

000834

Uitgifte

Repertoriumnummer 2024 / 1813
Datum van uitspraak 06 maart 2024
Rolnummer 2023/AR/119

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
<i>geïntimorde</i>		
op <i>19.04.2024</i>	op	op
€ <i>ART 280.9</i>	€	€
BUR	BUR	BUR

Mededeelbaar aan de ontvanger

Eindarrest

Hof van beroep Antwerpen

Arrest

kamer B8E2
burgerlijke zaken

Aangeboden op
Niet te registreren

COVER 01-00003743519-0001-0020-01-01-1



Mevrouw [REDACTED], van Amerikaanse nationaliteit
wonende te [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

appellante,
vertegenwoordigd door mr. PERMENTIER Ellen loco mr. VAN DEN BRANDE Bart,
advocaat te 1000 BRUSSEL, Wolstraat 68/72

**tegen het vonnis van de 18^{de} kamer van de ondernemingsrechtbank
Antwerpen, afdeling Antwerpen van 10 november 2022, gekend onder het
rolnummer A/22/1598**

tegen

ZIMMO BV,
met zetel te 3012 LEUVEN-WILSELE, Kolonel Begaultlaan 1a bus 12,
met ondernemingsnummer 0465.382.442

geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. DEVROE Ann, advocaat te 2000 ANTWERPEN,
Louizastraat 26/101 bus 11

I. TEN GELEIDE

Gelet op de door de wet vereiste meegedeelde procedurestukken waaronder het vonnis van 10 november 2022 (A/22/01598) op tegenspraak gewezen door de Ondernemingsrechtbank Antwerpen (afdeling Antwerpen).

Het bestreden vonnis wordt niet betekend. Het verzoekschrift strekkende tot hoger beroep wordt door mevrouw [REDACTED] neergelegd ter griffie van dit hof op 17 januari 2023.

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

┌ PAGE 01-00003743519-0002-0020-01-01-4 ─┐



II. FEITEN

1. Mevrouw ██████████ ██████████ (hierna aangeduid als '██████████') is en Amerikaanse fotografe. Zij is naar eigen zeggen (onder meer) gespecialiseerd in architectuur en interieurfotografie. Zij stelt dat zij haar werken presenteert op haar eigen website, websites van derden en sociale media zoals Instagram. Verder stelt ze dat haar werken *“reeds in tal van galerijen, gespecialiseerde tijdschriften en advertentiecampagnes”* verschenen.
2. De BV ZIMMO (hierna aangeduid als “ZIMMO”) is een dochter van de NV MEDIAHUIS, uitgever van (o.m.) de kranten De Standaard, het Nieuwsblad, Gazet van Antwerpen en Het Belang van Limburg. ZIMMO baat een immobiliënwebsite uit, www.zimmo.be, waarop vastgoed te koop of te huur kan worden aangeboden.
3. ZIMMO biedt aan de bezoekers van haar website een blog aan met redactionele informatie. Zo verscheen er begin 2018 een blogartikel met als titel: *“Ziet jouw interieur er dit jaar ook zo uit”*. Het artikel had volgende insteek *“Het is januari, dus is het reikhalzend uitkijken wat het nieuwe jaar voor ons in petto heeft. Voor diegene, die hun interieur eens stevig willen aanpakken, is er goed nieuws, want de jaarlijkse nieuwste interieurtrends zijn weer binnen. Zal jouw interieur er in 2018 ook zo uitzien?”*. Een van de aangeduide trends was: *“Warme kleuren”*: *“Niets dat meer warmte zegt dan kleur in je woonkamer. Een avondje gezelligheid kan niet alleen met een dekentje of een haardvuur, maar ook de aankleding van een interieur kan een rol spelen. Een subtiele toets geel of rood in je meubilair of decoratie, brengt je al een stap dichterbij een warm interieur”*.

Bij dit artikel werd gebruik gemaakt van volgende foto van ██████████:

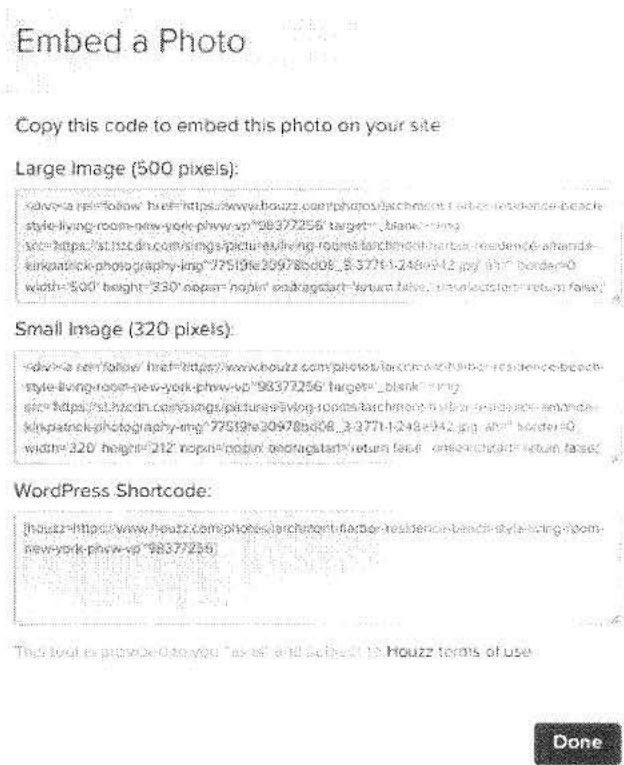


Foto: Amanda Kirkpatrick Photography



ZIMMO stelt dat ze de foto ontleende van de website www.HOUZZ.com (hierna aangeduid als "HOUZZ"). HOUZZ is een Amerikaanse website waarop "25 miljoen foto's van binnenhuisinrichting en woonideeën" zijn terug te vinden. Volgens ZIMMO is HOUZZ een advertentieplatform waar aanbieders van producten en diensten zich kunnen voorstellen.

█ verwijst verder naar de huidige weergaves op de HOUZZ-website en concreet dat door op de rechtermuisknop te klikken de gebruiker wordt geconfronteerd met informatie die kan gebruikt worden om een foto te *embedden* in een website. De informatie die wordt meegegeven op de website is de volgende:



4. De foto van █ is drie maal terug te vinden in het kader van het door ZIMMO gepubliceerde artikel (afhankelijk van de wijze waarop de foto wordt opgeroepen). De foto werd verkleind weergegeven in het artikel (en éénmaal "buiten het artikel") en wordt daarnaast vergroot weergegeven door middel van een *pop-up* die verschijnt na het aanklikken van de verkleinde reproductie in het artikel.

- 5 Op 15 juni 2021 ontvangt de NV MEDIAHUIS per mail een ingebrekestelling vanwege de raadslieden van [REDACTED]. Zij laten gelden dat de kwestieuze foto van [REDACTED] zonder toestemming werd gebruikt en zij manen ZIMMO aan elk gebruik te staken en binnen de vijf dagen € 10.500 te betalen (met verwijzing naar de tarieven van SABAM). Bij gebreke aan tijdige betaling en stopzetting (binnen de termijn van vijf dagen dus) zou worden overgegaan tot dagvaarding in staking en schadevergoeding, waarbij voorbehoud werd gemaakt voor nog hogere vergoedingen.

De NV MEDIAHUIS antwoordt namens ZIMMO op 18 juni 2022. In dit schrijven geeft ZIMMO aan dat onderzoek niet aan het licht had gebracht hoe ze de foto in kwestie had verkregen maar dat ZIMMO niettemin de foto heeft verwijderd, dat het alleen foto's gebruikt waarvoor het de rechten heeft bekomen en bereid was - onder alle voorbehoud - een vergoeding te betalen. ZIMMO betwist verder dat het tarief dat SABAM hanteert kan worden toegepast en betwistte ook het principe van "*punitive damages*".

De brief besloot:

"Tot slot van alle rekening, zijn wij evenwel uitzonderlijk bereid om bij wijze van minnelijke regeling, zonder enige nadelige erkenning en onder alle voorbehoud van rechten, een vergoeding te betalen van 250 EUR. Wij geven de betalingsopdracht door aan onze dienst boekhouding.

Onder voorbehoud van alle rechten en zonder enige nadelige erkenning."

ZIMMO voert nog diezelfde dag de aangekondigde betaling van €250 uit.

6. (De raadslieden van) [REDACTED] la(a)t(en) op 2 juli 2021 gelden dat ZIMMO haar inbreuk zou voortzetten doordat de foto nog via een bepaalde link zou kunnen worden teruggevonden. ZIMMO blijft bij haar eis tot betaling van € 10.500 en kondigt aan zonder verdere verwittiging te zullen dagvaarden.
7. ZIMMO antwoordt op 7 juli 2021 met de opmerking dat de foto wellicht enkel nog kon worden teruggevonden omwille van een *caching* (opslag in het tijdelijk geheugen door de browser van de raadslieden van [REDACTED]) vermits deze foto op de website van ZIMMO niet meer terug te vinden is, wat zij ook aantoont met een schermfoto van de pagina waarop de foto stond.



ZIMMO herhaalt dat het voorstel om € 250 euro te betalen een pragmatische commerciële toegeving uitmaakte en dat *punitive damages* flagrant in strijd zijn met het Belgisch recht.

8. ██████████ brengt op 7 april 2022 (negen maanden later) dagvaarding uit.

III. OORSPRONKELIJKE VORDERINGEN EN VONNIS A QUO

9. De vordering van ██████████ strekte tot de veroordeling van ZIMMO tot betaling van de bedragen van € 10.500,00 en € 1.575,00 (ondergeschikt € 1.123,74 en € 156,41), te vermeerderen met vergoedende interesten en de kosten van het geding.
10. ZIMMO argumenteerde tot de ongegrondverklaring van de vordering en minstens het in mindering brengen van het reeds betaalde bedrag van € 250.
11. De eerste rechter verklaarde de hoofdeis toelaatbaar doch ongegrond. ██████████ werd veroordeeld tot betaling van de kosten van het geding en de rolrechten.

IV. EISEN IN HOGER BEROEP

12. In haar verzoekschrift strekkende tot hoger beroep verzoekt ██████████ haar hoger beroep toelaatbaar en gegrond te verklaren en als dusdanig het bestreden vonnis gedeeltelijk te hervormen en als volgt opnieuw recht te doen:

Voor recht te zeggen dat ZIMMO het auteursrecht van ██████████ heeft geschonden door de foto van ██████████ te gebruiken en bewerken zonder haar toestemming en zonder haar een vergoeding te betalen.

In hoofdorde:

- o ZIMMO te veroordelen tot betaling aan ██████████ van het op basis van de tarieven van *OnLineArt* berekende bedrag van € 10.500,00, 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.

- o ZIMMO te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding van 15% van het totaal verschuldigde bedrag met een minimum van € 125,00, te weten € 1.575,00, te verhogen met de gerechtelijke intresten vanaf de datum van betekening van onderhavige dagvaarding.

In ondergeschikte orde:

- o o ZIMMO te veroordelen tot betaling aan ██████████ van het op basis van het gemiddelde tussen de tarieven van *OnLineArt* en van SOFAM berekende bedrag van € 5.811,87, 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.
- o ZIMMO te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding van 15% van het totaal verschuldigde bedrag met een minimum van € 125,00, te weten € 871,78, te verhogen met de gerechtelijke intresten vanaf de datum van betekening van onderhavige dagvaarding.

In meest ondergeschikte orde:

- o ZIMMO te veroordelen tot betaling aan ██████████ van het bedrag berekend op basis van de SOFAM-tarieven van € 1.123,74, 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.
- o ZIMMO te veroordelen tot betaling aan ██████████ van de aanvullende schadevergoeding van 15% van het totale bedrag met een minimum van € 125,00, zijnde € 156,41, te vermeerderen met rente vanaf de datum van betekening van de dagvaarding.



In elk geval ZIMMO te veroordelen tot de kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding aan het verhoogde bedrag van € 3.750,00 per aanleg, minstens ondergeschikt aan het basisbedrag van € 1.650,00 per aanleg, de kosten van de dagvaarding ten bedrage van € 247,01, de kosten van het verzoekschrift hoger beroep ten bedrage van € 24,00 en de andere procedurekosten.

13. ZIMMO verzoekt het hoger beroep af te wijzen als ongegrond en vervolgens [REDACTED] te veroordelen tot de kosten van het geding.

Ondergeschikt verzoekt ze (zou het hof het hoger beroep gegrond verklaren) bij een eventueel toe te kennen schade vergoeding het reeds betaalde bedrag van € 250 in mindering te brengen en eveneens indien intresten worden toegekend deze te koppelen aan de wettelijke intrestvoet (en de meergevorderde intrest af te wijzen).

V. BEOORDELING

VI.A. Auteursrechtelijke beschermd karakter van de foto's en [REDACTED] als auteursrechthebbende van deze foto's

14. Noch het auteursrechtelijk beschermd karakter van de litigieuze foto's noch het gegeven dat [REDACTED] als auteur/auteursrechthebbende dient beschouwd te worden, wordt in vraag gesteld door ZIMMO.

V.B. Auteursrechtelijke inbreuk: Staking en Schadevergoeding

V.B.1. Inleidend

15. ZIMMO betwist niet dat zij artikel XI.165§1 (1) WER (reproductierechten) en artikel XI.165 §2 WER (morele rechten) heeft geschonden en dat [REDACTED] gerechtigd is de staking van deze inbreuken te vorderen en recht heeft op een schadevergoeding conform artikel XI.335 WER.
16. Wel betwist ZIMMO de hoegrootheid van het gevorderd bedrag (bij ingebrekestelling € 10.500, na dagvaarding in eerste aanleg in hoofddorde € 10.500 (en ondergeschikt € 871,78) en in hoger beroep in hoofddorde € 10.500 (en ondergeschikt € 5.811,87 en meer ondergeschikt €871,78).



V.B.2. Algemeen: recht op schadevergoeding

17. 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*”).

18. 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 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. 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*”.

19. In dit licht kan eveneens worden gewezen op een recent Cassatie-arrest van 30 november 2023 (C.22.0383.N/1) waarin het Hof van Cassatie na verwijzing naar de hierboven weergegeven toepasselijke Belgische en Europese regelgeving als volgt stelt:

Uit deze bepalingen volgt niet dat de houder van een intellectueel eigendomsrecht waarop inbreuk is gemaakt, zonder dat hij de werkelijke



schade moet aantonen, betaling kan vorderen van een bedrag ten belope van tweemaal de passende vergoeding die verschuldigd zou zijn indien toestemming was verleend om het bedoelde werk te gebruiken.

20. De Belgische benadering houdt dus 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.*
21. 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 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 uitspraak van het Duitse Bundesgerichtshof (15 juni 2023)(Urteil des I. Zivilsenats vom 15.6.2023 - IZR 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 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 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 dergelijke beeldbank. De verwijzing naar de “geldende tarieven” gehanteerd door deze beeldbanken als “marktconform” bij een inbreukmakend gebruik wordt dan ook niet aanvaard door het hof.

- 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. Hierop wordt verder ingegaan in deze dossiers waarbij de verwerende 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 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.

22. 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*.
23. Met betrekking 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).
24. In de dossiers (eveneens in onderhavig) hangende voor het hof wordt door de auteur/fotograaf gewezen op 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:
 - 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* (méér nog de website is gewoonweg niet beschikbaar wegens werkzaamheden) zelf noch via de websites van SABAM dan wel SOFAM. In pleidooien wordt aangegeven dat deze website wel degelijk zou beschikbaar zijn, doch het hof heeft getracht deze te lokaliseren en kan deze (tot op heden) niet vinden. 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 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”. 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^e of 4^e 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 beheerorganisaties en onafhankelijke beheerentiteiten (fgov.be)).

25. 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.

ZIMMO geeft hieromtrent aan dat deze tarieven geen “onderhandelde tarieven” betreffen, doch tarieven die werden bepaald door een beheersvereniging (die enkel de belangen van haar leden behartigt). Het hof dient in dit kader echter vast te



stellen dat er geen alternatieven worden voorgesteld (hetzij voorgesteld door gebruikers van dergelijke werken hetzij bepaald in een gemeenschappelijk overlegorgaan). De tarieven van SOFAM zijn in deze zin dat ze niet als onredelijk kunnen worden beschouwd bij gebruik van foto's.

26. 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).

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.

27. 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*”, 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*);
- Het bestaan van informatie op de website van waaruit de foto werd ontleend omtrent het “*embedden*” van dergelijke foto’s en de voorwaarden hieromtrent.
- 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.
- ...

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 dit ter dekking van het onderzoekwerk en eigen administratie die een auteur/fotograaf dient te volbrengen ter afhandeling 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 (en los staan van de invulling van de hierboven weergegeven gemiste kans):

PAGE 01-00003743519-0015-0020-01-01-4



- 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.

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 equivalentie van de economische en morele schade die de benadeelde auteur/fotograaf lijdt in het licht van een auteursrechtelijke inbreuk.

V.B.3. Concrete bepaling van de schade

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

Economische Schade	██████ bewijst voldoende naar recht aangetast te zijn in haar economische rechten en hierdoor schade te hebben geleden door de onrechtmatige publicatie van de foto's. 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">• ██████ bewijst voldoende naar recht dat de schade niet <u>concreet</u> kan begroot worden. Het hof bevindt zich in de onmogelijkheid om te oordelen of ██████ in het verleden gelijkaardige gebruikslicenties heeft toegestaan.



	<ul style="list-style-type: none"> Gezien de schade niet concreet kan begroot worden wordt de schade door het hof 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>.
Toegepaste tarieven	<p>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 wijzen, de termijn, ...).</p>
Verhoging van basistarief ter vergoeding van de gemiste kans	<p>De verhoging van het basistarief (ter vergoeding van de gemiste kans) acht het hof in casu niet verantwoord aangezien de gemiste kans in hoofde van ██████████ onvoldoende zeker en reëel is. Het hof motiveert als volgt:</p> <ul style="list-style-type: none"> De door ZIMMO gebruikte foto wordt weergegeven op de website HOUZZ. Op deze website wordt de gebruiker de mogelijkheid geboden om de foto te reproduceren door gebruik te maken van een bepaalde code die kan worden “geembed” in de HTML-code. Er worden geen voorwaarden opgelegd aan de gebruiker (ontlener) van de foto omtrent het verder gebruik dat deze kan maken van de foto. ██████████ argumenteert op geen enkele wijze dat de foto (en bijbehorende informatie) onrechtmatig werd weergegeven op de website van HOUZZ. De litigieuze foto kadert in een gelijkaardig opzet als de website waaruit de foto werd gekopieerd/ontleend (HOUZZ). Hierbij wordt trouwens aangegeven dat op de website geen enkele aanduiding wordt gegeven in welke omstandigheden géén gebruik mag gemaakt worden van de weergegeven code. ZIMMO bewijst voldoende naar recht dat alternatieven op de markt beschikbaar waren zodat het redelijk aan te nemen is dat ZIMMO bij een eventuele onderhandeling niet diende in te gaan op een onderhandelde verhoging van het basistarief.



Morele Schade	<ul style="list-style-type: none"> • ████████ bewijst onvoldoende naar recht aangetast te zijn in haar morele rechten en schade te hebben geleden door de onrechtmatige publicatie van zijn foto. • ZIMMO heeft de naam van de fotograaf duidelijk weergegeven. • Waar ████████ aangeeft dat zij haar naam niet wenste te associëren aan ZIMMO wordt er geen enkel objectief element aangereikt die deze stelling zou ondersteunen. Andermaal kan hierbij worden gewezen op de publicatie (met bijbehorende informatie omtrent het “<i>embedden</i>” hiervan) op de HOUZZ website. • ████████ bewijst onvoldoende naar recht dat haar recht op integriteit geschonden werden. Hierbij kan worden aangegeven dat het aanpassen van de foto in verschillende groottes niet wordt beschouwd als een inbreuk op haar recht op integriteit (doch eerder een gebruikelijke wijze is om foto’s op een webpagina weer te geven). Andermaal kan hierbij trouwens worden gewezen op de informatie die op de HOUZZ-site wordt weergegeven (waarbij de verschillende te <i>embedden</i> codes wordt weergegeven afhankelijk van de gewenste grootte).
----------------------	---

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

Basistarief	Het basistarief betreft het bedrag vooropgesteld voor de eigenlijke weergave in het artikel.	€ 121,92
Termijn	Méér dan 2 jaar online (verhoging 50%)	€ 60,96
Gemiste Kans	Geen verhoging	€ 0
Geen naamsvermelding (morele rechten)	Geen verhoging	€ 0
Eindtotaal		€ 182,88



33. Zoals hierboven aangegeven oordeelt het hof dat in het licht van het voorafgaandelijke dat de drie weergaves van dezelfde foto in hetzelfde artikel (afhankelijk van het aanklikgedrag van de gebruiker van de ZIMMO-website) niet als afzonderlijke inbreukmakende weergaves worden beschouwd. Dergelijke wijze van weergave is eigen aan het medium (internet).

Het betreffen ten andere ook geen weergaves die op drie verschillende plaatsen op de website van ZIMMO zijn terug te vinden.

34. 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
35. In het licht van het bovenstaande wordt de schadevergoeding waarop ██████████ recht heeft bepaald op € 182,88 (vermeerderd met de hierboven weergeven intresten) en wordt in dit licht aangegeven dat de vergoeding die door ZIMMO werd betaald (€250) deze vergoeding overstijgt.

Het hoger beroep wordt dan ook afgewezen als ongegrond.

V.C. Kosten van het geding

36. In het licht van het voorafgaande wordt ██████████ veroordeeld tot betaling van de kosten van het geding (inhoudende de rechtsplegingsvergoeding) alsmede de betaling van de rolrechten in eerste aanleg en in hoger beroep.



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 doch ongegrond.

Bevestigt de bestreden beslissing in al zijn onderdelen (m.i.v. de betaling van de kosten van het geding).

Veroordeelt mevrouw [REDACTED] tot betaling van de kosten van het geding in hoger beroep waarbij de rechtsplegingsvergoeding wordt begroot op € 1.650.

Veroordeelt mevrouw [REDACTED] tot betaling van de rolrechten aan de FOD FINANCIEN op diens eerste verzoek en als volgt begroot:

- Rolrechten eerste aanleg: € 165
- Rolrechten hoger beroep: € 400

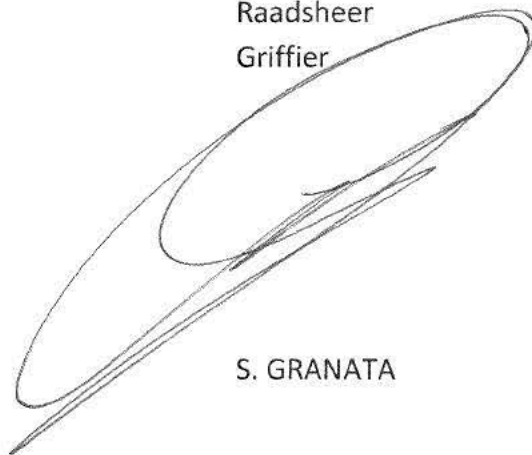
Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 06 maart 2024 door

S. GRANATA
F. HSINI



F. HSINI

Raadsheer
Griffier



S. GRANATA

