

AR: 2023/AR/276

Zetel: S. Granata

Griffier: F. Hsini

Pleiters: mr. E. Parmentier, mr. J. Schiepers loco mr. B. Van den Brande en mr. R. Cnudde

In de zaak: K.H. tegen R.M.G. NV

I. Ten geleide

Gelet op de door de wet vereiste meegedeelde processtukken waaronder het vonnis van 19 januari 2022 (A/22/2129) op tegenspraak gewezen door de Ondernemingsrechtbank Antwerpen (afdeling Antwerpen).

Het bestreden vonnis wordt niet betekend. Het verzoekschrift strekkende tot hoger beroep wordt door de heer J.H. neergelegd ter griffie van dit hof op 16 februari 2023. Het hoger beroep werd regelmatig en tijdig neergelegd en is aldus toelaatbaar.

II. Feiten

1. De R.M.G. NV (hierna aangeduid als "R.M.G.") is een Belgische multimedia groep, onder andere eigenaar van de website <http://focus.knack.be>. De heer K.H. (hierna aangeduid als "K.H.") is een Duitse fotograaf.
2. Op 26 oktober 2021 ontvangt R.M.G. een schrijven waarin beweerd wordt dat K.H. eigenaar is van de auteursrechten op een foto die één van de website van R.M.G. <http://focus.knack.be> werd geplaatst (zonder de toestemming J.H.). Het betreft een foto van de heer F.D. en werd gepubliceerd als illustratie bij een artikel omtrent diens overlijden.
In vermeld schrijven wordt R.M.G. vervolgens in gebreke gesteld om het gebruik van de foto onmiddellijk te staken binnen de 24 u en om binnen de 5 werkdagen een schadevergoeding te betalen van € 14.000 (waarbij K.H. zich baseert op de "geldende tarieven van de beheersvennootschap SABAM"). Het bedrag wordt volgens K.H. berekend aan de hand van het basistarief waarbij een vermeerderend wordt aangerekend per maand dat de foto online stond. Verder wordt een verhoging toegepast van 20 % aangezien er geen voorafgaandelijke toestemming bestond en een verhoging voor 10 % omdat de naam van K.H. niet werd vermeld.
3. R.M.G. zou de foto onmiddellijk na ontvangst van bovenvermeld schrijven offline halen. R.M.G. verkiest echter niet stil te staan bij het verzoek van betaling.
4. Op 4 november 2021 ontvangt R.M.G. een tweede schrijven van K.H. waarin deze aangeeft te hebben kunnen vaststellen dat de foto werd verwijderd van de website van R.M.G., en andermaal aandringt op de betaling van de som van € 14.000. Op 16 november 2021 protesteert R.M.G. vermits het standpunt wordt ingenomen dat er geen enkele aanvaarding vanwege hun zijde kan worden afgeleid uit het feit

van het offline halen van de foto. In een mail van R.M.G. op 22 november 2021. In dit schrijven wijst R.M.G. op het volgende:

- Er ligt geen bewijs voor dat K.H. de auteursrechthebbende is.
 - De foto werd geplaatst onder een "Creative Commons licentie" (CC BY-SA 2.0) (hierna aangeduid als "CC Licence"), waaruit het recht zou ontstaan de desbetreffende foto rechtmatig gedistribueerd kan worden via gelijk welk medium en gelijk welk formaat.
 - De aangerekende bedragen worden in vraag gesteld en liggen niet in lijn met de gangbare tarieven waarbij R.M.G. aangeeft dat deze gangbare tarieven (voor foto's afkomstig uit een beeld databank) liggen tussen de € 5 en € 75.
 - Dat de acties van K.H. wijzen op "copyright trolling" (vrij vertaald als "auteursrecht-trollen"). Zou K.H. kunnen aantonen dat hij auteursrechthebbende is van de kwestie foto en zou K.H. kunnen aantonen dat de kwestie publicatie niet onder de CC Licence zou ressorteren, toont R.M.G. bereidheid om een vergoeding te betalen (doch in lijn met de gebruikelijke tarieven voor het gebruik en publicatie ervan op haar website).
5. Terzijde merkt ROUARTA op dat zij sinds oktober 2020 vanwege de raadsleden van K.H. meerdere ingebrekestellingen en ontwerpen van dagvaarding mocht ontvangen waarbij deze optreden voor derden in gelijkaardige bevoegdingen waarbij steeds "torenhoge" schadevergoedingen worden gevorderd. In deze ingebrekestellingen, met ontwerp dagvaarding, wordt gedreigd met inleiding van de zaak voor de ondernemingsrechtbank te Gent (afdeling Gent). In dit licht rekent R.M.G. een recente uitspraak aan van de ondernemingsrechtbank van Gent (afdeling Gent) van 16 juni 2022 (A/21/02382) (waarbij de tegenpartij werd vertegenwoordigd door hetzelfde kantoor/raadsman als deze die K.H. in deze zaak vertegenwoordigen en vorderingen worden ingesteld op basis van de dezelfde gronden en berekeningswijze). Tegen dit vonnis werd blijkbaar hoger beroep aangetekend. Na deze (voor zijn cliënt nadelige) uitspraak, zal het kantoor/raadsman van K.H. deze procedure (en gelijkaardige procedures) inleiden voor de ondernemingsrechtbank Antwerpen (Afdeling Antwerpen).
6. Er volgt geen antwoordschrijven van K.H. op het schrijven van R.M.G. van 16 november 2021 en K.H. gaat vervolgens over tot dagvaarding op 13 mei 2022 voor de ondernemingsrechtbank Antwerpen (Afdeling Antwerpen). De gevorderde som in rechte daalt echter van € 14.000 naar € 5.760 en ondergeschikt € 870,78.

III. Oorspronkelijke vorderingen een vonnis a quo

7. K.H. vorderde in eerste aanleg:
Voor recht te horen zeggen dat R.M.G. door betaling te weigeren, het auteursrecht van K.H. heeft geschonden;
Dienvolgens in hoofdorde:
- R.M.G. te horen veroordelen tot het betalen aan K.H. van een bedrag van € 5.760,00, meer interesten aan de interestvoet van toepassing ingevolgde de Wet van 2 augustus 2002;

- R.M.G. te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding van 15% van het totaal van het verschuldigde bedrag, zijnde € 864,00, meer interesten;

In ondergeschikte orde:

- R.M.G. te horen veroordelen tot het betalen aan K.H. van een bedrag van € 870,78, meer interesten aan de interestvoet van toepassing ingevolge de Wet van 2 augustus 2002;
- R.M.G. te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding van 15% van het totaal van het verschuldigde bedrag, zijnde € 130,62, meer interesten;

R.M.G. te veroordelen tot de kosten van het geding met inbegrip van de maximumrechtsplegingsvergoeding van € 2.800,00, minstens € 1.260,00 en de dagvaardings- en procedurekosten.

8. R.M.G. verzocht de eerste rechter op haar beurt om de vordering van K.H. af te wijzen als onontvankelijk, onredelijk als ongegrond;
Meer ondergeschikt verzocht R.M.G. om het verschuldigde bedrag voor het gebruik van de foto te matigen tot een in casu redelijk bedrag van € 32.
Tevens vroeg zij K.H. te veroordelen tot de kosten van het geding.
9. De eerste rechter verklaarde de hoofdeis toelaatbaar en beperkt gegrond in volgende mate:
 - R.M.G. werd veroordeeld tot betaling aan K.H. van het bedrag van € 145,13, te vermeerderen met de gerechtelijke vergoedende interesten aan de wettelijke interestvoet in burgerlijke- en handelszaken bepaald in artikel 2, § 1 van de Wet van 5 mei 1865 betreffende de lening tegen interest, zoals gewijzigd door artikel 84 van de Programmawet (I) van 27 december 2006, vanaf datum van dagvaarding, zijnde 13 mei 2022 tot op datum van volledige betaling.
 - K.H. werd veroordeeld tot betaling van de kosten van het geding, verrekend op de rechtsplegingsvergoeding van € 3.000,00.
 - Verder werd K.H. veroordeeld tot betaling van de rolrechten in eerste aanleg en in hoger beroep aan FOD Financiën.

IV. Eisen in hoger beroep

10. In zijn laatste conclusie in hoger beroep verzoekt HIRTSCHLER zijn hoger beroep toelaatbaar en gegrond te verklaren en als dusdanig het bestreden vonnis gedeeltelijk te hervormen en voor recht te horen zeggen dat R.M.G. het auteursrecht van appellant heeft geschonden;

Dienvolgens in hoofdorde:

- R.M.G. te horen veroordelen tot het betalen aan HIRTSCHLER van een bedrag van € 5.760,00 (op basis van tarieven van OnlineArt-tarieven), meer interesten aan de interestvoet van toepassing ingevolge de Wet van 2 augustus 2002;
- R.M.G. te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding van 15% van het totaal van het verschuldigde bedrag, zijnde € 864,00, meer interesten;

In ondergeschikte orde:

- R.M.G. te horen veroordelen tot het betalen aan appellant van een bedrag van € 3.315,39 (op basis van het gemiddelde tussen tarieven van OnlineArt en SOFAM),

meer interesten aan de interestvoet van toepassing ingevolgde de Wet van 2 augustus 2002;

- R.M.G. te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding van 15% van het totaal van het verschuldigde bedrag, zijnde € 497,31, meer interesten;

In meest ondergeschikte orde:

- R.M.G. te horen veroordelen tot het betalen aan appellant van een bedrag van € 870,78 (op basis van tarieven van SOFAM-tarieven), meer interesten aan de interestvoet van toepassing ingevolgde de Wet van 2 augustus 2002;
- R.M.G. te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding van 15% van het totaal van het verschuldigde bedrag, zijnde € 130,62, meer interesten.

In elk geval:

- R.M.G. te veroordelen tot de kosten van het geding met inbegrip van de maximumrechtsplegingsvergoeding van € 3.000,00 per aanleg, meer de dagvaardings- en procedurekosten.

11. R.M.G. verzoekt het hoger beroep af te wijzen als ongegrond en vervolgens K.H. te veroordelen tot de kosten van het geding.

V. Ontvankelijkheid

12. Gezien R.M.G. haar argumentatie omtrent de ontvankelijkheid van de vorderingen niet herneemt, behoeft het hof deze niet meer te beoordelen.

VI. Beoordeling

VI.A. Auteursrechtelijke beschermd karakter van de foto's en K.H. als auteursrechthebbende van deze foto's

13. Noch het auteursrechtelijk beschermd karakter van de litigieuze foto's noch het gegeven dat K.H. als auteur/auteursrechthebbende dient beschouwd te worden, wordt in deze stand van de procedure (nog) in vraag gesteld door R.M.G. R.M.G. werpt op dat omtrent het bovenstaande pas lopende de procedure in eerste aanleg stelling werd ingenomen terugvallend op bewijs krachtige stukken. Hiervan was echter geen spoor terug te vinden noch de ingebrekestellingen noch in de communicatieve uitgaande van K.H. na verzoekt tot stellingname hieromtrent door R.M.G. in haar protest.

VI.B. Creative Commons Licentie

14. R.M.G. verwijst naar haar stuk 6 waar op de tweede pagina het volgende te lezen is: "Deze afbeelding is oorspronkelijk op Flickr geplaatst door Affendaddy op <https://www.flickr.com/photos/33589304@N02/5442580764>. Dit is op 12 juni 2011 door de Flickr-viesR-Bot beoordeeld en de licentie onder de voorwaarden van cc-by-sa-2.0 is bevestigd." Bij het aanklikken van de link wordt men gedirigeerd naar het Flickr-account van HILS.

15. De heer K.H. publiceerde de foto blijkbaar (op het moment van overname door R.M.G.) onder een CC Licentie. Creative Commons betreft een project dat als doel heeft werken (zoals foto's) vrijer beschikbaar te stellen op het internet dan bij het traditionele auteursrecht mogelijk is. Blijkbaar werd de eerdere aanduiding van een dergelijke CC Licentie nu weggelaten en wordt bij de foto enkel melding gemaakt van "All Rights Reserved".
16. R.M.G. geeft toe dat ze de licentieverwijderaar "niet mooi" heeft gevolgd en dat ze de foto publiceerde zonder de naam van K.H., hetgeen een licentievoorwaarde betreft. K.H. wijst hierbij dan ook rechtmatig op de ontbinding van de overeenkomst conform artikel 7 a van de CC-BY-SA-2.0 licentie waarin wordt aangegeven dat "elke inbreuk op de bepalingen van deze Licentie waarvoor u verantwoordelijk bent" leidt tot de "automatische" ontbinding van de Licentie en het einde van de rechten die eruit voortvloeien. Onder artikel 4 van de licentie wordt inderdaad aangegeven dat de naam van de auteur dient vermeld te worden.

VI.C. Auteursrechtelijke inbreuk: Staking en Schadevergoeding

VI.C.1. Inleidend

17. R.M.G. betwist niet dat zij artikel XI.165§ 1 (1) WER (reproductierechten) en artikel XI.165 § 2 WER (morele rechten) heeft geschonden en dat K.H. gerechtigd is de staking van deze inbreuken te vorderen en recht heeft op een schadevergoeding conform artikel XI.335 WER.
18. Wel betwist R.M.G. de hoogte van het gevorderd bedrag (bij ingebrekestelling € 14.000, na dagvaarding in eerste aanleg in hoofdorde € 5.760 (en ondergeschikt € 870) en in hoger beroep in hoofdorde hoofdorde € 5.760 (en ondergeschikt € 3.315,39 en meer ondergeschikt 870).
19. Verder zal R.M.G. algemeen wijzen op de strategie van K.H. (beter zijn raadsman/advocatenkantoor) om een exorbitante schadevergoeding te vorderen (alsmede de wijze waarop) die niet kan in overeenstemming worden gebracht met de rechtmatige uitoefening van het recht op schadevergoeding (hetgeen door R.M.G. wordt beschouwd als "misbruik van recht" en/of een "inbreuk op de eerlijke marktpraktijken"). In dit kader wordt eveneens het zogenaamd fenomeen van auteursrechtelijke trollen aangekaart.

VI.C.2. Algemeen: recht op schadevergoeding

20. Artikel XI.335 WER richt de principes aan m.b.t. de vergoeding van schade veroorzaakt door een inbreuk op auteursrechten. Als algemeen principe wordt in artikel XI.335 § 1 WER vooropgesteld dat de benadeelde recht heeft op een vergoeding van elke (economische en/of morele) schade die hij door de inbreuk op zijn auteursrechten lijdt. Hierbij gelden dezelfde principes als voor de algemene burgerrechtelijke aansprakelijkheid (artikel 1382 e.v. OBW). In lijn met deze principes heeft de auteursrechtelijke benadeelde recht op een

integrale schadevergoeding (“restitutio in integrum”).

21. Het Belgisch rechtsstelsel kent het principe van "punitive damages" (vrij vertaald als “bestraffende schadevergoeding”) niet. In het verlengde hiervan bestaat er in het Belgische rechtsstelsel evenmin een de lege bepaling die zou toelaten (of opleggen) dat bij een inbreuk op intellectuele eigendomsrechten een verdubbeling (of alternatieve vermeerdering) wordt toegestaan van de (bij het niet concreet bepaalbaar zijn van de werkelijke schade en gebruik makende van hypothetische) royalty's/vergoedingen.

De Europese regelgever verzet zich ten andere niet tegen een dergelijke vermeerdering. Dit laatste werd duidelijk uit het arrest van het Hof van Justitie van 25 januari 2017 (HvJ EU, 25 januari 2017, OTK vs. SPP, ECLI:EU:C:2017:36) waarin wordt aangegeven, met verwijzing naar overweging 26 van de Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (hierna aangeduid als “Handhavingsrichtlijn”), dat artikel 13 (1), 2 (a) van deze richtlijn zich niet verzet tegen een nationale regeling "volgens welke de rechthebbenden wiens aan het auteursrecht verbonden vermogensrechten zijn geschonden" waarbij van een inbreukmaker een vergoeding kan worden gevorderd ten belope van een bedrag "ter hoogte van tweemaal de hypothetische royalty's".

22. De Belgische benadering houdt een equivalentie in tussen de schade en het herstel ervan, hetgeen op zich inhoudt dat de benadeelde-auteur/fotograaf recht heeft op een vergoeding die gelijkloopt met de vergoeding die hij zou gevraagd hebben zou hij toestemming hebben gegeven tot het gebruik van zijn werk.

23. Om de vergoeding te kunnen bepalen die een auteur/fotograaf zou hebben gevraagd indien hij zijn toestemming zou hebben gegeven, is het aangewezen de gebruikelijke wijze waarop een vergoeding wordt overeengekomen (voorafgaandelijk aan inbreuk) te onderzoeken. Dergelijke vergoeding lijkt als volgt tot stand te kunnen komen:

- hetzij doordat de (potentiële) gebruiker kan terugvallen op de ter beschikking stelling van werken (foto's) via beeldendatabanken. Hierbij heeft de auteur/fotograaf zijn toestemming verleend aan de houder van een dergelijke databank om zijn werk/foto op te nemen in een dergelijke databank en verklaarde hij zich als dusdanig akkoord met de licentievergoedingen die worden gevraagd. In een recente uitspraak van het Duitse Bundesgerichtshof (15 juni 2023)(Urteil des I. Zivilsenats vom 15.6.2023 – I ZR 179/22 – (bundesgerichtshof.de) wordt ingegaan op de voordelen voor de auteur/fotograaf om toe te treden tot een beeldendatabank waar van het enkel van deze elementen hierna verder uitwerkt:
 - De auteur/fotograaf kiest voor een dergelijke databank om tijd en geld te besparen bij het beschikbaar maken van zijn werken/foto's op de markt.
 - Het verdienmodel van een dergelijke beeldendatabanken is gebaseerd op een brede verspreiding van foto's met het doel zo veel mogelijke potentiële gebruikers te bereiken.
 - Het doel zoveel mogelijk potentiële gebruikers te bereiken (en hen aan te zetten foto's uit de beeldendatabank te gebruiken) wordt eveneens

benaderstigd door aantrekkelijke licentievoorwaarden aan te bieden (hetgeen wordt bewerkstelligd door lage licentievergoedingen en ruime gebruiksrechten).

- Aangezien de auteur/fotograaf kan terugvallen op een brede verspreiding van zijn werken en een actieve publiciteit door de houder van dergelijke (commerciële) databanken (waarbij bv. kan gewezen worden op het feit dat indien een gebruiker op zoek gaat naar een foto ter illustratie van een bepaald onderwerp via het internet de foto's opgenomen in een fotodatabank bij de eerste zoekresultaten zullen verschijnen), zal de auteur/fotograaf akkoord gaan met een lagere vergoeding voor het gebruik van zijn werken/foto's.
- De auteur/fotograaf maakt een actieve keuze om zijn werken/foto's aan een bepaalde (vaak lage) vergoeding aangeboden te zien doch met als (verhoopte) tegenprestatie dat zijn werk/foto sneller en vaker zal gebruikt worden. Hij zal de (lage) financiële compensatie afwegen t.o.v. de eigen financiële inspanningen die hij dient te ondernemen om zijn werk/foto te verspreiden voor gebruik.

Om deze reden lijkt het niet aangewezen om in de dergelijk model overeengekomen vergoeding als standaard te nemen aangezien niet alleen de kans wordt ontnomen aan de auteur/fotograaf om al dan niet toe te treden tot deze databank doch nog méér aangezien de aangerekende vergoeding (inziens deze als "normale (concrete) vergoeding" zou worden beschouwd) hem geen van de voordelen oplevert die hem worden geboden indien het werk/foto daadwerkelijk werd opgenomen in een dergelijke beeldendatabank. De verwijzing naar de "geldende tarieven" gehanteerd door deze beeldendatabank als "marktconform" bij een inbreukmakend gebruik wordt dan ook niet aanvaard door het hof.

- Hetzij doordat gebruik wordt gemaakt van een zogenaamd Creative Commons (of gelijkaardige) licentie waarbij de auteur/fotograaf geen recht op een vergoeding verwerft indien de gebruiker zich strikt houdt aan de licentievoorwaarden. Hierop wordt verder ingegaan in deze dossiers waarbij de verweerde partij zich beroept op dergelijke licentie, doch is niet richtinggevend bij het bepalen van een vergoeding in de gevallen waar de auteur/fotograaf zijn werk bewust niet op een dergelijke wijze heeft ter beschikking gesteld.
- Hetzij doordat de vergoeding wordt overeengekomen tussen de auteur/fotograaf en de (potentiële) gebruiker "at arms length" in onderhandeling. Dergelijke onderhandelingen zullen resulteren in een overeengekomen bedrag, waarbij zowel de auteur/fotograaf als de gebruiker zich door verschillende parameters laten leiden om een bepaald bedrag te aanvaarden. Voor de auteur/fotograaf kunnen volgende (niet-limitatieve) omstandigheden een rol spelen bij het voorstellen of zich akkoord verklaren met een bepaalde vergoeding (het al dan niet unieke karakter van de foto (in de zin van het aantal alternatieven op de markt), de wijze en aard van de publicatie, het al dan niet vermelden van zijn naam, de duur van het gebruik, het gebruik van alleen zijn foto dan wel de opname in een galerij, ...). Deze onderhandelde vergoeding ter gebruik van een werk/foto, lijkt aangewezen als richtsnoer om de hoogte van een vergoeding te bepalen die de auteur/fotograaf zou

gevraagd hebben indien hij zijn toestemming zou hebben gegeven en van een "concrete vergoeding" zou inhouden.

24. Aangezien het niet voor de hand ligt voor een auteur/ fotograaf om zijn schade concreet te begroten (zeker indien (gelijkaardige) eerdere licentieovereenkomsten met derden kunnen worden gevolgd ter begroten), biedt artikel XI.335 § 2 WER een uitkomst door aan de rechter de mogelijkheid te bieden de schadevergoeding naar redelijkheid en billijkheid te bepalen op een forfaitair bedrag.
25. Met betrekking tot een dergelijk forfaitair bedrag (schadevergoeding vastgesteld naar redelijkheid en billijkheid) lijkt het voor het hof bij gebrek aan gepaste alternatieven aangewezen gebruik te maken van de basistarieven (als indicatie) die worden aangereikt door erkende (Belgische) beheersvennootschappen (al dan niet verhoogd ter vergoeding van de gemiste kans – zie infra).
In de dossiers hangende voor het hof wordt door de auteur/fotograaf verwezen naar de tarieven die zouden gehanteerd worden door OnlineArt, een vereniging waarvan SABAM en SOFAM lid zouden zijn. Het hof aanvaardt deze tarieven niet voor de Belgische markt en motiveert als volgt:
 - Er wordt melding gemaakt dat de “OnlineArt tarieven van toepassing zijn op alle gebruikers in België”. Het is voor het hof onduidelijk op grond waarvan deze stelling wordt gegrond, te meer daar de tarieven waarvan melding wordt gemaakt niet online beschikbaar zijn. Zij zijn niet consulteerbaar via de website van OnlineArt (méér nog de website is gewoonweg niet beschikbaar wegens werkzaamheden) noch via de websites van SABAM dan wel SOFAM. Het is dan ook niet duidelijk of deze tarieven op de Belgische markt relevant of representatief zijn. De auteur/fotograaf verwijst naar de website van FOD Economie waarin wordt verwezen naar OnlineArt (Guidelines-auteursrechten-voor-websitehouders.pdf (fgov.be)) als organisatie. De website van FOD Economie zou een aangifte-mogelijkheid aangeven via OnlineArt voor het verkrijgen van wereldwijde licenties voor het gebruik op het internet van werken van visuele kunst van 30.000 artiesten bij “buitenlandse beheersvennootschappen” (p. 9 van de richtlijnen). Het systeem zou licenties genereren voor “de reproductie van werken op een website of intranet, voor het downloaden of voor ‘pay-per-view’”. Gezien het niet-toegankelijk zijn van de website van OnlineArt kan het een en ander niet worden nagegaan nu lijkt het een “wereldwijde” licentie ook niet in overeenstemming met het inbreukmakende gebruik.
 - OnlineArt lijkt inderdaad niet als leden individuele auteurs/fotografen te hebben, doch wel andere beheers-belangengroeperingen. De vergoeding die wordt aangerekend lijkt dan ook toe te komen aan deze (deelnemende) beheersvennootschappen en niet aan individuele auteurs. De individuele auteurs (aangesloten bij nationale beheersvennootschappen) vallen terug op de tarieven die publiek beschikbaar zijn via deze beheersvennootschappen. Het is volstrekt onduidelijk of de individuele leden van bv. SOFAM recht hebben op de tarieven die OnlineArt zou hanteren.

- Tenslotte wordt gesteld dat OnlineArt “onder de strikte controle (zou) staan van FOD Economie”. Hieraan wordt echter onvoldoende bewijs aangereikt. Zeer concreet dient conform artikel XI.273/17 § 1 WER aan de beheersvennootschappen en collectieve beheersorganisaties bedoeld in artikel XI.246, § 1, eerste en tweede lid WER, die hun activiteiten in België willen uitoefenen, alvorens met hun activiteiten te beginnen, een vergunning te worden verleend door de bevoegde minister. Er ligt onvoldoende informatie voor aangaande de vraag of deze structuur van OnlineArt ressorteert onder artikel XI.246 § 1 3° of de (4° lid WER van artikel XI.246 § 2 WER zodat er dient vanuit gegaan te worden dat een vergunning dient te bestaan indien ze rechtsgeldig als Belgische beheersvereniging zou optreden (en onder toezicht zou staan). Dergelijke vergunning ligt niet voor. Verder kan in dit licht er eveneens worden op gewezen dat OnlineArt blijkbaar niet wordt opgenomen in het overzicht aangeboden op de website van FOD Economie onder het document “Voorstelling van de beheersvennootschappen, collectieve beheersvennootschappen en onafhankelijke beheersentiteiten” (cf. Voorstelling van de beheersvennootschappen, collectieve beheersorganisaties en onafhankelijke beheersentiteiten (fgov.be)).

26. Waar bepaalde rechtspraak ter invulling van dit redelijk en billijk forfaitair bedrag heeft teruggerepen naar de geldende SOFAM-tarieven kan het hof dergelijke benadering aanvaarden. Het past in het kader van de toepassing van de SOFAM-tarieven enige duiding te geven omtrent de (forfaitaire en percentagele) verhogingen die worden toegepast op het basistarief.

De verhogingen van het basistarief van SOFAM worden door het hof aanvaard als een vergoeding voor de schade die de auteur/fotograaf lijdt doordat hem de mogelijkheid (kans) wordt ontnomen om in het kader van onderhandelingen zijn toestemming niet te geven voor het gebruik van zijn foto (aan een bepaald basistarief).

Het betreft dan ook niet een zogenaamde “bijkomende vergoedingskans” of “verhoging van de schadevergoeding” maar geeft invulling aan de daadwerkelijke vergoeding voor deze gemiste kans in hoofde van de auteur/fotograaf om hetzij een hogere vergoeding te onderhandelen dan wel eenvoudigweg zijn toestemming niet te geven. De gemiste kans kan immers enerzijds bestaan uit het verlies van een kans op het verwerven van voordeel (vergoeding hoger dan de basistarieven) en anderzijds uit het verlies van een kans op het vermijden van een nadeel (o.a. door het niet geven van toestemming om de publicatie te vermijden).

De billijke en redelijke vergoeding in de vorm van een forfaitair bedrag bestaat dan uit het indicatief basistarief voor een toegestemd gebruik (aangepast aan de wijze van publicatie) verhoogd met een vergoeding (percentage) van het basistarief ter dekking van de gemiste kans om een eventueel verhoogd bedrag te onderhandelen dan wel eenvoudigweg zijn toestemming niet te geven onafhankelijk van het tarief. Dat dergelijke verhoging van de basistarieven als neveneffect een ontradende werking (en zelf als bestraffend) zou hebben, mag dan wel zijn, maar doet geen afbreuk aan de essentie van de vergoedende functie van de schadevergoeding. De verhoging wordt dan ook niet toegepast met als doel een private sanctie doch wel om de hierboven weergegeven gemiste kans te vergoeden.

27. Ter volledigheid dient aangegeven dat de door SOFAM aangegeven verhogingen geen automatische mag zijn doch dient ingevuld afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Deze omstandigheden van het geval kunnen een concrete invulling inhouden van de “gemiste kans”, en concreet hoe zeker en reëel de gemiste kans was en wat de omvang van de kans was. Dergelijke omstandigheden van het geval kunnen zijn (zonder op enige wijze beperkend te zijn):

- De eerdere opname van de foto in een beeldbank en de bekendheid van die beeldbank.
- De mogelijkheid voor de gebruiker om de oorsprong (auteur/fotograaf dan wel auteursrechthebbende) van de foto te achterhalen.
- Licentie-modellen waartoe de auteur/fotograaf reeds was toegetreden (zoals Creative Commons Licenties).
- De mogelijke urgentie die gepaard gaat met de publicatie van een foto als illustratie;
- Het gegeven dat het werk in opdracht werd gemaakt voor derde die het ter beschikking stelde via het internet. Hierbij kan eveneens het toepasselijk recht een rol spelen m.b.t. de rechten die deze derde verwerft;
- Het gegeven dat een auteur/fotograaf wegens redenen eigen aan hem nooit zou akkoord zijn gegaan met een welbepaalde publicatie.

28. Met betrekking tot de indicatieve tarieven gehanteerd door SOFAM dient tenslotte te worden aangegeven dat de statuten van SOFAM voorzien in een inhouding van 20 % op deze tarieven voor administratieve dienstverlening zodat de auteur/fotograaf (lid van de beheersvereniging) enkel recht lijkt te hebben op 80 % van de geïnde bedragen.

Het hof oordeelt het redelijk om abstractie te maken van deze 20 % als het indicatief tarief als basis (met verhogingen) wordt gebruikt ter bepaling van het redelijk en billijk bedrag en in ter dekking van het onderzoekwerk en eigen administratie die een auteur/fotograaf dient te volbrengen ter handhaving van een auteursrechtelijke inbreuk.

29. De vergoeding (al dan niet forfaitair bepaald) is tenslotte relatief in de zin dat deze ook afhangt van de omstandigheden van het geval waarbij kan worden gewezen op onderstaande factoren (niet limitatief) die eveneens een invloed kunnen hebben op de uiteindelijke bepaling van de vergoeding (een los staan van de invulling van de hierboven weergegeven gemiste kans):

- de plicht tot beperking van de schade in hoofde van de benadeelde. Zo kan rekening worden gehouden met de termijn tussen het vaststellen van de vermeende auteursrechtelijke inbreuk en de eerste ingebrekestelling (waarbij eveneens rekening kan worden gehouden met de termijn waarna de vermeende inbreukmaker het werk offline plaatst – al dan niet onder voorbehoud van rechten) alsmede de termijn tussen de laatste ingebrekestellingen en het inleiden van de procedure in rechte.
- Het verloop van de onderhandelingsfase voorafgaandelijk de uiteindelijk het inleiden van een procedure in rechte en het loyaal voeren van een dergelijke procedure in rechte waarbij dient gewezen te worden op de goede trouw in hoofde van beide partijen (zie infra onder “rechtsmisbruik”).

30. Op basis van bovenstaande elementen en rekening houdend met de omstandigheden van het geval wordt het hof in de mogelijkheid gesteld om de (hetzij concrete hetzij billijke en redelijke) vergoeding te bepalen in equivalenten van de economische en morele schade die de benadeelde auteur/fotograaf lijdt in het licht van een auteursrechtelijke inbreuk.

VI.C.3. Rechtsmisbruik

31. De ondernemingsrechtbank Antwerpen (Afdeling Antwerpen) en in zijn zog het hof van beroep te Antwerpen worden recentelijk geconfronteerd met een groot aantal gelijkaardige procedures waarin een vermeend auteur/fotograaf zijn (vermeende) auteursrechten wenst gerespecteerd te zien en dit nadat deze laatsten zonder toestemming van deze (vermeende) auteur/fotograaf foto's publiceerden op het internet.

32. In deze procedures worden de (vermeende) auteurs/ fotografen vertegenwoordigd door hetzelfde advocatenkantoor (met dezelfde raadsman als dominus litis). Uit de feitelijke gegevens neemt het hof het als aannemelijk aan dat dit kantoor/raadsman in een vorm van samenwerking met het bedrijf www.pixsy.com (hierna aangeduid als "PIXSY") de rechten van deze (vermeende) auteurs/fotografen behartigt. Dit laatste wordt ten andere bevestigd ter pleitzitting.

33. Op de openingspagina van PIXSY wordt aangegeven dat 85 % van de online beschikbare foto's zonder toestemming worden gebruikt. PIXSY heeft een (verdien-)model ontwikkeld waarbij zij aan de hand van een softwareprogramma het internet afspeurt met het oog op het vinden van deze onrechtmatige reproducties en publicaties van foto's van auteurs/fotografen die zich bij PIXSY hebben aangesloten. Auteurs/fotografen worden uitgenodigd om in te schrijven (mits betaling van een maandelijks bedrag) op deze site (en aldus de PIXSY website). Het meest gehanteerde tarief (volgens de PIXSY website) bedraagt US \$ 39/maand voor een account dat o.a. volgende diensten verstrekt:

- Het monitoren van 30.000 foto's
- 300 zogenaamde "take-down-notices" (vrij vertaald als "online stakingverzoeken") waarbij in het verder verklaard gedeelte van de site wordt aangegeven dat deze "take-down-notices" juridisch bindend zouden zijn en overeenstemmen met de vereisten van 35 landen (waarbij ook België wordt aangeduid).
- Gratis en ongelimiteerd "case submission" (hetgeen door het hof wordt verstaan als "het melden van een zaak")

Onder de hoofding "Resolve Copyright Infringement Claims" (vrij vertaald als "Het oplossen van auteursrechtelijke inbreuken") ("Submit & Resolve Copyright Infringement Claims – Pixsy") wordt aangegeven dat alleen een dienstverleningvergoeding wordt aangerekend indien een dergelijke auteursrechtelijke (schade)eis tot een goed einde wordt gebracht (aangeduid als "no win no fee"). Er wordt verder aangegeven dat m.b.t. "legal enforcement" (vrij vertaald als "afdwingbaarheid in rechte") wordt samengewerkt met (nationale) advocaten gespecialiseerd in auteursrecht. Eens de auteur/fotograaf een claim (vrij vertaald als "eis") heeft aangemeld bij PIXSY, zal een interne (PIXSY) dossier-

behandelaar alle praktische stappen ondernemen ter waarborging van de rechten van de auteur/fotograaf en wordt deze blijkbaar niet actief betrokken in de zaak. Onder de prijsinformatie wordt nogmaals herhaald dat het principe “no win no fee” wordt gehanteerd en dat bij het winnen van een zaak een vergoeding wordt aangerekend van 50 % van de verkregen bedragen.

34. Dergelijke software en bijbehorende dienstverlening bieden een belangrijk hulpmiddel voor auteurs/fotografen om een inbreukmakend gebruik van hun werken betekend te zien. Het is inderdaad niet eenvoudig voor auteurs/fotografen een inbreukmakend gebruik van hun foto's terug te vinden en om mogelijk gelijkaardige websites te scannen om vast te stellen wie, op om, op te treden tegen inbreuken in België gepleegd.
35. Terecht heeft de ondernemingsrechtbank Antwerpen in één van zijn tussengekomen vonnissen (vonnis van 19 januari 2022)(AR/22/2129) geoordeeld dat het feit dat PIXSY met het principe “no win no fee” (aangegeven als “no cure no pay”) op zich niet bewijst dat de door de auteur/fotograaf (zij het indirect) gemandateerde raadsman geen betaling zou ontvangen (indien hij geen vergoeding zou bekomen) zodat niet kan besloten worden dat artikel 446ter, 1 Ger Wb zou zijn geschonden. De wet verbiedt inderdaad niet dat de onderneming, die de auteur/fotograaf in contact heeft gebracht met een raadsman, de erelonen zou op zich nemen.
36. Ondanks het lovenswaardig commercieel initiatief van PIXSY (en naar alle waarschijnlijkheid gelijkaardige dienstenverleners op de vrije markt) dient bij het optreden tegen vermeende auteursrechtelijke inbreuken er zorg voor gedragen te worden dat deze rechten worden uitgeoefend op een wijze die naar ons voornemen is met de goede trouw, concreet die mag worden verwacht van elk redelijk en bedachtzaam auteur/fotograaf geconfronteerd met een inbreuk op zijn rechten in gelijkaardige omstandigheden.
In dit licht wordt gewezen op het onderzoek dat dient te worden uitgevoerd door de nationale rechter omtrent het al dan niet misbruik dat wordt gemaakt door een rechthebbende van intellectuele eigendomsrechten bij de handhaving ervan (HvJ EU, 17 juni 2021 Mircon v. Telenet, nr. C-597/19, ECLI EU C 2021 492, ro. 93 en 95 verwijzend naar artikel 3.2. van de Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten).
37. In een verdienmodel waarbij de dienstverlener recht heeft op 50 % van een schadevergoeding, dient er inderdaad zorg te worden gedragen dat de vergoeding die wordt gevorderd de werkelijke (concrete of hypothetische) schade betreft. Verder kan het onderhandelingsproces (voorafgaandelijk het inleiden van een procedure in rechte) een belangrijke indicator zijn omtrent de beoordeling van het al dan niet misbruik dat wordt gemaakt door een rechthebbende van zijn intellectuele eigendomsrechten bij de handhaving ervan.
38. Het past dan ook de wijze van uitoefening van deze rechten (in België) door de benadeelde auteur/fotograaf te onderzoeken. Concreet (zonder beperkend te zijn)

dient het onderhandelingsproces te worden beoordeeld. Dit onderhandelingsproces zal vaak geval per geval verschillen doch doorheen de verschillende dossiers waarmee het hof heden wordt geconfronteerd kan een vast stramien worden blootgelegd:

- De aangesproken vermeende inbreukmakers betreffen (bekendere) Belgische mediagroepen (of grotere bedrijven) die een zekere bekendheid genieten op de Belgische markt.
 - De initiële ingebrekestellingen houden geen (beveiligde) bewijs in omtrent het gegeven dat de eisende partij auteursrechthebbende is en/of of het voorwerp van beslag (de foto) voldoet aan de auteursrechtelijke drempelvoorwaarden.
 - Er wordt pas geruime tijd nadat de foto werd gepubliceerd en gebruikt een (al dan niet gegrond) inbreukmakende vordering ingesteld.
 - De vermeende auteurs/fotografen vorderen de staking van de reproductie en verspreiding en een schadevergoeding op grond van een basistarief van een vermeende beheersvereniging (OnlineArt). Dit tarief wordt aan de hand van verschillende parameters van de inbreukmaker gevarieerd.
 - De ingebrekestellingen worden geprotesteerd waarbij diverse verweerders worden ontwikkeld (onvoldoende of geen bewijs van auteursrechtelijk karakter van de foto, rechtmatig gebruik van de foto's op basis van overname ervan via een beeldendatabank, ...).
 - Centraal in alle protesten (minstens ondergeschikt) het verweer staat dat de aangerekende tarieven niet marktconform zijn waarbij verwezen wordt naar een (vaak) lagere vergoeding die wordt toegekend door de Belgische rechtspraak ten behoeve van de vergoeding van gelijkaardige auteursrechtelijke inbreuken. Verder blijkt dat de desbetreffende aangesproken inbreukmakers (grote multimediaspelers) de foto's echter zullen offline halen (of alleszins niet meer toegankelijk maken via publiek consulteerbare links).
 - In een aantal ervan (meestal ondergeschikt) een redelijke vergoeding wordt voorgesteld of minstens een aanzet gegeven om tot een onderhandelde oplossing te komen.
 - De vermeende auteurs/fotografen (bij monde van hun raadsman) reageren niet inhoudelijk en bevestigen het eerder gevorderd bedrag zonder op enige wijze gevolg te geven aan een gemaakt aanbod tot minnelijke oplossing.
 - Geruime tijd na deze laatste communicatie (en in sommige gevallen méér dan één jaar na de initiële ingebrekestellingen en (inhoudelijk onbeantwoorde) protesten) wordt overgegaan tot dagvaarding, waarbij het in rechte gevorderd bedrag t.o.v. dit in de ingebrekestellingen gevoelig wordt verminderd.
39. Een concreet en aangewezen onderhandelingstraject duiden, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval (waarbij factoren zoals het al dan niet onmiddellijk staken van het vermeend inbreukmakende gebruik, het al dan niet binnen een redelijke termijn beantwoorden van de ingebrekestelling, het al dan niet formuleren van tegenvoorstellen inhoudende een vergoeding, ...), doch essentieel lijkt wel dat de initiële ingebrekestelling door de (vermeende) auteur/fotograaf voldoet aan bepaalde minimumvoorwaarden (die de (vermeende) inbreukmaker toelaten op gepaste wijze te reageren (al dan niet samengaand met een tegenvoorstel)). In het licht van de omstandigheden van het geval oordeelt het hof dat de initiële

ingebrekestelling dient te voldoen aan de volgende voorwaarden opdat enig misbruik van deze rechten wordt vermeden (minstens beperkt):

- Er dient (minstens begin van) bewijs te worden aangereikt omtrent:
 - De stelling dat de vermeende auteur/fotograaf dat hij wel degelijk auteursrechthebbende is van het voorwerp waarop de auteursrechtelijke eis wordt gestoeld.
 - De stelling dat het werk (foto), voorwerp van de auteursrechtelijke eis, voldoet aan de drempelvoorwaarden ter verkrijging van auteursrechtelijke bescherming.
- De aanwijzing van het (vermeend) inbreukmakende gebruik dat wordt gemaakt van de foto.
- Met betrekking tot de gevorderde staking dient aan de aangesproken (vermeende inbreukmaker) een redelijke termijn te worden verstrekt ter invulling van deze eis.
- Met betrekking tot de gevorderde schadevergoeding dient de auteur/fotograaf melding te maken van de geleden schade:
 - hetzij de concrete schade (gedragen door bewijskrachtige stukken)
 - hetzij een forfaitaire schadevergoeding die naar redelijkheid en billijkheid wordt bepaald (waarbij kan worden verwezen naar motivering onder randnr. 20-30).

40. Omtrent deze laatste voorwaarde kan uit artikel XI.335 § 2 WER (dat aan de rechter een uitkomst biedt bij het bepalen van de schade (die niet concreet kan begroot worden) een indicatieve verplichting worden afgeleid voor de auteur/fotograaf omtrent het initieel voorgestelde bedrag van de proportie vergoeding. Immers waar de rechter kan terugvallen op de mogelijkheid om de schadevergoeding naar redelijkheid en billijkheid vast te stellen op een forfaitair bedrag, biedt een concrete schadeafschatting wat kan worden bepaald (een stelling die in de gelijkaardige dossiers voor het hof wordt op aangedrongen door de vermeende auteurs/fotograaf, dient het bedrag die de vermeende auteur/fotograaf voorschrijft, tevens de redelijkheid en billijkheid te waarborgen in een verantwoordelijke onderhandelingsfase.

Deze redelijkheid en billijkheid in de voorgestelde vergoeding houdt ook een graadmeter in m.b.t. de beoordeling van het al dan niet misbruik dat wordt gemaakt van het intellectueel eigendomsrecht temeer daar op het moment van verzenden van ingebrekestelling de (vermeende) inbreuk reeds werd gepleegd zodat de vermeende auteur/fotograaf zich in een de facto dominante onderhandelingspositie bevindt.

41. Er wordt tenslotte benadrukt dat de ingebrekestelling een eerste fase is in het gehele onderhandelingsproces betreft. Bij het beoordelen van het al dan niet misbruik maken van het intellectueel eigendomsrecht kan ook rekening worden gehouden met de houding van de vermeend auteur/fotograaf en de vermeende inbreukmaker in het verder verloop van deze onderhandeling alsmede in de gerechtelijke procedure (waarbij ook proces-loyaliteit een factor kan zijn die wordt meegenomen

in deze beoordeling).

42. Het gevolg van een mogelijk misbruik van rechten bij de handhaving ervan kan erin bestaan dat de gevorderde vergoeding wordt verminderd. Verder kan een dergelijk misbruik ook een invloed hebben op de partij die wordt veroordeeld tot het betalen van de kosten van het geding. Immers en redelijke houding in de aanloop van de procedure in rechte, kan als gevolg hebben dat alle mogelijkheden tot een minnelijke oplossing in de kiem worden gesmoord.

VI.C.4. Oneerlijke, misleidende en/of agressieve marktpraktijken

43. R.M.G. argumenteert dat de oneerlijke, misleidende dan wel agressieve marktpraktijk door "de handelswijze van appellant, PIXSY en hun raadslieden". R.M.G. betwist deze argumentatie-lijnen uit niet zozeer om een inbreuk te horen vaststellen en de staking ervan te vorderen doch om wel om te betalen schadevergoeding in te vullen dienen.
44. Het hof aanvaardt evenwel de inbreuken niet en motiveert als volgt:
Met betrekking tot de vermeende (algemene) oneerlijke marktpraktijk (in toepassing makend van de artikel VI.104 WER) wordt als daad (marktpraktijk) die oneerlijk zou zijn "het trachten invoeren van bedingen die vele malen hoger zijn dan hetgene gangbaar is in de praktijk en berusten op gangbare tarieven die nagenoeg niet terug in werken zijn". Het hof kan het "trachten" niet beschouwen als een gestelde marktpraktijk. De argumentatie die R.M.G. aanlevert heeft betrekking op het misbruiken van handhavingsrechten. R.M.G. heeft trouwens geen enkele verplichting om te gaan op de gevorderde schadevergoeding (de betrachting zij het zij aan ook niet heeft gedaan in de stelling acht in te zetten enkel bloot aan een procedure in rechte te brengen niet kan worden beschouwd als het geschaad zijn van enige "beroepsbelangen".
- Met betrekking tot de (specifieke) vermeende oneerlijke marktpraktijk (die haar oorzaak zou vinden in "misleidende informatie") (in toepassing van artikel VI.105 WER) wijst het hof op "besluit over een transactie" terugvinden aangezien er geen transactie heeft plaatsgevonden. De informatie die werd meegedeeld omtrent de tarieven van OnlineArt liggen niet ter beoordeling voor de onderhavige procedure.
 - Met betrekking tot de vermeende agressieve marktpraktijk (in toepassing makend van VI.109/1 § 2 WER) wordt gewezen op het "speurwerk aan ingebrekestelling, ingezonden een wijze als agressief wordt beschouwd door raadsman niet voldoet aan eigen procesopgaaf.

VI.C.5. Concrete bepaling van de schade

45. De invulling van de principes weergegeven onder randen 20-30 leidt tot volgende beoordeling in het licht van de omstandigheden van het geval:

Economische Schade

K.H. bewijst voldoende naar recht aangetast te zijn in zijn economische rechten en hierdoor schade te hebben geleden door de onrechtmatige publicatie van de foto's.

Bij een regelmatige publicatie zou K.H. recht hebben gehad op een vergoeding volgens onderhandelingen.

In se betwist R.M.G. niet dat K.H. schade heeft geleden, enkel de wijze van berekening wordt betwist waarbij voornamelijk wordt gewezen op de medewerkingsplicht in hoofde van K.H. (om gebruikslicenties voor te leggen met derden m.b.t. een gelijkaardig gebruik).

Wijze van begroting van de schade

K.H. bewijst voldoende naar recht dat de schade niet concreet kan begroot worden.

Het hof bevindt zich in de onmogelijkheid om te oordelen of K.H. in het verleden gelijkaardige gebruikslicenties heeft toegestaan. R.M.G. kan trouwens evenmin wijzen op een gelijkaardige publicaties (met mogelijke onderliggende licentie-overeenkomsten). Als dusdanig kan het hof uit het niet-voorleggen van dergelijke licenties door de eiser afleiden dat K.H. ter zake voldaan aan zijn bewijslast.

Gezien de schade niet concreet kan begroot worden wordt door het hof teruggevallen op artikel XI.335 § 2 WER dat de mogelijkheid biedt de schadevergoeding naar redelijkheid en billijkheid te bepalen op een forfaitair bedrag.

Toegepaste tarieven

Het hof acht het aangewezen om in casu gebruik te maken van de tarieven als aangereikt door SOFAM (waarbij het basistarief vermeerderd wordt afhankelijk van de wijze, de termijn...).

Verhoging van basistarief ter vergoeding van de gemiste kans

De verhoging van het basistarief (ter vergoeding van de gemiste kans) is verantwoord doch wordt door het hof beperkt tot 100% aangezien de gemiste kans in hoofde van K.H. voldoende zeker en reëel is en doch de omvang eerder beperkt. Het hof motiveert als volgt:

- K.H. bood de foto aan via een CC Licentie. Indien R.M.G. de voorwaarden zou hebben nageleefd dan diende geen vergoeding te worden betaald.
- De litigieuze foto's kaderen in een nieuwsthema.
- R.M.G. bewijst voldoende naar recht dat alternatieven op de markt beschikbaar waren zodat het redelijk aan te nemen is dat R.M.G. bij een eventuele onderhandeling niet diende in te gaan op een onderhandelde verhoging van het basistarief (of hoger).

Morele Schade

- K.H. bewijst voldoende naar recht aangetast te zijn in zijn morele rechten en schade te hebben geleden door de onrechtmatige publicatie van zijn foto. Anderzijds geeft K.H. in conclusie aan dat hij "nooit zijn naam met R.M.G. (heeft) willen associëren". Doordat er geen naamsvermelding werd opgenomen in de publicatie werd deze schade vermeden, zodat de vergoeding op zich wordt beperkt tot 50%.
- K.H. bewijst onvoldoende naar recht dat zijn recht op integriteit geschonden werden.

46. Toegepast op de onrechtmatige reproducties besluit het hof volgende bedragen:

- Basistarief
Meer dan 2 jaar online (verhoging 50%) = € 121,92
Verhoging 50% = € 60,96
- Gemiste Kans
Verhoging 200 % (50%) = € 243,84

- Geen naamsvermelding (morele rechten)
Verhoging 100 % (-50%) = € 60,96
- Eindtotaal = € 487,68

47. Bij de definitieve bepaling van de vergoeding dient rekening te worden gehouden met de wijze van de uitoefening van de handhavingsrechten (ter invordering van de gevorderde vergoeding). Het hof acht een vermindering van bovenstaand bedrag met 50 % (vermindering als vorm van schadevergoeding voor R.M.G.) aanvaardbaar in het licht van de volgende omstandigheden van het geval: (i) De ingebrekestelling van K.H. voldoet niet aan de vereisten zoals hierboven (zie randnr. 39) weergegeven, meer bepaald:

- De ingebrekestelling houdt geen begin van bewijs in dat K.H. auteur dan wel auteursrechthebbende is van de kwestieuze foto.
- De ingebrekestelling houdt geen begin van bewijs in dat de litigieuze foto's voldoen aan de auteursrechtelijke drempelvoorwaarden. (ii) Ondanks het gegeven dat R.M.G. op bovenstaande gebreken wijst of minstens stellingenname hieromtrent verwacht van K.H. voorafgaandelijk het inleiden van een procedure in rechte, wordt onvoldoende stelling hieromtrent ingenomen en gaat K.H. over tot dagvaarding. Pas in de procedure in rechte (in eerste aanleg) worden bewijzen aangereikt omtrent de stelling dat de P. auteur is en dat het voorwerp van de vordering auteursrechtelijke beschermd is. (iii) De ingebrekestelling maakt melding van een bedrag doch niet in overeenstemming is met de gebruikelijke en aanvaardbare tarieven door de Belgische rechtsechter en rechtspraak. K.H. vordert initieel met minder dan € 14.000. Daarbij dient nog melding te worden gemaakt van het gegeven dat niet alleen gebaakt maakt van een in België niet toepasbare (en ontoegankelijke) OnlineArt-tarieven doch ook gebruik maakt van verhoging die niet zijn terug te vinden in deze tarieven (van OnlineArt) doch deze toegaat en vereisten in de tarieven van SOFAM (die niet worden toegepast door Belgische rechtelijke rechtsspraken en geverifieerd).

(iv) Na dagvaarding zal K.H. het gevorderd bedrag dan verminderen van € 14.000 naar € 5.760 (in hoofdorde) en € 870 (in ondergeschikte orde).

(v) Verder dient eveneens gewezen te worden op de termijn tussen de eigenlijke publicatie van de foto (oktober 2017) en de eerste ingebrekestelling (oktober 2019). Deze termijn bedraagt 24 maanden. Hierbij wijst het hof op de onvoorziene actie van R.M.G. om de litigieuze foto offline te halen nadat zij in gebreke werd gesteld. Het hof wordt in het ongelijk gesteld omtrent de datum waarop K.H. (als enige hieromtrent bewijsverstrekkende) de inbreukmakende publicatie opmerkte.

- Tussen de laatste communicatie vanwege K.H. en het uiteindelijke overgaan tot dagvaarding. Deze termijn bedraagt bijna 7 maanden. Gedurende deze termijn (en voornamelijk de laatste), bleef R.M.G. in een rechtszekerheid omtrent de stappen die K.H. zou ondernemen ondanks het gegeven dat zij onder voorbehoud de foto had offline gehaald.

In het licht van het bovenstaande wordt de schadevergoeding waarop K.H. recht heeft bepaald op € 243,84.

48. De vordering van K.H. betreft een vordering tot invordering van een schadevergoeding. Het betreft geen vordering tot betaling van een vergoeding voor het leveren van goederen of het verrichten van diensten, zodat de interestvoet bepaald in artikel 5 van de Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties niet van toepassing is. De interestvergoeding voorzorgendsteld in deze wet heeft betrekking op "betaling tot vergoeding van handelstransacties" (waarbij het begrip handelstransacties wordt gedefinieerd in artikel 2.1. van deze wet). Een inbreuk op de auteursrechten van K.H. kan niet worden beschouwd als een dergelijke handelstransactie zodat de bepalingen van deze wet geen toepassing kunnen kennen.

VI.C. Kosten van het geding

49. Het hof acht het aangewezen dat in het licht van de omstandigheden van het geval elke partij wordt veroordeeld tot de eigen procedurekosten en K.H. tot 100 % van de rolrechten.

Hierbij verwijst het hof naar zijn hierboven weergegeven motivering omtrent het misbruik van recht in hoofde van K.H. Zou K.H. allereerst standpunt ingenomen hebben omtrent het feit dat hij wel degelijk auteur/auteursrechthebbende was en dat de litigieuze foto auteursrechtelijk beschermd was en vervolgens een redelijk en billijk bedrag hebben voorgesteld dan waren de kansen méér dan redelijk dat een procedure kon worden vermeden.

Dit geldt des te meer indien rekening wordt gehouden met het bedrag dat het hof als redelijk en billijk beschouwt als forfaitair bedrag (abstractie makend van de vermindering) waarop K.H. recht zou hebben conform de hierboven aangegeven berekeningswijze (terugvallend op de SOFAM-tarieven) (€ 487,68) en het verschil t.o.v. het gevorderd bedrag waaraan P. vasthield (€ 14.000) in zijn ingebrekestellingen. Samengenomen beschouwt het hof het bovenstaande als een kennelijk onredelijke situatie (cf. Cass. 7 september 2023, C.21.0421.N/1) hechten een veroordeling tot de eigen procedurekosten verantwoord ondanks de gedeeltelijke gegrondverklaring van de ingestelde vorderingen.

VII. Beslissing

Het hof beslist bij wijze van arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep verder in overeenstemming met de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Het hof,

Verklaart het hoger beroep toelaatbaar en gegrond in vol- gende mate.

Hervormt de bestreden beslissing.

Veroordeelt NV R.M.G. MEDIA GROUP tot betaling aan de heer K.H. van een bedrag van een € 243,84 verhoogd met de gerechtelijke interesten aan de gewone wettelijke interestvoet vanaf de datum van dagvaarding tot de datum van algehele betaling.

Veroordeelt elk van de partijen kosten van het geding (m.i.v. de dagvaardingskosten en de rechtsplegingsvergoeding).

Veroordeelt de heer K.H. tot betaling van de rolrechten in eerste aanleg en in hoger

beroep aan FOD FINANCIEN op diens eerste verzoek en als volgt begroot:

Rolrechten eerste aanleg: € 165

Rolrechten hoger beroep: € 400