

003528

Repertoriumnummer <b>2023 / 8084</b>
Datum van uitspraak <b>13 december 2023</b>
Rolnummer <b>2023/AR/298</b>

### Uitgifte

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

Mededeelbaar aan de  
ontvanger

Eindarrest

Intellectuele eigendom

# Hof van beroep Antwerpen

## Arrest

kamer B8E2  
burgerlijke zaken

Aangeboden op
Niet te registreren

COVER 01-00003617493-0001-0029-01-01-1



De heer [REDACTED],  
wonende te [REDACTED],  
[REDACTED]

appellant,  
vertegenwoordigd door mr. PARMENTIER Ellen en mr. SCHIEPERS Justin loco mr. VAN  
DEN BRANDE Bart, advocaat te 1000 BRUSSEL, Wolstraat 68/72

**tegen het vonnis van de 18<sup>de</sup> kamer van de ondernemingsrechtbank  
Antwerpen, afdeling Antwerpen van 19 januari 2023, gekend onder het  
rolnummer A/22/1477**

tegen

**DPG MEDIA NV,**  
met zetel te 2018 ANTWERPEN, Mediaplein 1,  
met ondernemingsnummer 0432.306.234

geïntimeerde,  
vertegenwoordigd door mr. MARX Peter en mr. DETURCK Emilie, beiden advocaat te  
1150 SINT-PIETERS-WOLUWE, Tervurenlaan 270

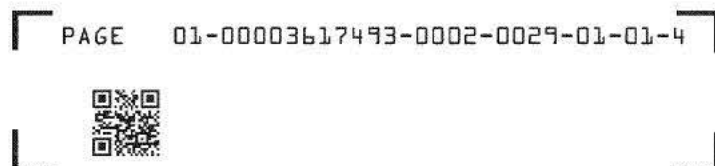
\*\*\*

## **I. TEN GELEIDE**

Gelet op de door de wet vereiste meegedeelde procedurestukken waaronder het vonnis van 19 januari 2023 (A/22/01477) op tegenspraak gewezen door de Ondernemingsrechtbank Antwerpen (afdeling Antwerpen).

Het bestreden vonnis wordt niet betekend. Het verzoekschrift strekkende tot hoger beroep wordt door de heer [REDACTED] neergelegd ter griffie van dit hof op 20 februari 2023

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



## II. FEITEN

1. DPG MEDIA NV (hierna aangeduid als “DPG”) is een Vlaamse mediagroep en biedt o.a. televisie, kranten, radio, magazine en *online* diensten aan. Een van de uitgaven en merken van DPG is HLN.be.

De heer [REDACTED] (hierna aangeduid als ‘[REDACTED]’) is een Belgisch fotograaf.

2. Op 5 maart 2020 publiceert DPG een regionaal artikel (regio Moorslede) over de tijdelijke terugkeer van een aantal speeltuigen naar het terrein van het voormalig recreatiepark DADIPARK dat na enkele dagen wordt gearchiveerd. In dit artikel wordt gebruik gemaakt van volgende foto:



3. Op 19 maart 2021 ontvangt DPG een ingebrekestelling van de raadslieden van [REDACTED]. In dit schrijven geeft [REDACTED] aan dat hij auteursrechthebbende is van bovenvermelde foto en wordt gesteld dat DPG de foto zou gereproduceerd en gepubliceerd hebben zonder diens toestemming, hetgeen een inbreuk zou inhouden op diens auteursrechten. [REDACTED] vordert de onmiddellijke staking van de publicatie en een schadevergoeding van € 5.080.
4. Op 7 april 2021 betwist DPG de schadevergoedingsclaim van [REDACTED] doch stelt ze voor om een schadevergoeding te betalen van € 250 tot slot van alle rekeningen. De foto werd vervolgens verwijderd uit het (online) gearchiveerde artikel.



■ zal aanhalen dat deze foto nog wel consulteerbaar zou zijn. DPG geeft aan dat ■ hierbij gebruik maakt van een link die niet door het publiek kan worden teruggevonden.

5. Op 8 april 2021 geeft ■ aan niet akkoord te kunnen gaan met het standpunt (en voorstel van DPG) en handhaaft ze haar vergoedingsvordering.

Op 14 april 2021 geeft DPG andermaal niet aan het niet eens te zijn met het standpunt van ■, doch verhoogt ze haar voorstel tot slot van alle rekeningen naar een bedrag van € 450. Dit voorstel wordt op dezelfde dag afgewezen en het oorspronkelijk bedrag wordt gevorderd.

6. Op 8 april 2022 gaat ■ over tot dagvaarding voor de ondernemingsrechtbank Antwerpen (Afdeling Antwerpen).

### III. OORSPRONKELIJKE VORDERINGEN EN VONNIS A QUO

7. ■ vroeg de eerste rechter om voor recht te zeggen dat DGP het auteursrecht van ■ heeft geschonden, en dienvolgens om:

#### In hoofdorde:

- DGP te veroordelen tot het betalen aan ■ van het bedrag van € 5.040 (berekend op basis van de tarieven van OnLineArt), te vermeerderen met de compensatoire interesten en de gerechtelijke interesten;
- DGP te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding van 15% van het totaal verschuldigde bedrag met een minimum van € 125, zijnde € 756, te verhogen met de gerechtelijke interesten;

#### In ondergeschikte orde:

- DGP te veroordelen tot het betalen aan ■ van het bedrag van € 1.197,30 (berekend op basis van de tarieven van SOFAM), te vermeerderen met de compensatoire interesten en de gerechtelijke interesten;
- DGP te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding van 15% van het totaal verschuldigde bedrag met een minimum van € 125, zijnde € 179,59, te verhogen met de gerechtelijke interesten;



DGP te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding aan het verhoogde bedrag van € 2.600, minstens ondergeschikt aan het basisbedrag, en de dagvaardings- en procedurekosten.

8. DGP verzocht de eerste rechter als volgt:

In hoofdorde:

- De vorderingen van ■■■ integraal af te wijzen als ongegrond;
- ■■■ te veroordelen tot betaling van de kosten van het geding, inclusief de minimumrechtsplegingsvergoeding van € 700 desgevallend te indexeren op het moment van de uitspraak.

In ondergeschikte orde:

- De vorderingen van ■■■ minstens te matigen tot een redelijke en billijke schadevergoeding die overeenkomt met de niet-betaalde auteursrechten, met name maximaal € 152,40;
- De rechtsplegingsvergoeding te compenseren, te oordelen dat ■■■ de dagvaardingskosten en de rolrechten dient te dragen, en partijen voor het overige te verwijzen in de eigen gedingkosten.

In meest ondergeschikte orde:

- De vorderingen van ■■■ minstens te matigen tot een redelijke en billijke schadevergoeding die overeenkomt met de niet-betaalde auteursrechten, met name maximaal € 152,40;
- De rechtsplegingsvergoeding te reduceren tot het minimumbedrag van € 700, desgevallend te indexeren op het moment van de uitspraak.

9. De eerste rechter verklaarde de hoofdeis toelaatbaar doch ongegrond ■■■ werd veroordeeld tot betaling van de kosten van het geding en de betaling van de rolrechten.

#### **IV. EISEN IN HOGER BEROEP**

10. In zijn laatste conclusie in hoger beroep verzoekt ■■■ zijn hoger beroep toelaatbaar en gegrond te verklaren en als dusdanig het bestreden vonnis te hervormen en voor recht te horen zeggen dat DGP zijn auteursrecht heeft geschonden;



In hoofdorde:

- DGP te veroordelen tot het betalen aan ■■■ van het bedrag van € 5.040 (berekend op basis van de tarieven van OnLineArt), te vermeerderen met de compensatoire interesten en de gerechtelijke interesten;
- DGP te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding van 15% van het totaal verschuldigde bedrag met een minimum van € 125, zijnde € 756, te verhogen met de gerechtelijke interesten;

In ondergeschikte orde:

- DGP te veroordelen tot het betalen aan ■■■ van het bedrag van € 3.118,64 (berekend op basis van het gemiddelde tussen de tarieven van OnLineArt en SOFAM), te vermeerderen met de compensatoire interesten en de gerechtelijke interesten;
- DGP te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding van 15% van het totaal verschuldigde bedrag met een minimum van € 125, zijnde € 467,79, te verhogen met de gerechtelijke interesten;

In meest ondergeschikte orde:

- DGP te veroordelen tot het betalen aan ■■■ van het bedrag van € 1.197,30 (berekend op basis van de tarieven van SOFAM), te vermeerderen met de compensatoire interesten en de gerechtelijke interesten;
- DGP te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding van 15% van het totaal verschuldigde bedrag met een minimum van € 125, zijnde € 179,59, te verhogen met de gerechtelijke interesten;

DGP te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding aan het verhoogde bedrag van € 2.600, minstens ondergeschikt aan het basisbedrag van per aanleg, en de dagvaardings- en procedurekosten.

11. DGP verzoekt in hoofdorde het hoger beroep af te wijzen als ongegrond en vervolgens ■■■ te veroordelen tot de kosten van het geding.

Ondergeschikt verzoekt DGP de vorderingen van ■■■ te matigen tot een redelijke en billijke schadevergoeding die overeenkomt met de niet-betaalde auteursrechten, met name maximaal € 152,40 en de vervolgens de rechtsplegingsvergoeding te compenseren, te oordelen dat ■■■ de dagvaardingskosten en de rolrechten dient te dragen, en partijen voor het overige te verwijzen in de eigen gedingkosten.



## V. BEOORDELING

### V.A. ■ als auteur / auteursrechthebbende van de litigieuze foto

12. ■ bewijst voldoende naar recht dat (indien aan de foto auteursrechtelijke bescherming zou toekomen – zie verder onder randnr. 14) hij dient beschouwd te worden als auteur. Het hof motiveert als volgt:

- ■ verwijst naar de publicatie van de foto op FLICKR op 14 mei 2011 (hetgeen de eerste publieke weergave van de foto blijkt te zijn). In deze eerste publieke weergave van de foto wordt ■ aangeduid als auteur van de foto.
- Nadat de eerste rechter had gewezen op het feit dat het voor ■ mogelijk is om de EXIF-data van de foto aan te dragen als bewijselement dat de foto van hem afkomstig is (m.a.w. dat hij de maker ervan is), reikt ■ deze data aan. Het hof merkt op dat DPG als verweer hiertegen aanbrengt dat geenszins “wordt aangetoond dat deze data afkomstig is van de litigieuze foto” en dat “niet bewezen (is) dat het toestel waarmee de foto in kwestie werd gemaakt het toestel van (■) is”. Verder argumenteert DPG dat de gekopieerde data “gemakkelijk kan worden aangepast”. De argumentatie van DPG vindt haar basis in een vermeende valsheid van het stuk. Het hof merkt op dat DPG het hof niet vat met een burgerlijke valsheidsprocedure (in toepassing van artikel 894 – 915 Ger. W.) zodat er dient vanuit te worden gegaan dat de aangereikte EXIF-data wel degelijk betrekking heeft op de litigieuze foto. Samengaand met de publicatiedatum van de foto op FLICKR acht het hof de datum die wordt weergegeven in de EXIF-data dan ook overtuigend om de datum van het maken van de foto te bepalen.
- In het licht van het bovenstaande kan ■ zich dan ook beroepen op het vermoeden van auteurschap in de zin van artikel XI.170 (2) WER (waarbij het hof hierna de drempelvoorwaarden voor auteursrechtelijke bescherming zal beoordelen – zie onder randnr. 14). Ten overvloede wordt aangegeven dat geen van de latere *online* weergaven die door DPG worden aangedragen dit vermoeden voldoende naar recht doorkruisen. Zoals aangegeven dateren deze allen van na de eerste publieke weergave van de foto op FLICKR.
- Volledigheidshalve wordt aangegeven dat waar ■ zou nalaten om de negatieven van de litigieuze foto dan wel het “*ruw*” formaat met metadata evenmin het vermoeden van auteurschap doorkruist. Een digitale foto kan immers ook genomen worden in ander formaat dan het “*ruw*” formaat, zonder dat dit enige invloed zal hebben op het vermoeden van auteurschap dan wel op het beoordelen van de auteursrechtelijke drempelvoorwaarden.



13. Het hof verklaart het hoger beroep hieromtrent dan ook gegrond en hervormt de bestreden beslissing in deze zin.

V.B. Auteursrechtelijk beschermd karakter van de foto

14. Zoals reeds aangegeven blijkt uit het feitelijke gegevens van dit dossier dat DPG bij de publicatie van de desbetreffende foto zelf het auteursrechtelijk beschermd karakter van de foto aanvaardde door het aangeven van het internationaal erkende © teken. De betwisting die zij in onderhavig dossier aandraagt, kan dan ook niet als redelijk worden beschouwd en lijkt eerder een standaard-verweer (zonder rekening te houden met de eigen buitengerechtelijke bekentenis).

Conform artikel 8.31. 3<sup>e</sup> lid BW heeft de buitengerechtelijke bekentenis dezelfde wettelijke bewijswaarde als de gerechtelijke. In artikel 8.32 BW wordt verder aangegeven dat de rechter soevereine appreciatiebevoegdheid heeft ten aanzien van het *oprechte* karakter van de bekentenis en dat hij derhalve mag nagaan of daadwerkelijk een geldige en oprechte wil voorlag om een buitengerechtelijke bekentenis af te leggen. De rechter oordeelt onaantastbaar in feite over de bedoeling of de toerekenbare schijn om de juistheid van de beweerde feiten te bevestigen, en controleert daartoe de omstandigheden waarin deze werd afgelegd. Hij mag daarbij geen rekening houden met de inhoudelijke geloofwaardigheid van de verklaring.

Bij het plaatsen van het © teken wenste DPG aan te geven dat de foto die zij als illustratie bij het artikel plaatste een auteursrechtelijke bescherming geniet. Deze buitengerechtelijke bekentenis geldt *erga omnes* en dus ook t.a.v. ■■■ die hierop mag terugvallen.

15. Omtrent de (theoretische) invulling van de auteursrechtelijke drempelvoorwaarden wordt verwezen naar volgende arresten gewezen door het hof van beroep van Antwerpen (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 (en worden in se niet betwist door partijen):
- Opdat een werk auteursrechtelijk kan beschermd worden, dient het “oorspronkelijk” te zijn.





- 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 creatieve en vrije keuzes.
  - Bij het beoordelen van de vrije en creatieve keuzes dient abstractie te worden gemaakt van (zonder uitputtend te zijn) (i) het gegeven dat een esthetisch effect zou worden verkregen, en (ii) het gegeven dat deze vrije en creatieve keuzes voor de hand zouden liggen.
  - Enige inventiviteitsvereiste op creatief vlak is vreemd aan de beoordeling van de oorspronkelijkheidsvereiste.
  - 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 voorbekendheid (anterioriteit)).
  - De beoordeling van de auteursrechtelijke drempelvoorwaarden noodzaakt de auteur ertoe, als eisende partij, invulling te geven aan de elementen die volgens hem/haar het oorspronkelijk karakter van het werk bepalen (de zogenaamde “stelplicht”). De vereiste van stelplicht ligt in het verlengde van de bewijslast in hoofde van de auteur (als eisende partij) (in toepassing van (oud) artikel 870 Ger. W.)
16. Omtrent deze bewijsplicht -en last wordt in toepassing van het huidige bewijsrecht gewezen op artikel 8.4. BW. Conform dit artikel ligt de bewijslast bij █████ aangezien de vermeende auteursrechtelijke bescherming van de foto (en hierop verder bouwend de auteursrechtelijke inbreuk) de rechtsgrond betreft van zijn vorderingen. Er liggen geen uitzonderlijke omstandigheden voor om de bewijslast bij DPG 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 recente Cassatie-arrest van 23 maart 2023 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” (cf.. Cass. 24 maart 2023 - F.21.0052.N).*

17. ■■■ voldoet voldoende naar recht aan zijn stelplicht en bewijst dan ook voldoende naar recht het auteursrechtelijk beschermd karakter van zijn werk, waarbij het hof volgende elementen in overweging neemt:

■■■ heeft wel degelijk een bepaalde sfeer willen creëren bij het nemen van de foto. Hij heeft hierbij een keuze gemaakt omtrent de belichting (die alhoewel natuurlijk afhankelijk was van het moment van het nemen van de foto hetgeen op zich een bepaalde keuze inhield), de opnamehoek (waarbij ■■■ een bepaald perspectief koos die ervoor zorgde dat een bepaalde ruimte en diepte werd gecreëerd).

De belichting samen met de opnamehoek hebben ertoe bijgedragen dat een bepaalde sfeer wordt gecreëerd in de foto die door het hof als oorspronkelijk wordt beschouwd en uitdrukking geeft aan de persoonlijkheid van ■■■.

18. Het hof verklaart het hoger beroep hieromtrent dan ook gegrond en hervormt de bestreden beslissing.

#### V.C. Staking

19. Conform artikel XI.165 §1 WER heeft alleen de auteur het recht om zijn werk op enigerlei wijze te reproduceren, te bewerken of mee te delen aan het publiek. ■■■ heeft dan ook recht om de staking van bovenstaande inbreuk te vorderen. Hierbij dient aangegeven dat DPG reeds vrijwillig is overgegaan tot de staking na de eerste ingebrekestelling.

#### V.D. Vordering tot schadevergoeding

##### V.D.1. Algemeen: Recht op schadevergoeding

20. 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*”).

21. 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*”.

22. De Belgische benadering houdt een equivalentie in tussen de schade en het herstel ervan, hetgeen op zich inhoudt dat de benadeelde-auteur/fotograaf recht heeft op een vergoeding die gelijkloopt met *de vergoeding die hij zou gevraagd hebben zou hij toestemming hebben gegeven tot het gebruik van zijn werk*.
23. Om de vergoeding te kunnen bepalen die een auteur/fotograaf zou hebben gevraagd indien hij zijn toestemming zou hebben gegeven, is het aangewezen de gebruikelijke wijze waarop een vergoeding wordt overeengekomen (voorafgaandelijk 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 recente 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 beeldbank 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 beeldbanken 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 beeldbank 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.

24. 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*.
25. 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).

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:

- 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. 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 trouwens 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 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 beheerorganisaties en onafhankelijke beheerentiteiten \(fgov.be\)](#)).

26. Waar bepaalde rechtspraak ter invulling van dit redelijk en billijk forfaitair bedrag heeft teruggerepen naar de geldende SOFAM-tarieven kan het hof dergelijke benadering aanvaarden.

Het past in het kader van de toepassing van de SOFAM-tarieven enige duiding te geven omtrent de (forfaitaire en 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*);
- 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 opzoekwerk 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):
- 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*”).
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.D.2. Rechtsmisbruik

31. De ondernemingsrechtbank Antwerpen (Afdeling Antwerpen) en in zijn zog het hof van beroep te Antwerpen worden recentelijk geconfronteerd met een aantal procedures waarin een (vermeende) auteur/fotograaf zijn (vermeende) auteursrechten wenst gerespecteerd te zien t.a.v. multimedia bedrijven en dit nadat deze laatsten zonder toestemming van deze (vermeende) auteur/fotograaf foto's publiceerden op het internet.



32. In deze procedures worden de (vermeende) auteurs/fotografen vertegenwoordigd door hetzelfde advocatenkantoor (met dezelfde raadsman als *dominus litis*). Uit de feitelijke gegevens neemt het hof het als aannemelijk aan dat dit kantoor/raadsman in een vorm van samenwerking met het bedrijf [www.pixsy.com](http://www.pixsy.com) (hierna aangeduid als “PIXSY”) de rechten van deze (vermeende) auteurs/fotografen behartigt. Dit laatste wordt ten andere bevestigd ter pleitzitting.
33. Op de openingspagina van PIXSY wordt aangegeven dat 85% van de online beschikbare foto’s zonder toestemming worden gebruikt. PIXSY heeft een (verdien-)model ontwikkeld waarbij zij aan de hand van een softwareprogramma het internet afspeurt met het oog op het vinden van deze onrechtmatige reproducties en publicaties van foto’s van auteurs/fotografen die zich bij PIXSY hebben aangesloten.

Auteurs/fotografen worden uitgenodigd om in te schrijven (mits betaling van een maandelijks bedrag) op deze site (en 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) dossierbehandelaar alle praktische stappen ondernemen ter waarborging van de rechten van de auteur/fotograaf en wordt deze blijkbaar niet actief betrokken in de zaak. Onder de prijsinformatie wordt nogmaals herhaald dat het principe “no win no fee”



wordt gehanteerd en dat bij het winnen van een zaak een vergoeding wordt aangerekend van 50% van de verkregen bedragen.

34. Dergelijke software en bijbehorende dienstverlening 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.
35. Terecht heeft de ondernemingsrechtbank Antwerpen in één van zijn tussenkomende 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.
36. 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 er zorg voor gedragen te worden dat deze 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).



37. In een verdienmodel waarbij de dienstverlener recht heeft op 50% van een schadevergoeding, dient er inderdaad zorg te worden gedragen dat de vergoeding die wordt gevorderd de werkelijke (concrete of hypothetische) schade betreft.

Verder kan het onderhandelingsproces (voorafgaandelijk het inleiden van een procedure in rechte) een belangrijke indicator zijn omtrent de beoordeling van het al dan niet misbruik dat wordt gemaakt door een rechthebbende van zijn intellectuele eigendomsrechte bij de handhaving ervan.

38. Het past dan ook de wijze van uitoefening van deze rechten (in België) door de benadeelde auteur/fotograaf te onderzoeken. Concreet (zonder beperkend te zijn) dient het onderhandelingsproces te worden beoordelen. Dit onderhandelingsproces zal vaak geval per geval verschillen doch doorheen de verschillende dossiers waarmee het hof heden wordt geconfronteerd kan een vast stramien worden blootgelegd:

- De aangesproken vermeende inbreukmakers betreffen (bekendere) Belgische mediagroepen (of grotere bedrijven) die een zekere bekendheid genieten op de Belgische markt.
- De initiële ingebrekestellingen houden geen (begin van) bewijs in omtrent het gegeven dat de eisende partij auteursrechthebbende is en/of 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 beeld databanken 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.
39. Een concreet en aangewezen onderhandelingstraject duiden, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval (waarbij factoren zoals het al dan niet onmiddellijk staken van het vermeend inbreukmakende gebruik, het al dan niet binnen een redelijke termijn beantwoorden van de ingebrekestelling, het al dan niet formuleren van tegenvoorstellen inhoudende een vergoeding, ...), doch essentieel lijkt wel dat de initiële ingebrekestelling door de (vermeende) auteur/fotograaf voldoet aan bepaalde minimumvoorwaarden (die de (vermeende) inbreukmaker toelaten op gepaste wijze te reageren (al dan niet 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 auteursrechtelijke 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. **20-30**).
40. Omtrent deze laatste voorwaarde kan uit artikel XI.335 §2 WER (dat aan de rechter een uitkomst biedt bij het bepalen van de schade (die niet concreet kan begroot worden) een 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.



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

V.D.3. Concrete bepaling van de schade

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

<p><b>Economische Schade</b></p>	<p>■ 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. In se betwist DPG niet dat ■ schade heeft geleden, enkel de wijze van berekening wordt betwist waarbij wordt aangegeven dat deze manifest overdreven is.</p>
<p>Wijze van begroting van de schade</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• ■ 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. DPG kan trouwens evenmin wijzen op een gelijkaardige publicaties (met mogelijke onderliggende licentie-overeenkomsten). Als dusdanig kan het hof uit het niet-voorleggen van dergelijke eerdere licentie-overeenkomsten niet aannemen dat ■ niet zou voldoen aan zijn</li> </ul>



	<p>bewijslast..</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 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>.</li> </ul>
Toegepaste tarieven	Het hof acht het aangewezen om <i>in casu</i> gebruik te maken van de tarieven als aangereikt door SOFAM (waarbij het basistarief vermeerderd wordt afhankelijk van de wijzen, de termijn, .. van de publicatie ).
Verhoging van basistarief ter vergoeding van de gemiste kans	<p>De verhoging van het basistarief (ter vergoeding van de gemiste kans) is verantwoord doch wordt door het hof beperkt tot 100% aangezien de gemiste kans in hoofde van ■■■ als voldoende zeker en reëel wordt beschouwd doch de omvang van de kans eerder beperkt is. Het hof motiveert als volgt:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Waar het voor DPG mogelijk is om de auteur van de litigieuze foto te achterhalen en hem te contacteren via zijn eigen website, lag dit blijkbaar niet voor de hand aangezien de naam van ■■■ niet op elke weergave van de litigieuze foto wordt verbonden met zijn naam.</li> <li>• Verder wordt gewezen op het gegeven dat de illustratie (d.m.v. de foto) kaderde in een lokaal nieuwsitem zodat er een beperkte termijn bestond voor DPG om de auteur te achterhalen en in onderhandeling te gaan omtrent de gebruiksvergoeding voor de foto.</li> <li>• DPG bewijst voldoende naar recht dat er verschillende alternatieven op de markt beschikbaar waren (die hetzelfde tot uitdrukking geven als de foto van ■■■) zodat het redelijk aan te nemen is dat DPG bij een eventuele onderhandeling niet diende in te gaan op een onderhandelde verhoging van het basistarief.</li> </ul>
<b>Morele Schade</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• ■■■ bewijst voldoende naar recht aangetast te zijn in zijn morele rechten en schade te hebben geleden</li> </ul>





	<p>door de onrechtmatige publicatie van zijn foto. Daarbij dient opgemerkt dat DPG niet enkel de naam van ■■■ niet aangaf, doch een andere naam aangaf achter het © teken, meer bepaald <a href="http://www.urbanexploration.com">www.urbanexploration.com</a>. Dergelijke verkeerde naamsvermelding vergroot de (morele) schade voor de auteurs aanzienlijk.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• ■■■ bewijst onvoldoende naar recht dat zijn recht op integriteit geschonden werden.</li> </ul>
--	---

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

Basistarief		€ 121,92
Termijn	Méer dan 2 jaar online (verhoging 25%)	€ 30,48
Gemiste Kans	Verhoging 100%	€ 121,92
Verkeerde naamsvermelding (morele rechten)	Verhoging 300%	€ 365,76
<b>Eindtotaal</b>		<b>€ 640,08</b>

45. Bij de definitieve bepaling van de vergoeding dient rekening te worden gehouden met de wijze van uitoefening van de handhavingsrechten (ter invordering van de gevorderde vergoeding). Het hof acht een vermindering van bovenstaand bedrag met 25 % (vermindering als vorm van schadevergoeding voor DPG) aanvaardbaar in het licht van de volgende omstandigheden van het geval:

- (i) De ingebrekestelling van ■■■ voldoet niet aan de vereisten zoals hierboven (zie randnr. 39) 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's voldoet aan de auteursrechtelijke drempelvoorwaarden.



- (ii) Ondanks het gegeven dat DPG 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. ■■■ vordert initieel niet minder dan € 5.080. 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 verhoging die niet zijn terug te vinden in deze tarieven (van *OnLineArt*) doch deze toepast die terug te vinden zijn in de tarieven van SOFAM (die echter wel aanzienlijke lagere bedragen als basisrecht weergeeft).

Verder wordt ook een maandelijks vermeerdering toegepast door ■■■ die noch door *OnLineArt* noch door SOFAM wordt gebruikt.

- (iv) Verder dient eveneens gewezen te worden op de termijn
- tussen de eigenlijke publicatie van de foto en de eerste ingebrekestelling. Deze termijn bedraagt méér dan 12 maanden. Hierbij wijst het hof op de onverwijilde actie van DPG om de litigieuze foto *offline* te halen nadat zij in gebreke werd gesteld. Het hof blijft trouwens in het ongewisse wanneer ■■■ (als enige hieromtrent bewijsgeschikt) het inbreukmakende gebruik opmerkte (waarbij het hof in casu terzijde wijst op het gegeven dat ■■■ een Belgische (Vlaamse) ingezetene is en de publicatie plaatsvond op een toch breed verspreid medium in Vlaanderen).
  - Tussen de laatste communicatie vanwege ■■■ en het uiteindelijk overgaan tot dagvaarding. Deze termijn bedraagt wederom 12 maanden. Gedurende deze termijn, bleef DPG in een rechtsonzekerheid omtrent de stappen die ■■■ zou ondernemen ondanks het gegeven dat zij onder voorbehoud de foto had *offline* gehaald.

In het licht van het bovenstaande wordt de schadevergoeding waarop ■■■ recht heeft bepaald op € 480,06.



46. 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.E. Kosten van het geding

47. 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 ■■■■ een redelijk en billijk bedrag hebben voorgesteld of, minstens, met enige redelijkheid zich rekenschap had gegeven van de voorgestelde bedragen van (in eerste instantie) €250 en (in tweede instantie) € 450 dan waren de kansen meer 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 heeft conform de hierboven aangegeven berekeningswijze (€ 480,06) en het verschil t.o.v. het gevorderd bedrag waaraan ■■■■ vasthield (€ 5.080) in zijn ingebrekestellingen.

V.E. Rechtsplegingsvergoeding

48. Het hof acht het dan ook aangewezen dat in het licht van de omstandigheden van het geval elke partij wordt veroordeeld tot de eigen procedurekosten en ■■■■ tot betaling van 100% van de rolrechten.



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

Dit geldt des te meer indien rekening wordt gehouden met het bedrag dat het hof als redelijk en billijk beschouwde als forfaitair bedrag (abstractie makend van de vermindering) waarop ■■■ recht zou hebben conform de hierboven aangegeven berekeningswijze (terugvallend op de SOFAM-tarieven) (€ 640,08) en het verschil t.o.v. het gevorderd bedrag waaraan ■■■ vasthield (€ 5.080) ook na uitnodiging tot minnelijke oplossing.

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 gegrondverklaring van de ingestelde vorderingen.

## **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 gegrond.

Hervormt de bestreden beslissing als volgt:

Veroordeelt de NV DPG MEDIA tot betaling van een bedrag van € 480,06 verhoogd met de gerechtelijke intresten aan de gewone wettelijke intrestvoet vanaf de datum van dagvaarding tot de datum van algehele betaling.

PAGE 01-00003617493-0028-0029-01-01-4



Veroordeelt elk van de partijen 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

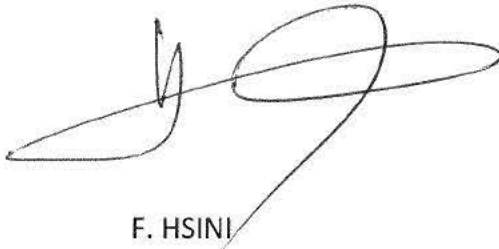
Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 13 december 2023 door

S. GRANATA

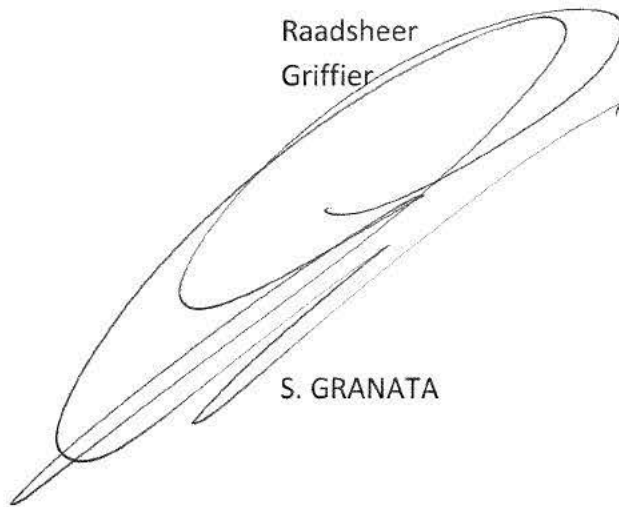
F. HSINI

Raadsheer

Griffier



F. HSINI



S. GRANATA

