

**Uitgifte**

Repertoriumnummer <b>2024 / 6286</b>
Datum van uitspraak <b>02 oktober 2024</b>
Rolnummer <b>2023/AR/1511</b>

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op € BUR	op € BUR	op € BUR

Mededeelbaar aan de  
ontvanger

Eindarrest  
auteursrechten

# Hof van beroep Antwerpen

## Arrest

kamer B8E2  
burgerlijke zaken

Aangeboden op
Niet te registreren

COVER 01-00004026922-0001-0038-01-01-1



De heer [REDACTED]  
wonende te [REDACTED] (NEDERLAND), [REDACTED],

appellant,  
vertegenwoordigd door mr. VAN DEN BRANDE Bart, advocaat te 3600 GENK, Dr.  
Loriersstraat 17

**tegen het vonnis van de 18<sup>de</sup> kamer van de ondernemingsrechtbank  
Antwerpen, afdeling Antwerpen van 29 juni 2023, gekend onder het  
rolnummer A/22/2134**

tegen

**HEALTH ENDEAVOUR BV,**  
met zetel te 2600 BERCHEM, Lodewijk Gerritslaan 22,  
met ondernemingsnummer 0743.397.310

geïntimeerde,  
vertegenwoordigd door mr. POELS-RYCKEBOER Thomas, advocaat te 2140  
BORGERHOUT, Bouwensstraat 21

\*\*\*

## **I. TEN GELEIDE**

Gelet op de door de wet vereiste meegedeelde procedurestukken waaronder het vonnis van 29 juni 2023 (A/22/02134) op tegenspraak gewezen door de Ondernemingsrechtbank Antwerpen (afdeling Antwerpen).

Het verzoekschrift strekkende tot hoger beroep wordt door de heer [REDACTED] neergelegd ter griffie van dit hof op 15 september 2023.

Het hoger beroep werd regelmatig en tijdig neergelegd en is toelaatbaar.

┌ PAGE 01-00004026922-0002-0038-01-01-4 ─┐



## II. FEITEN

1. De eerste rechter kaderde de feiten coherent en volledig. Het hof herneemt dit feitelijk kader hierna ter bevordering van de leesbaarheid.

De heer ██████████ (hierna aangeduid als "██████████") is fotograaf. Hij verwijt de BV HEALTH ENDEAVOUR, (hierna aangeduid als "HEALTH ENDEAVOUR") op een website die zij beheert een foto van hem zonder zijn toestemming te hebben gebruikt. Hij maakt aanspraak op vergoeding van de schade die hij hierdoor stelt te hebben geleden.

2. De foto voorwerp van onderhavige betwisting betreft de volgende:



## III. OORSPRONKELIJKE VORDERINGEN EN VONNIS A QUO

3. De oorspronkelijke vordering van ██████████ strekte tot de veroordeling tot betaling door HEALTH ENDEAVOUR van het bedrag van € 14.000 en € 2.100 (ondergeschikt € 7.522,48 en € 1.128,37), te vermeerderen met interesten en de kosten van het geding.
4. HEALTH ENDEAVOUR formuleerde een tegenvordering strekkende tot de veroordeling tot betaling door ██████████ van een schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding, die zij begrootte op € 5.000,00.



5. De eerste rechter verklaarde de hoofdeis toelaatbaar doch ongegrond. De tegenvordering werd toelaatbaar verklaard en gegrond in volgend mate:
- ██████ werd veroordeeld tot betaling aan de HEALTH ENDEAVOUR van het bedrag van € 5.000.
  - ██████ werd veroordeeld tot betaling van de kosten van het geding en de rolrechten.

#### IV. EISEN IN HOGER BEROEP

6. In zijn synthese-conclusie verzoekt ██████ zijn hoger beroep toelaatbaar en gegrond te verklaren en als dusdanig het bestreden vonnis te hervormen en als volgt opnieuw recht te doen:
- Voor recht te zeggen dat HEALTH ENDEAVOR het auteursrecht van ██████ heeft geschonden door diens foto te gebruiken zonder zijn toestemming, zonder naamsvermelding en zonder hem een vergoeding te betalen.
  - In hoofdorde:
    - HEALTH ENDEAVOR te veroordelen tot betaling aan ██████ van het op basis van de tarieven van *OnLineArt* berekende bedrag van € 14.000, te vermeerderen met de compensatoire interesten a rato van de intrestvoet van toepassing ingevolge de Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties vanaf de datum van ingebrekestelling tot aan de datum van de dagvaarding en met de gerechtelijke intresten vanaf de dagvaarding.
    - HEALTH ENDEAVOR te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding van 15% van het totaal verschuldigde bedrag met een minimum van € 125, te weten € 2.100, te verhogen met de gerechtelijke intresten vanaf de datum van betekening van onderhavige dagvaarding.
  - In ondergeschikte orde:
    - HEALTH ENDEAVOR te veroordelen tot betaling aan ██████ van het bedrag berekend op basis van de gebruikelijke licentievergoeding en de licentievooraarden voor de foto met betrekking tot dit geschil, met name € 9.989,76, te vermeerderen met de compensatoire intresten a rato van de wettelijke intrestvoet vanaf de datum van ingebrekestelling tot aan de datum van de dagvaarding en met de gerechtelijke intresten vanaf de dagvaarding.



- HEALTH ENDEAVOR te veroordelen tot betaling aan █████ van de aanvullende schadevergoeding van 15% van het totale bedrag met een minimum van €125, zijnde € 1.498,46, te vermeerderen met rente vanaf de datum van betekening van de dagvaarding.
- In meest ondergeschikte orde:
  - HEALTH ENDEAVOR te veroordelen tot betaling aan █████ van het bedrag berekend op basis van het gemiddelde tussen de *OnLineArt*-tarieven en de SOFAM-tarieven, met name € 7.522,48, te vermeerderen met de compensatoire interesten a rato van de intrestvoet van toepassing ingevolge de Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties vanaf de datum van ingebrekestelling tot aan de datum van de dagvaarding en met de gerechtelijke intresten vanaf de dagvaarding.
  - HEALTH ENDEAVOR te veroordelen tot betaling aan █████ van de aanvullende schadevergoeding van 15% van het totale bedrag met een minimum van € 125,00, zijnde € 1.128,37, te vermeerderen met rente vanaf de datum van betekening van de dagvaarding.
- In uiterst ondergeschikte orde:
  - HEALTH ENDEAVOR te veroordelen tot betaling aan █████ van het bedrag berekend op basis van de SOFAM-tarieven van € 1.044,96, te vermeerderen met de compensatoire interesten a rato van de intrestvoet van toepassing ingevolge de Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties tot aan de datum van de dagvaarding en met de gerechtelijke intresten vanaf de dagvaarding.
  - HEALTH ENDEAVOR te veroordelen tot betaling aan █████ van de aanvullende schadevergoeding van 15% van het totale bedrag met een minimum van € 125, zijnde € 156,74, te vermeerderen met rente vanaf de datum van betekening van de dagvaarding.
- In ieder geval:
  - De tegenvordering van HEALTH ENDEAVOR wegens tergend en roekeloos geding af te wijzen als ongegrond.
  - Te horen zeggen voor recht dat de gekantonnerde gelden voor een bedrag van € 7.588,17 in het voordeel van █████ dienen vrijgegeven te worden.



- o HEALTH ENDEAVOR te veroordelen tot de kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding van € 1.650, de kosten van de dagvaarding ten bedrage van € 262,01, de kosten van het verzoekschrift hoger beroep ten bedrage van € 24 en de andere procedurekosten.
7. HEALTH ENDEAVOR verzoekt het hoger beroep af te wijzen als ongegrond en de bestreden beslissing te bevestigen. Verder verzoekt HEALTH ENDEAVOR akte te willen nemen van de uitbreiding van haar initiële tegenvordering en deze toelaatbaar en gegrond te verklaren. Concreet verzoekt HEALTH ENDEAVOR om [REDACTED] te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding begroot op € 5.000 wegens terechtigd en roekeloos hoger beroep.

Tenslotte verzoekt HEALTH ENDEAVOR de betaling door [REDACTED] van de kosten van het geding en ondergeschikt de rechtsplegingsvergoeding om te slaan.

## V. BEOORDELING

V.A. Eerste Middel: [REDACTED] heeft voldaan aan zijn stelplicht

8. Het aangedragen middel betreft niet de “*stelplicht*” relevant bij het beoordelen van het al dan niet auteursrechtelijk beschermd karakter van het werk (zie verder onder randnr. 12 e.v.), doch wel of [REDACTED] voldoende kenbaar heeft gemaakt aan HEALTH ENDEAVOUR welke foto het voorwerp van zijn vorderingen betreft.
9. Het hof oordeelt dat [REDACTED] voldoende naar recht de foto (het werk) heeft gepreciseerd. In de ingebrekestelling van 4 februari 2021 werd niet alleen aangegeven welke foto (werk) het specifiek betrof doch eveneens waar deze foto (werk) kon worden teruggevonden op de website van HEALTH ENDEAVOUR.

In dit licht maakt HEALTH ENDEAVOR een niet-relevant onderscheid tussen de “*de Betwiste Foto*” en de “*DW Foto*”. Beide foto’s zijn (vermeende) werken waarop [REDACTED] meent auteursrechtelijke bescherming te kunnen genieten (zij het dat de “*Betwiste Foto*” een bewerking betreft van de “*DW Foto*”). De foto voorwerp van de betwisting in deze terug te vinden onder randnr. 2 (en wordt hierna aangegeven als de “*Foto*”).



V.B. Derde Middel: De Foto is auteursrechtelijk beschermd

10. Inleidend wordt aangegeven dat het hof het aangewezen acht om eerst het al dan niet auteursrechtelijk beschermd karakter van de Foto te beoordelen (derde middel [REDACTED]) en in tweede instantie zal oordelen of (indien de Foto auteursrechtelijke bescherming geniet) [REDACTED] de auteur en/of auteursrechthebbende is van de Foto (tweede middel [REDACTED]).

V.B.1. Auteursrechtelijke bescherming en stelplicht

11. Ter beoordeling of de Foto (het voorwerp) een “werk” betreft dat voldoet aan de auteursrechtelijke drempelvoorwaarden, dient voldaan te zijn aan twee voorwaarden: (i) het voorwerp dient een uitdrukingsvorm te hebben en (ii) het voorwerp dient oorspronkelijk te zijn.

Omtrent de (theoretische) invulling van de auteursrechtelijke drempelvoorwaarden (en de invulling van het autonoom Unierechtelijke begrip “werk” en meer in het bijzonder de voorwaarde van “oorspronkelijkheid”) verwijst het hof naar eerdere arresten (Antwerpen, 18 november 2020, IRDI, 2021-2, p. 81 e.v.; Antwerpen, 24 maart 2021, IRDI, 2021-2, p. 95; Antwerpen 8 september 2021, IRDI-4, p. 276 e.v.). De in vermelde arresten weergegeven principes (met verwijzing naar relevante rechtspraak van het Hof van Justitie EU) kunnen als volgt worden samengevat in het licht van de omstandigheden van het geval:

- Als “oorspronkelijk” worden werken beschouwd die een “eigen intellectuele schepping” van een auteur belichamen, inhoudende “een uitdrukking van diens persoonlijkheid”
- De “uitdrukking van de persoonlijkheid” ontstaat doordat de auteur zijn creatieve werkzaamheden heeft tot uiting gebracht door het maken van vrije en creatieve keuzes.
- De beoordeling van de oorspronkelijkheidsvereisten dient *synthetisch* te gebeuren waarbij dient rekening te worden gehouden zowel met het *totaalbeeld* van het werk (als het *totaalbeeld* van eventuele voorbekendheden (anterioriteit).



12. De beoordeling van de auteursrechtelijke drempelvoorwaarden noodzaakt de auteur ertoe invulling te geven aan de elementen die volgens hem/haar het oorspronkelijk karakter van het werk bepalen (de zogenaamde “stelplicht”).

Omtrent deze bewijsplicht en -last wordt gewezen op artikel 8.4. BW (oud artikel 870 Ger. Wb.). Conform dit artikel ligt de bewijslast bij ██████ aangezien de vermeende auteursrechtelijke bescherming van de Foto (en hierop verder bouwend de auteursrechtelijke inbreuk) de (hoofd-)rechtsgrond betreft van zijn vordering. Er liggen geen uitzonderlijke omstandigheden voor om de bewijslast bij HEALTH ENDEAVOUR te leggen. ██████ beschikt over alle middelen om elementen aan te dragen om te voldoen aan zijn bewijslast. Conform artikel 8.5. BW beschikt ██████ dan ook over voldoende elementen om zijn bewijslast als dusdanig in te vullen opdat het bewijs met een redelijke mate van zekerheid kan worden geleverd.

Tenslotte wordt omtrent de stelplicht gewezen op het Cassatie-arrest van 23 maart 2023 (F.21.0052.N) waarin wordt bevestigd dat de “noodzakelijke maar voldoende voorwaarde” (oorspronkelijkheid) ter verkrijging van auteursrechtelijke bescherming dient “bewezen” te worden, meer bepaald dient bewezen te worden “dat het (werk) een eigen intellectuele schepping van zijn auteur is, die de persoonlijkheid van deze laatste weerspiegelt en tot uiting komt door de vrije, creatieve keuzes van de auteur bij de totstandkoming van dat werk”.

V.B.2. Toepassing van de drempelvoorwaarden ter verkrijging van auteursrechtelijke bescherming m.b.t. de interieurfoto genomen door ██████

13. Dat voldaan is aan de eerste voorwaarde (voorwerp dient een uitdrukkingvorm te hebben) wordt niet betwist.
14. De stelplicht ter invulling van de oorspronkelijkheidsvoorwaarde wordt door ██████ ingevuld door te wijzen op volgende (afzonderlijke dan wel combinatie van) vrije en creatieve keuzes (als uitdrukking van de persoonlijkheid van ██████):

	Foto
<b>Enscenering</b>	██████ heeft ervoor gekozen om, ondanks het daglicht, alle lichten in de ruimte aan te zetten. Hij heeft er daarnaast voor gekozen om de stoelen afwisselend van kleur te plaatsen rond de tafel. Dit is een keuze in de compositie.





<b>Belichting</b>	<p>█ heeft gekozen om gebruik te maken van een combinatie van natuurlijk en artificieel licht om de ruimte zo licht en open mogelijk te laten lijken. Er werd gekozen voor een zonnige dag, zodat het natuurlijk licht in de ruimte te zien was. Hij heeft het contrast zo ingesteld dat de schaduwen duidelijk tot uiting komen. Er werd gekozen om zowel het helder wit in de hoge lichten alsook een warme sfeer te creëren. Dit is zeer duidelijk zichtbaar bij de blauwe schijn uit de ronde dakramen, de groene krukjes in de achtergrond en de blauwe stoelen. Door deze keuzes tovert █ een witte, sobere ruimte om in een levendige en gezellige leefruimte waarin de architecturale keuzes duidelijk zichtbaar zijn en benadrukt worden.</p>
<b>Invalshoek</b>	<p>█ koos ervoor om vanop ooghoogte te fotograferen met een lichte groothoeklens, waardoor men licht neerkijkt op de opgestelde meubels. De kijker krijgt zo het gevoel mee in de ruimte te staan. █ heeft ervoor gezorgd dat de bijzondere design-ramen in het plafond volledig mee opgenomen worden in het beeld. Daarnaast heeft █ de zithoek links in de achtergrond mee betrokken in het beeld door te spelen met de schaduwen van de muurversiering. Dit is geen “logische hoek” zoals HEALTH ENDEAVOUR ten onrechte aanhaalt. █ heeft ervoor gekozen om links een deel van de volgende kamer te laten zien en de gang achteraan in het midden. De foto kon daarentegen genomen worden van uit de deur, wat de meest logische hoek zou zijn.</p>
<b>De gecreëerde sfeer</b>	<p>De algemene artistieke keuzes van █ hebben ertoe geleid dat de architectuur, vormgeving en design van de ruimte volledig tot leven komen. █ heeft zo een natuurlijke, gezellige en rustgevende sfeer gecreëerd in een ziekenhuisruimte.</p>

Verder wordt door █ gewezen op het gegeven dat “naast bovenvermelde combinatie van vrije en creatieve keuzes” ook “verschillende keuzes (werden) gemaakt bij de camera-instellingen”, waarbij hij verwijst naar de META-informatie van de desbetreffende foto, meer bepaald:

┌ PAGE 01-00004026922-0009-0038-01-01-4 ┐



**Foto (meegedeeld als “Basis Image Information”)**

- Canon EOS 5D Mark II fotoapparaat
- 17mm lens
- sluitertijd 0,4 sec
- belichtingsopening (*exposure*) van f/8
- ISO van 320

15. Tevens zal █████ wijzen op een reeks foto's waaruit de “*persoonlijke benadering*” zou blijken van de foto's die hij neemt alsmede op “*gehele werkwijze*” die hij toepast bij het nemen ervan.

Het hof maakt abstractie van deze argumenten aangezien de beoordeling omtrent het al dan niet auteursrechtelijke karakter van een werk dient toegespitst te worden op een concreet werk en niet een gebruikelijke wijze van nemen van foto's dan wel de algemene (vermeend persoonlijke) werkwijze die wordt toegepast door de fotograaf.

16. Gezien een parallelle argumentatie wordt aangehouden tussen portret- en architectuurfotografie, om te besluiten dat aan de litigieuze foto auteursrechtelijke bescherming zou toekomen (of niet), wordt bij de invulling van het autonoom EU-auteursrechtelijk begrip “*werk*” verwezen naar het PAINER-arrest (HvJEU 1 december 2011, zaak C-145/10, *Painer*).

In het PAINER-arrest ging het Hof van Justitie EU uitgebreid in op de vrije en creatieve keuzes gemaakt door de auteur bij het maken van een foto (concreet een portretfoto). In vermeld arrest (onder punten 91-92) werd als volgt geoordeeld:

*“bij het maken [van een foto] op verschillende manieren en op verschillende momenten zijn vrije en creatieve keuzes zal kunnen maken. In de voorbereidende fase kan de auteur de enscenering, de pose van de te fotograferen persoon of de belichting kiezen. Bij het nemen van de portretfoto kan hij de camera-instelling, de invalshoek of de gecreëerde sfeer kiezen. Bij het ontwikkelen van het cliché tot slot kan de auteur kiezen tussen diverse technieken, of in voorkomend geval software gebruiken*



*Met die diverse keuzes is de auteur van een foto dus in staat, zijn werk een „persoonlijke noot” te geven*

In toepassing van het bovenvermeld PAINER-arrest worden drie “momenten” (of “fases”) vooropgesteld (in het licht van portretfotografie) waarbij vrije en creatieve keuzes (kunnen) worden gemaakt door de fotograaf:

- De *voorbereidende fase*: in deze fase maakt de fotograaf (eventueel) een keuze in enscenering, de pose van de te fotograferen persoon of de belichting.
- Het *nemen van de foto*: in deze fase maakt de fotograaf (eventueel) een keuze m.b.t. de camera-instellingen, de invalshoek of de gecreëerde sfeer.
- De *ontwikkelingsfase* (of *bewerkingsfase*): in deze fase maakt de fotograaf (eventueel) een keuze m.b.t. diverse ontwikkelings- en/of bewerkingstechnieken (al dan niet ondersteund door softwaretoepassingen).

17. De Foto betreft een “*architectuurfoto*”. Het doel van dergelijke foto’s kan als volgt worden gedeut:

*het weergeven van een architecturaal werk of interieur opdat de kenmerken ervan tot uiting komen.*

Hierbij geeft het hof aan dat de aard van een foto (architectuurfoto) “*op zich*” niet als gevolg heeft dat deze ontbloeit wordt van een oorspronkelijk karakter (auteursrechtelijke bescherming). Tevens blijkt uit het bovenvermeld Cassatie-arrest van 24 maart 2023 dat uit het feit dat een auteur een werk produceert in het kader van zijn beroepsactiviteiten en daarbij de nodige professionele deskundigheid aan de dag legt, niet verhindert dat het werk als oorspronkelijk “*kan*” in aanmerking komen.

Opdat aan een dergelijk werk auteursrechtelijke bescherming zou toekomen (o.a. gecreëerd in het kader van de professionele uitoefening van zijn opdracht) dient de (architectuur-) fotograaf in één (of meerdere) van de fases (voorbereidende fase, eigenlijke foto-fase en/of ontwikkelings-/bewerkings-fase) het doel van (architectuur-)fotografie te overstijgen (of persoonlijk te vullen) door er de “*uitdrukking van zijn persoonlijkheid in te leggen*” (veruitwendigd in de vrije en creatieve keuzes). Dit kan tot uiting komen door af te wijken van de van de (functioneel) aangewezen standaarden/normen (in één of meerdere van de aangegeven fases). Uit de architectuurfoto dient anders gezegd de “*persoonlijke noot*” van de architectuurfotograaf te kunnen worden terug gevonden.



18. In dit kader heeft de eerste rechter er terecht op gewezen dat de auteursrechtelijke drempel niet te laag mag liggen (verwijzend naar de conclusies van de Advocaat-Generaal bij het Hof van Justitie EU - Concl. adv.-gen. M. SZPUNAR in de zaak *Cofemel*, C-161/17, ECLI:EU:C:2019:363, punt 50 —66, i.h.b. 54 —57) en het eigenlijk COFEMEL-arrest citerend dat "[die bescherming van het auteursrecht [is] voorbehouden aan voorwerpen die het verdienen om als werk te worden gekwalificeerd" (HvJ 12 september 2019, *Cofemel*, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721, punt 50).

Een té ruime invulling van de oorspronkelijkheidsvoorwaarde zou als gevolg kunnen hebben dat enkel foto's waar geen *menselijke* tussenkomst zou bestaan auteursrechtelijke bescherming zouden ontberen (bvb. paspoortfoto's genomen in een *fotobooth* of foto's genomen door observatiecamera's (waarbij volledigheidshave ook eventueel auteursrechtelijke bescherming zou kunnen bestaan omwille van de voorafgaandelijke keuzes gemaakt bij de instellingen en/of onderliggende software van dergelijke camera's).

De oorspronkelijkheidsvoorwaarde dient echter in deze zin begrepen en ingevuld te worden dat ook aan foto's genomen door rechtstreekse menselijke tussenkomst, in het licht van de omstandigheden van het geval, géén auteursrechtelijke bescherming kan worden verleend. Immers élke genomen foto met directe menselijke tussenkomst houdt in mindere of meerdere mate een keuze in doch van belang is na te gaan of deze keuze *vrij en creatief* is.

19. Het hof oordeelt dat de Foto voldoet aan de auteursrechtelijke drempelvoorwaarden ter verkrijging van bescherming en motiveert dit als volgt:

Fase 1: Voorbereidende fase (in toepassing van PAINER-arrest)

<b>Enscenering</b>	█ heeft voor een bepaalde enscenering gekozen die ervoor zorgt dat het interieur op een " <i>eigen wijze</i> " wordt voorgesteld. Deze enscenering bestaat uit de opstelling van de tafel en de stoel, de opstelling van de achterliggende wachtruimte; ...
<b>Belichting</b>	De belichting is als dusdanig dat een " <i>eigen sfeer</i> " wordt gecreëerd van de ruimte. █ opteerde op een vrije en creatieve manier voor een combinatie van daglicht in samenspel met de verlichting van de ruimte. Door de combinatie van deze lichtbronnen worden de kleuren (en kleurcontrasten) benadrukt waardoor een in een hoofdzakelijke witte



	ruimte accenten worden gegeven die niet onmiddellijk eigen zijn aan de voorwerpen ervan.
--	--

Fase 2: het maken van de foto (in toepassing van PAINER-arrest)

<b>Invalshoek</b>	Waar de invalshoek (vanuit ooghoogte) voor de hand liggend lijkt, is de opstelling van de camera van waaruit het beeld wordt genomen een vrije en creatieve keuze. Dezelfde ruimte kan immers vanuit een verschillende invalshoek worden weergegeven, doch de invalshoek (vrij en creatief) gekozen door ██████ geeft de ruimte een uitzonderlijk ruimtelijk gevoel. Verder werd de invalshoek als dusdanig vrij en creatief gekozen om bepaalde delen van de achterliggende ruimte en de gang in beeld te brengen hetgeen het ruimtelijk gevoel bij de kijker doet toenemen.
<b>Camera-instellingen</b>	HEALTH ENDEAVOUR geeft aan dat deze van “ <i>technische aard</i> ”. Doch het gegeven dat deze gegevens van technische aard zijn, houdt niet in dat er geen vrije en creatieve keuze zijn mogelijk zijn. Immers zowel de keuze van foto-apparaat, lens, sluitertijd, belichtingsopening en gebruikte ISO, zal een invloed hebben op het beeld dat gecreëerd wordt en kunnen bijdragen tot de oorspronkelijkheid van een werk. In die zin wordt onvoldoende naar recht aangegeven door HEALTH ENDEAVOUR dat de gebruikte instellingen op enige wijze louter zouden zijn technisch ingegeven dan wel dat deze camera-instellingen als standaard dienen beschouwd te worden m.b.t. het voorwerp van de foto.
<b>Gecreëerde sfeer</b>	██████ heeft een sfeer gecreëerd die deze van het interieur overstijgen in de zin dat de ruimte duidelijk blijkt geeft van een eigen invulling die onderscheiden is van de invulling die door architecten werd gegeven aan de ruimte doch die het eveneens toelaten informatie te halen uit de foto omtrent de samenstelling/opstelling van de ruimte.

Fase 3: Bewerkingsfase (in toepassing van PAINER-arrest)

<b>Gebruikte technieken</b>	██████ reikt geen concrete gegevens aan omtrent de vrije en creatieve keuzes die hij nam bij de bewerking van de architectuurfoto (filters, aanpassingen van kleurverhoudingen, ...). Het komt niet aan het hof toe om basis van een weergave van de Foto hieraan zelf invulling te geven.
-----------------------------	--



20. Samengevat oordeelt het hof dat dat de foto dient beschouwd te worden als auteursrechtelijk beschermd werk en dient de bestreden beslissing te worden hervormd.

V.C. Tweede middel: ██████ is auteur (en auteursrechthebbende) van het werk

21. ██████ toont voldoende naar recht aan dat hij zowel auteur is van de Foto alsmede dat de auteursrechten niet werden overgedragen aan een derde. Het hof motiveert als volgt:
- ██████ maakte de Foto in opdracht van ECKLUND-TERBEEK architecten (een Nederlands architecten-collectief). Het voorwerp van de opdracht betrof het fotograferen van een gebouw (of minstens interieur), meer bepaald het Oogziekenhuis van Rotterdam.
  - In eerste instantie is het vermoeden omtrent het auteursrechtelijk houderschap weergegeven in artikel XI.170, lid 1 en 2 WER van toepassing. De foto werd opgenomen op de website van ECKLUND-TERBEEK architecten ([www.eklundterbeek.com/childrens-eye-centre/](http://www.eklundterbeek.com/childrens-eye-centre/)) alsmede op de website van ██████. Met betrekking tot deze laatste website ([www. www.architectuurfotografie.com](http://www.architectuurfotografie.com)), kan er geen redelijke twijfel bestaan dat deze website toebehoort aan ██████ en dat de foto's weergegeven op deze site werden gemaakt door ██████ (waarbij het hof benadrukt dat de contactgegevens op deze website uitsluitend naar ██████ verwijzen). Verder wordt in de ECKLUND-TERBEEK architecten-website de foto vergezeld met de vermelding van ██████ als fotograaf. In toepassing van bovenvermelde vermoedens dient ██████ beschouwd (vermoed) te worden als de auteur en komt het HEALTH ENDEAVOUR toe om hieromtrent een eventueel tegenbewijs te leveren.
  - HEALTH ENDEAVOUR brengt allerminst enig (begin van) bewijs aan waaruit zou blijken dat ██████ niet de auteur-fotograaf zou zijn en verder overtuigt HEALTH ENDEAVOUR allerminst in haar stelling dat de rechten zouden zijn overgedragen aan hetzij ECKLUND-TERBEEK architecten dan wel het Oogziekenhuis van Rotterdam. Ter bewijs van het houderschap en de niet-overdracht van enige reproductierechten aan ECKLUND-TERBEEK architecten legt ██████ (in hoger beroep) zijn offerte van 5 december 2012, zijn factuur van 17 januari 2012 alsmede de algemene voorwaarden die van toepassing zijn (waarnaar wordt verwezen in de facturatie) voor. Uit deze stukken blijkt dat ECKLUND-TERBEEK architecten een gebruiksrecht werd verleend "voor alle bureaupubliciteit in druk of internet, van het Oogziekenhuis en ECKLUND-TERBEEK architecten". Van enige overdracht van rechten is geen sprake.



- In het licht van het voorafgaande wordt aangegeven dat HEALTH ENDEAVOUR op géén enkele wijze toelating heeft gevraagd hetzij van ECKLUND-TERBEEK architecten dan wel van het Oogziekenhuis van Rotterdam (indien HEALTH ENDEAVOUR dan al in de (werkelijke) overtuiging zou zijn geweest dat één van hen over de auteursrechten zou beschikken) ter reproductie van de foto. In dit licht oordeelt het hof dat ██████ voldoende naar recht bewijst dat de Foto enkel was terug te vinden op de site hetzij van ECKLUND-TERBEEK architecten dan wel deze van ██████ zelf (en als dusdanig niet werd gepubliceerd op de website het Oogziekenhuis van Rotterdam).

V.D. Vierde middel: Gebrek aan toestemming van ██████

V.D.1. Algemeen: auteursrechtelijke inbreuk

22. Door de onrechtmatige publicatie van de Foto heeft HEALTH ENDEAVOUR artikel XI.165§1 (1) WER (reproductierechten) en artikel XI.165 §2 WER (morele rechten) geschonden en is ██████ gerechtigd de staking van deze inbreuken te vorderen alsmede een schadevergoeding (artikel XI.335 WER).
23. Volledigheidshalve wordt aangegeven dat in het kader van een auteursrechtelijke inbreuk er een objectieve aansprakelijkheid geldt in hoofde van de inbreukmaker (in die zin dat noch de goede trouw noch de onwetendheid als een rechtvaardigingsgrond voor de inbreuk kunnen worden ingeroepen).

V.D.2. Citaatexceptie

24. Waar HEALTH ENDEAVOUR meent te kunnen ontsnappen aan de auteursrechtelijke inbreuk door (in toepassing van artikel XI.189 §1 WER) te wijzen op de citaatsexceptie wordt dit door het hof niet aanvaardt. Het hof motiveert als volgt:
  - Allereerst dient aangegeven dat de Foto werd gebruikt op een commerciële website die als deel heeft de commerciële activiteiten van HEALTH ENDEAVOUR te benaarstigen. Het onderliggende doel van de uitzondering “*ten behoeve van kritiek, polemiek, [of recensie]*” wordt hierdoor aangetast. Het maatschappelijk doel van een commerciële vennootschap betreft het maken van winst, zodat ook deze blog dient beschouwd te worden als een onderdeel van de commerciële strategie van HEALTH ENDEAVOUR.



- Abstractie makend van het voorafgaand, dient verder (om zich te kunnen beroepen op deze exceptie) een vermelding te worden opgenomen van de auteur (■■■■■). Gezien er geen twijfel bestaat dat HEALTH ENDEAVOUR op de hoogte was van ■■■■ als auteur-fotograaf (zie supra onder randnr. 21), kan het hof dan ook allerminst aannemen dat HEALTH ENDEAVOUR alle redelijke maatregelen heeft genomen ter achterhaling van ■■■■ als auteur/fotograaf om deze vervolgens te vermelden. Méér nog, HEALTH ENDEAVOUR heeft de naam van de auteur/fotograaf *moedwillig* niet gepubliceerd. Het invoeren van deze exceptie kan alleen om deze reden reeds worden afgewezen.
- Tenslotte dient aangegeven dat het artikel (blog) (waarbij de Foto werd gebruikt) geen verwijzing inhoudt naar enig interieur-design (hetgeen het voorwerp van de Foto betreft). Met andere woorden er was geen directe noodzaak tot gebruik van de desbetreffende Foto.

#### V.D.3. Technische restricties

25. HEALTH ENDEAVOUR lijkt aan te geven dat aangezien er geen technische restricties bestonden op de hierboven weergegeven websites (waar de Foto kan worden teruggevonden) dat het vrij zou zijn deze te downloaden en te gebruiken. Er bestaat echter geen verplichting in hoofde van een auteur om technische restricties te voorzien om eventuele auteursrechtelijke inbreuken te voorkomen bij het meedelen, aanbieden of vermarkten van zijn werk.

Het komt HEALTH ENDEAVOUR toe om de auteursrechten van de auteur te respecteren onafhankelijk van het bestaan van enige technische restricties.

#### V.E. Vijfde Middel: HEALTH ENDEAVOUR is een schadevergoeding verschuldigd aan ■■■■

Zesde Middel: Begroting van de schade

Zevende Middel: ■■■■ maakt zich niet schuldig aan rechtsmisbruik

#### V.E.1. Vorderingen en stellingen van partijen

26. HEALTH ENDEAVOUR betwist de hoegrootheid van het gevorderd bedrag (in ingebrekestelling) € 14.000 en verhoogd (in rechte) in eerste aanleg tot in hoofdorde € 16.100 (en ondergeschikt € 8.650,85) en in hoger beroep in hoofdorde € 16.100 (en ondergeschikt € 11.488,22, meer ondergeschikt € 8.650,85 en meest onderschikt € 1.201,70).

PAGE 01-00004026922-0016-0038-01-01-4





27. Verder zal HEALTH ENDEAVOUR algemeen wijzen op de strategie van ██████ (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 ██████ wordt beschouwd als een “*misbruik van recht*”). In dit kader wordt eveneens het zogenaamde fenomeen van *auteursrechtelijke trollen* aangekaart.

V.E.2. Recht op schadevergoeding en basis voor de berekening van schadevergoeding

28. Artikel XI.335 WER reikt de principes aan m.b.t. de vergoeding van schade veroorzaakt door een inbreuk op het auteursrecht.

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*”).

29. Het Belgisch rechtstelsel kent het principe van “*punitive damages*” (vrij vertaald als “*bestraffende schadevergoeding*”) niet. In het verlengde hiervan bestaat er in het Belgische rechtstelsel evenmin een *de lege* bepaling die zou toelaten (of opleggen) dat een inbreuk op intellectuele eigendomsrechten een verdubbeling (of alternatieve vermeerdering) wordt toegepast 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 trouwens 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. SFP, 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 dewelke de rechthebbende wiens aan het auteursrecht verbonden vermogensrechten zijn geschonden*” waarbij van een inbreukmaker een vergoeding kan worden gevorderd door betaling van een bedrag “*ter hoogte van tweemaal de hypothetische royalty’s*”.



30. 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*.
31. 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 een 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 beeld databanken. Hierbij heeft de auteur/fotograaf zijn toestemming verleend aan de houder van een beeld databank om zijn werk/foto op te nemen in een beeld 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 beeld databank waarvan het hof enkele van deze elementen hierna herneemt en 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 beeld databanken 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 beeld databank te gebruiken) wordt eveneens benaastigd door attractieve licentievooraarden 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 de in 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 (indien 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 beelddatabank.

- Hetzij doordat gebruik wordt gemaakt van een zogenaamde *Creative Commons* (of gelijkaardige) licentie waarbij de auteur/fotograaf geen recht op een vergoeding verwerft indien de gebruiker zich strikt houdt aan de licentievoorwaarden. Dergelijke licentie-vergoeding 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 (zoals in casu).
- 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 uniek 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 dus een *“concrete vergoeding”* zou inhouden.



32. Aangezien het niet voor de hand ligt voor een auteur/fotograaf om zijn schade concreet te begroten (zeker indien geen (gelijkaardige) eerdere licentieovereenkomsten met derden (kunnen) voorgelegd worden), 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*.
33. Met betrekkingen tot een dergelijk forfaitair bedrag (schadevergoeding vastgesteld naar *redelijkheid* en *billijkheid*) lijkt het voor het hof bij gebreke 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).
34. In de dossiers hangende voor het hof wordt door de auteur/fotograaf verwezen naar de tarieven die zouden gehanteerd worden door *OnLineArt*, en vereniging waarvan SABAM en SOFAM lid zouden zijn. Het hof aanvaardt deze tarieven niet voor de Belgische markt en motiveert als volgt (waarbij het hof aangeeft dat aangezien de raadsman van [REDACTED] steeds opnieuw deze argumentatie hanteert ter verdediging van andere cliënten, het hof zich genoodzaakt ziet haar stelling in enige mate te herhalen):
- 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 geponeerd, te meer daar de tarieven waarvan melding wordt gemaakt niet *online* beschikbaar zijn. Zij zijn niet consulteerbaar via de website van *OnLineArt* zelf 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 en 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- of belangenverenigingen. 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 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". Hiervan 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 starten, een vergunning te worden verleend door de bevoegde minister. Er ligt onvoldoende informatie voor dat *OnLineArt* zou ressorteren onder artikel XI.246 §1 3<sup>e</sup> of 4<sup>e</sup> lid WER dan wel 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)).
  - ████████ maakt melding van *OnLineArt* als een "internationale beheersorganisatie" doch het is het hof volstrekt onbekend wat hiermee dan wordt bedoeld. Er bestaat geen internationale instantie die controle zou uitoefenen op dergelijke organisatie.
35. Waar bepaalde rechtspraak ter invulling van dit redelijk en billijk forfaitair bedrag heeft teruggegrepen naar de geldende SOFAM-tarieven aanvaardt het hof dergelijke benadering.



36. Het past in het kader van de toepassing van de SOFAM-tarieven enige duiding te geven omtrent de (forfaitaire en percentuele) 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). Dit betreft de invulling van het onder randnr. 30 aangegeven begrip “*zou hij toestemming hebben gegeven*”.

Het betreft dan ook niet een zogenaamde “*bijkomende vergoeding*” of “*verhoging van de schadevergoeding*” maar geeft invulling aan de daadwerkelijke vergoeding voor de 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 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.



37. Ter volledigheid dient aangegeven dat de door SOFAM aangegeven verhogingen geen automatisme 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” (invulling van het begrip “zou hij toestemming hebben gegeven” – zie randnr. 3), 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
  - De moeilijkheid 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 (ia. *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 een 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.
  - ...
38. 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 dit ter dekking van het opzoekwerk en eigen administratie die een auteur/fotograaf dient te volbrengen ter afhandeling van een auteursrechtelijke inbreuk.



39. 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 (en 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 voorafgaandelijke 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*”).
40. 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 equivalentie van de economische en morele schade die de benadeelde auteur/fotograaf lijdt in het licht van een auteursrechtelijke inbreuk.

### VI.E.3. Rechtsmisbruik

41. De ondernemingsrechtbank Antwerpen (Afdeling Antwerpen) en in zijn zog het hof van beroep te Antwerpen worden recentelijk geconfronteerd met een aantal gelijkaardige procedures waarin een (vermeende) 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.
42. 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](http://www.pixsy.com) (hierna aangeduid als “PIXSY”) de rechten van deze (vermeende) auteurs/fotografen behartigt. Dit blijkt





concreet in het onderhavige dossier uit de mail-adressen die door de raadsleden worden gebruikt [piksy@siriuslegal.be](mailto:piksy@siriuslegal.be).

43. 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 aangeboden diensten). Het meest gehanteerde tarief (volgens de PIXSY website) bedraagt US \$ 39 / maand en voor dat bedrag mag de auteur/fotograaf o.a. volgende diensten verwachten:

- Het monitoren van 30.000 foto's
- 300 zogenaamde "take-down-notices" (vrij vertaald als "online stakingsverzoeken") waarbij in het verder verklarend 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 inbreukeisen*") ([Submit & Resolve Copyright Infringement Claims - Pixsy](#)) wordt aangegeven dat alleen een dienstverleningsvergoeding 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.



44. Dergelijke software en bijbehorende dienstverlening betreffen een belangrijk hulpmiddel voor auteurs/fotografen om een inbreukmakend gebruik van hun werken beteugeld te zien. Het is inderdaad niet eenvoudig voor auteurs/fotografen om een inbreukmakend gebruik van hun foto's terug te vinden en nog minder voor dergelijke auteurs/fotografen, niet woonachtig in België, om op te treden tegen inbreuken in België gepleegd.
45. Terecht heeft de ondernemingsrechtbank Antwerpen in één van zijn tussenkommende vonnissen (vonnis van 19 januari 2022)(AR/22/2129) geoordeeld dat het feit dat PIXSY werkt 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.
46. Ondanks het lovenswaardig commercieel initiatief van PIXSY (en naar alle waarschijnlijkheid gelijkaardige dienstverleners op de vrije markt) dient bij het optreden tegen vermeende auteursrechtelijke inbreuken door de auteur er zorg voor gedragen te worden dat zijn/haar rechten worden uitgeoefend op een wijze die in overeenstemming is met de goeder 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 Micron v. Telenet, nr. C-597/19, ECLI EU C 2021 492, r.o. 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).

47. 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 door de fotograaf/auteur 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 eigendomsrechte bij de handhaving ervan.

48. 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 initiële ingebrekestellingen houden geen (begin van) bewijs in omtrent het gegeven dat de eisende partij auteursrechthebbende is en/of het voorwerp van bescherming (de foto) voldoet aan de auteursrechtelijke drempelvoorwaarden.
- Er wordt pas geruime tijd nadat de foto werd gereproduceerd en gepubliceerd, een ingebrekestelling overgemaakt aan de vermeende inbreukmaker.
- 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 variabelen verhoogd. Eigen in de ingebrekestellingen is dat waar wordt verwezen naar de tarieven van *OnLineArt* (waar geen verhogingssysteem wordt weergegeven), wordt gebruik gemaakt van een verhogingssysteem van een andere vereniging (SOFAM) die echter veel lagere basistarieven hanteert.
- De ingebrekestellingen worden geprotesteerd waarbij
  - diverse verweren worden ontwikkeld (onvoldoende of geen bewijs van de desbetreffende auteur/fotograaf als auteursrechthebbende, onvoldoende of geen bewijs van auteursrechtelijk beschermd karakter van de foto, rechtmatig gebruik van de foto's (op basis van overname ervan via een beeldbank, ...)).
  - Centraal in alle protesten (minstens ondergeschikt) het verweer staat dat de aangerekende tarieven niet marktconform zijn waarbij wordt gewezen op de gebruikelijke tarieven die worden aangerekend voor het gebruik van dergelijke foto's overgenomen van beeldbanken en/of op gebruikelijke tarieven die worden toegekend door de Belgische rechtbank en hoven ter vergoeding van gelijkaardige auteursrechtelijke inbreuken. Verder blijkt dat de desbetreffende aangeschreven inbreukmakers



- (grotere 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.
49. 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 samengaan 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 aangesprokene (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 de motivering onder randnr. 28-40).
50. 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 indirecte verplichting worden afgeleid voor de auteur/fotograaf omtrent het initieel voorgestelde bedrag van de gepaste vergoeding.

Immers waar de rechter kan terugvallen op de mogelijkheid om de schadevergoeding naar *redelijkheid* en *billijkheid* vast te stellen op een forfaitair bedrag indien de concrete schadevergoeding niet kan worden bepaald (een stelling die er in alle gelijkaardige dossiers voor het hof wordt op nagehouden door de vermeende auteur/fotograaf), dient het bedrag dat de vermeende auteur/fotograaf voorstelt eveneens deze "*redelijkheid en billijkheid*" te weerspiegelen in een voorafgaandelijke onderhandelingsfase.

Deze redelijkheid en billijkheid van 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.

51. Er wordt tenslotte benadrukt dat de ingebrekestelling een eerste fase 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 auteur/fotograaf en de inbreukmaker in het verder verloop van deze onderhandelingen alsmede in de gerechtelijke procedure (waarbij ook proces-loyaliteit een factor kan zijn die wordt meegenomen in deze beoordeling).



52. 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 een onredelijke houding in de aanloop van de procedure in rechte, kan als gevolg hebben dat alle mogelijkheden tot een minnelijke oplossing (die een procedure in rechte zou hebben voorkomen) in de kiem worden gesmoord.

V.E.4 Concrete invulling van de schadevergoedingsprincipes en de principes omtrent rechtsmisbruik in onderhavige procedure

53. Het hof oordeelt dat ████████ wel degelijk fout, schade (hierna verder ingevuld) en oorzakelijk verband voldoende naar recht bewijst. Immers het is net door de handelingen van HEALTH ENDEAVOUR (fout) dat ████████ zich aangetast ziet in zijn economische en morele rechten die hem gewaarborgd worden door de auteurswet (schade).

(i) Commercieel karakter van het artikel (blog)

54. Allereerst dient te worden aangegeven dat het hof abstractie maakt van het argument van HEALTH ENDEAVOUR dat de foto enkel werd gebruikt in het kader van een artikel (blog). Zoals hierboven reeds werd geoordeeld is het duidelijk dat dit artikel (blog) in het verlengde ligt van de commerciële activiteiten van HEALTH ENDEAVOUR. Waar HEALTH ENDEAVOUR voorhoudt dat het een artikel (blog) betreft over actuele onderwerpen inzake digitale toepassingen voor de gezondheidszorg en niet publicitair van aard zijn (aangegeven als "loutere overpeinzingen"), wordt dit tegengesproken door het feit dat dit artikel (blog) onderdeel uitmaakt van de algemene website van HEALTH ENDEAVOUR. Het maatschappelijk doel van een commerciële vennootschap betreft het maken/benaarstigen van winst, zodat ook deze blog dient beschouwd te worden als een onderdeel van de commerciële strategie van HEALTH ENDEAVOUR.

(ii) Voorleggen van overeenkomst onderliggend aan het maken van de Foto

55. ████████ legt (in hoger beroep) zijn contractuele afspraken met ECKLUND-TERBEEK architecten voor. Uit deze afspraken blijkt dat ████████ een vergoeding aanrekende van € 1.300 (exclusief BTW). De offerte geeft als omschrijving:



*“Fotografie inrichting benedenverdieping oogziekenhuis: behandelruimtes, receptie/wachruimtes zoals besproken op vrijdag 30 november ter plaatse. De foto’s zijn vrij te gebruiken voor alle eigen bureaupubliciteit in druk of op internet, van het Oogziekenhuis en Eklund-Terbeek architecten, zonder beperking in de tijd. Voor het overige gelden de meegestuurde leveringsvoorwaarden van de fotografiefederatie.”*

Op de factuur wordt aangegeven dat “gebruik van het beeldmateriaal” kan “conform omschrijving offerte”.

56. Het hof merkt op dat ██████ blijkbaar geen (afzonderlijke) licentie-vergoeding aanreken indien hij wordt vergoed voor het uitvoeren van een fotografie-opdracht. Het is dan ook onmogelijk om op basis van deze contractuele afspraken af te leiden welke licentie-vergoeding ██████ zou aanrekenen voor het gebruik van de Foto op zich. Het gebruik van de Foto is subsidiair aan de eigenlijke fotografie-opdracht.
57. De verwijzing naar “een gebruik in strijd met de licentieovereenkomst”, zoals weergegeven in de leveringsvoorwaarden (waar een schadevergoeding wordt voorzien) mist doel aangezien deze niet kan worden tegengesteld aan HEALTH ENDEAVOUR. Dit betreft een contractuele afspraak tussen ██████ en ECKLUND-TERBEEK architecten waarbij de schadevergoeding wordt afgesproken tussen de contractspartijen. De vooropgestelde (forfaitaire) schade betreft dan ook niet de werkelijke schade in hoofde van ██████ door het inbreukmakende gebruik door HEALTH ENDEAVOUR van de Foto. Er kan dan ook geen derving van de licentievergoedingen worden aangenomen samengaand met de “verhogingen zoals voorzien in de standaard-licentievoorwaarden”. Als HEALTH ENDEAVOUR had onderhandelt over de vergoedingen, betrof dit uiteraard enkel de gebruikelijke licentievergoeding voor de reproductie in het artikel (blog) van HEALTH ENDEAVOUR.

(iii) Berekening van de schadevergoeding in toepassing van artikel XI.335 § 2 WER

58. De invulling van de principes weergegeven onder randnrs. 28-40 leidt tot volgende beoordeling in het licht van de omstandigheden van het geval:

<b>Economische Schade</b>	██████ bewijst voldoende naar recht aangetast te zijn in zijn economische rechten en hierdoor schade te hebben geleden door de onrechtmatige publicatie van de Foto. Bij een regelmatige publicatie zou ██████ recht hebben gehad
---------------------------	---



	op een vergoeding volgend op onderhandelingen.
Wijze van begroting van de schade	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bij gebreke aan beschikbare (gelijkaardige) licentieovereenkomsten waarbij een bepaalde vergoeding wordt vooropgezet voor het louter gebruik van een foto van █████, kan de schade niet <u>concreet</u> kan begroot worden (zie onder randnr. 55). Het hof bevindt zich in de onmogelijkheid om te oordelen of █████ in het verleden gelijkaardige gebruikslicenties heeft toegestaan en aan welke voorwaarden.</li> <li>• Gezien de schade niet concreet kan begroot worden, wordt de schade begroot in toepassing van artikel XI.335 §2 WER dat de mogelijkheid biedt de schadevergoeding naar <u>redelijkheid en billijkheid</u> te bepalen op een <i>forfaitair bedrag</i>.</li> </ul>
Toegepaste tarieven	Het hof acht het aangewezen om in casu gebruik te maken van de tarieven aangereikt door SOFAM (waarbij het basistarief vermeerderd wordt afhankelijk van de wijze, de termijn, .. van publicatie).
Verhoging van basistarief ter vergoeding van de gemiste kans	<p>Een verhoging van het basistarief (ter vergoeding van de gemiste kans) van 150% acht het hof redelijk en billijk aangezien de gemiste kans in hoofde van █████ voldoende zeker en reëel is en de omvang van de kans aanzienlijk. Het hof neemt hierbij volgende elementen in overweging:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Het was voor HEALTH ENDEAVOUR eenvoudig om de auteur van de litigieuze foto's te achterhalen en hem te contacteren via zijn website en over te gaan tot onderhandelingen.</li> <li>• █████ heeft zijn beelden niet opgenomen in een beeldbank.</li> <li>• █████ biedt zijn werken niet aan via licentiemodellen (o.a. Creative Commons Licenties).</li> <li>• Er bestond geen noodzaak voor HEALTH ENDEAVOUR om de Foto te gebruiken. Gezien er geen directe link bestaat tussen de gebruikte foto en het artikel (blog) was het voor HEALTH ENDEAVOUR ook mogelijk geweest om een foto te gebruiken uit een beeldbank dan wel een rechtenvrije foto te</li> </ul>





	<p>gebruiken zodat de onderhandelingsmarge van HEALTH ENDEAVOUR aanzienlijk was (in elk geval aanzienlijker indien er geen alternatieven zouden bestaan voor de Foto.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Er worden onvoldoende elementen aangedragen waaruit zou blijken dat ████████ zijn toestemming niet zou hebben gegeven indien een gepaste vergoeding werd betaald.</li> </ul>
<b>Morele Schade</b>	<p>Een verhoging van het basistarief van 100% acht het hof redelijk en billijk in het licht van volgende overwegingen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• ████████ bewijst voldoende naar recht aangetast te zijn in zijn morele rechten en schade te hebben geleden door de onrechtmatige publicatie van de Foto zonder naamsvermelding.</li> <li>• ████████ bewijst onvoldoende naar recht dat zijn recht op integriteit geschonden werden.</li> </ul>

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

Basistarief	1/8 pagina	€ 174,16
Termijn	Verhoging van 50% (termijn wordt niet betwist door HEALTH ENDEAVOUR)	€ 87,08
Gemiste Kans (economische rechten)	Verhoging 150%	€ 261,24
Geen naamsvermelding (morele rechten)	Verhoging 100%	€ 174,16
<b>Totaal</b>		<b>€ 696,64</b>

60. Bij de definitieve bepaling van de vergoeding wordt rekening gehouden met de wijze van uitoefening van de handhavingsrechten (ter invordering van de vergoeding). Het hof acht in casu een vermindering van bovenstaand bedrag met 25 % (vermindering als vorm van schadevergoeding voor HEALTH ENDEAVOUR) redelijk en billijk in het licht van de volgende omstandigheden van het geval:



- (i) De ingebrekestelling van ██████ voldoet niet aan de vereisten zoals hierboven (zie randnr. 49) weergegeven, meer bepaald:
- De ingebrekestelling houdt geen begin van bewijs in dat ██████ auteur dan wel auteursrechthebbende is van de kwestieuze foto.
  - De ingebrekestelling houdt geen begin van bewijs in dat de litigieuze foto voldoet aan de auteursrechtelijke drempelvoorwaarden.
- (ii) Ondanks het gegeven dat HEALTH ENDEAVOUR op bovenstaande gebreken wijst (of minstens stellingname hieromtrent verwacht van ██████ voorafgaandelijk het inleiden van een procedure in rechte), wordt onvoldoende stelling hieromtrent ingenomen en gaat ██████ over tot dagvaarding. Pas in de procedure in rechte (in eerste aanleg) worden bewijzen aangereikt omtrent de stelling dat ██████ auteur is en dat het voorwerp van de vorderingen auteursrechtelijke beschermd is.
- (iii) De ingebrekestelling maakt melding van een bedrag dat niet in overeenstemming is met de gebruikelijke en aanvaardbare tarieven door de Belgische rechtsleer en rechtspraak. Daarbij dient nog melding te worden gemaakt van het gegeven dat ██████ niet alleen gebruik maakt van een in België niet toepasbare (en ontoegankelijke) *OnLineArt*-tarieven doch ook gebruik maakt van verhogingen die niet zijn terug te vinden in deze tarieven (van *OnLineArt*) doch deze verhogingen toepast die terug te vinden zijn in de tarieven van SOFAM (die echter wel aanzienlijke lagere bedragen als basisrecht weergeeft). Verder wordt ook een maandelijkse vermeerdering toegepast door ██████ die noch door *OnLineArt* noch door SOFAM wordt gebruikt.
- (iv) Uit de stukken en de argumentatie blijkt dat HEALTH ENDEAVOUR na de initiële ingebrekestelling onmiddellijk de Foto heeft verwijderd van haar website. Dit gebeurde op 4 februari 2021 waarna een schriftelijke reactie werd gegeven op 9 februari 2021. ██████ zal hierop pas reageren op 9 december 2021 (hetgeen een herhaling betrof van haar eerder schrijven), waarop wederom inhoudelijk worden gereageerd op 16 december 2021. Hierop wordt niet meer gereageerd, doch overgegaan tot dagvaarding op 11 mei 2022.



In het licht van het bovenstaande wordt de schadevergoeding herleidt tot een bedrag van € 522,48.

61. De vordering van ■■■■■ 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 intrestvergoeding vooropgesteld in deze wet heeft betrekking op “*betalingen tot vergoeding van handelstransacties*” (waarbij het begrip handelstransacties wordt gedefinieerd in artikel 2.1. van deze wet). Een inbreuk op de auteursrechten van ■■■■■ kan niet worden beschouwd als een dergelijke handelstransactie zodat de bepalingen van deze wet geen toepassing kunnen kennen

V.F. Achtste Middel: Geen Tergend en Roekeloos Geding

Middel HEALTH ENDEAVOUR: Tegenvordering: Schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding

62. Hierboven werd beoordeeld dat de Foto auteursrechtelijke bescherming geniet, dat ■■■■■ als auteur en auteursrechthebbende dient te worden beschouwd en dat hij recht heeft op een passende schadevergoeding. ■■■■■ kan niet worden beperkt in zijn recht (in het licht van zijn overtuigingen) hieromtrent een geding aan te vatten. Hij dient echter bij het uitoefenen van dit recht (i.e. voorafgaandelijk het aanvatten van en lopende het geding) een houding aan te nemen die in overeenstemming is met deze van een redelijk en voorzichtig persoon geplaatst in dezelfde omstandigheden.
63. De argumentatie die de vordering tot schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding (in eerste aanleg en in hoger beroep) onderbouwt loopt parallel met de argumentatie van het rechtsmisbruik (zie onder randnr. 41-52). In de hierboven weergegeven beoordeling (zie randnr. 60) heeft het hof deze argumentatie ten dele aanvaard en heeft dit een invloed gehad op de bepaling van de billijke en evenredige vergoeding van de schade die ■■■■■ heeft geleden. Verder zal dit rechtsmisbruik ook worden aangenomen in de beoordeling omtrent de gehoudenheid tot betaling van de kosten van het geding (zie randnr. 65).



Naast deze aanpassing van de billijke en evenredige vergoeding (alsmede de veroordeling van ██████ tot zijn eigen proceskosten), oordeelt het hof dat HEALTH ENDEAVOUR onvoldoende naar recht bewijst enige andere schade te hebben geleden (die de hoegrootheid van de verminderingen zou overstijgen) zodat het hof zowel de veroordeling wegens tergend en roekeloos geding in de bestreden beslissing alsmede de vordering wegens tergend en roekeloos hoger beroep afwijst als ongegrond.

64. Volledigheidshalve oordeelt het hof dat de onderbouwing van de veroordeling tot betaling van een schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding door de eerste rechter niet kan worden bevestigd waar deze geënt is op de werking van PIXSY. Noch PIXSY noch de raadsman van ██████ zijn immers partijen in deze procedure. Het verdien-model van PIXSY dan wel het (vermeend) gegeven dat deze zou fungeren als een "copyright troll" zijn in deze procedure niet aan de orde. Verder kan in dit licht evenmin ██████ worden beperkt in het gebruik maken van de diensten van PIXSY (die zoals gezegd het respecteren van de rechten van fotografen ten goede kan komen), doch dient zich bij het uitoefenen van zijn rechten te gedragen als een redelijk en voorzichtig persoon geplaatst in dezelfde omstandigheden.

V.G. Kosten van het geding

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

Hierbij verwijst het hof naar zijn hierboven weergegeven motivering omtrent het misbruik van recht in hoofde van ██████. Zou ██████ allereerst standpunt ingenomen hebben omtrent het feit dat hij wel degelijk auteur/auteursrechthebbende was en dat de litigieuze foto auteursrechtelijke beschermd was maar bovenal 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 ██████ recht zou hebben conform de hierboven aangegeven berekeningswijze (€ 696,64) en het verschil t.o.v. het gevorderd bedrag dat ██████ vooropstelde in zijn ingebrekestelling (€ 14.000).



Samengenomen beschouwt het hof het bovenstaande als een kennelijk onredelijke situatie (cf. Cass. 7 september 2023, C.21.0421.N/1) hetgeen een veroordeling tot de eigen procedurekosten verantwoordt ondanks de gedeeltelijke grondverklaring van de ingestelde vorderingen.

66. In het licht van het voorafgaande dient echter HEALTH ENDEAVOUR zélf in te staan voor de eigen kosten van betekening van de bestreden beslissing alsmede de kosten van het kantonement.

## VI. 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 beperkt gegrond.

Verklaart de vordering tot veroordeling van schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding als ingesteld door de BV HEALTH ENDEAVOUR ongegrond.

Hervormt de bestreden beslissing als volgt:

Veroordeelt BV HEALTH ENDEAVOUR tot betaling aan de heer █████ van een bedrag van € **522,48** verhoogd met de gerechtelijke intresten aan de gewone wettelijke intrestvoet vanaf de datum van dagvaarding tot de datum van algehele betaling.

Wijst de oorspronkelijke vordering tot betaling van een schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding af als ongegrond.

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


Veroordeelt de heer ████████ 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

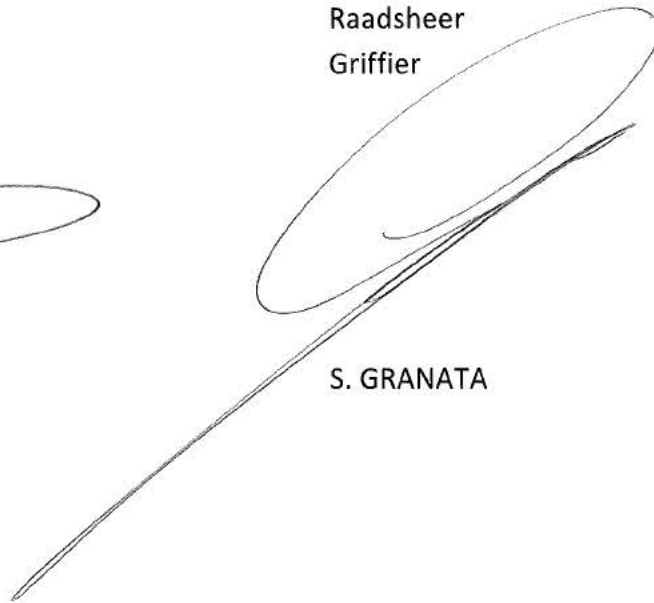
Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 02 oktober 2024 door

S. GRANATA  
F. HSINI

Raadsheer  
Griffier



F. HSINI



S. GRANATA

