van Roovers en/of X had kunnen achterhalen) niet onzorgvuldig, althans niet zodanig onzorgvuldig dat dit een hogere vergoeding rechtvaardigt.

37. Het bovenstaande leidt er toe dat het hof een bedrag van € 60,- zal toewijzen en grief IV grotendeels slaagt. Het hof ziet geen aanleiding prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad over de hoogte van de vergoeding, nog daargelaten of hier voldaan is aan de eisen van artikel 392 Rv, daar de hoogte van de vergoeding in verschillende zaken afhankelijk is van de (verschillende) omstandigheden van het geval en hetgeen partijen daaromtrent stellen.

Grief/III: belang bij een verklaring voor recht

38. Erfgoed Leiden betwist dat X gerechtvaardigd belang heeft bij de gevorderde verklaring voor recht. Zij stelt dat onder de gegeven omstandigheden het instellen van een procedure ter verkrijging van een verklaring voor recht dat sprake is van auteursrechtinbreuk als onnodig en onevenredig is te kwalificeren en misbruik van recht oplevert, althans moet worden afgewezen omdat X daarbij geen redelijk belang heeft, althans op grond van een afweging van de wederzijdse belangen. X stelt dat hij wel belang heeft bij een verklaring voor recht omdat Erfgoed Leiden niet de inbreuk op alle foto's heeft erkend en omdat, begrijpt het hof, hij zich daarop ook tegenover andere archieven, die (ook) niet erkennen dat zij inbreuk hebben gemaakt, kan beroepen en discussies over zijn status en de rechten op de foto's met anderen kan voorkomen.

39. Daar de gemaakte inbreuken inmiddels zijn beëindigd en daarvoor een vergoeding is toegewezen, heeft X naar het oordeel van het hof geen redelijk belang bij de gevorderde verklaring voor recht.

Wat toewijzing van die verklaring voor recht voor X zou toevoegen aan zijn argumenten in geschillen met andere archieven valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien.

40. De gevorderde verklaring voor recht zal derhalve worden afgewezen. Grief 111 slaagt.

41. Het beroep van Erfgoed Leiden in dit verband op het grondrecht van de informatievrijheid en het belang dat dit soort anonieme foto's online beschikbaar wordt gesteld, behoeft geen behandeling.

Slotsom en proceskosten en het incidenteel beroep

42. Het bovenstaande brengt mee dat het bestreden vonnis in principaal beroep zal worden vernietigd en een bedrag van € 60,- zal worden toegewezen. Het overigens gevorderde zal alsnog worden afgewezen. Nu partijen over en weer in het ongelijk zijn gesteld zullen de kosten in eerste aanleg en principaal appel worden gecompenseerd. In zoverre slaagt grief V. Deze kostencompensatie leidt ertoe dat de incidentele grief van X niet kan slagen. Het incidenteel beroep zal worden verworpen, met veroordeling van X in de kosten van het incidenteel beroep. Deze kosten zullen worden begroot op nihil, nu niet blijkt dat Erfgoed Leiden extra kosten heeft gemaakt voor de behandeling van de incidentele grief. Zij heeft weliswaar nog een memorie van antwoord in incidenteel appel tevens akte uitlating producties genomen, maar daarin is slechts één alinea (zonder bijzondere inhoud) gewijd aan het incidenteel beroep.

43. Voor zover Erfgoed Leiden bij pleidooi in hoger beroep (in punt 36) terugbetaling heeft gevorderd van hetgeen zij aan proceskosten aan X heeft betaald op grond van het bestreden vonnis, gaat het hof aan deze vordering als in strijd met de twee-conclusie-regel voorbij.

Beslissing

Het gerechtshof:

In principaal beroep

vernietigt het tussen partijen door de rechtbank Den Haag, Kanton Leiden/Gouda, zittingsplaats Leiden gewezen vonnis van 5 april 2018,

en opnieuw rechtdoende,

- veroordeelt Erfgoed Leiden om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan X te betalen een bedrag van € 60,-, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 20 oktober 2017 tot de dag der algehele voldoening;
- wijst het meer of anders gevorderde af;
- compenseert de kosten van het geding in eerste aanleg, des dát partijen ieder de eigen kosten dragen;

compenseert de kosten van het geding in hoger beroep des dat partijen ieder de eigen kosten dragen;

in incidenteel beroep

verwerpt het beroep;

veroordeelt X in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Erfgoed Leiden begroot op nihil;

in principaal en incidenteel beroep

verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.D. Kiers-Becking, J.I. de Vreese-Rood en M. Bronneman; het is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 19 mei 2020, in aanwezigheid van de griffier.