

www.ie-forum.be Hof van beroep Brussel 3 oktober 2017, IEFbe 2490; 2013/AR/860 (Photo News tegen A)



Repertoriumnummer 2017/1587
Datum van uitspraak 03 oktober 2017
Rolnummer 2013/AR/860

Uitgifte

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

☐ Niet aan te bieden aan de ontvanger

Eindarrest

✓ Auteursrecht
Inbreuk
Schadevergoeding

Hof van beroep Brussel

Arrest

8^e kamer,
burgerlijke zaken

Photo News NV
t/
Van Wichelen Koen BVBA

Aangeboden op 09 OCT. 2017
Niet te registreren D'HOOGHE K. 1159,20

twintig

Geregistreerd in debet, <i>x</i> bladen, <i>1</i> renvooien, 2de Bijzonder registratiekantoor Brussel
09-10-2017
Boek <i>111</i> , Blad <i>62</i> , vak <i>945</i> Verschuldigd <i>duizend honderd negenveertig euro</i> DE ONTVANGER <i>D'HOOGHE K.</i>

twintig eurocent

742 + DOS

1 cc FOD Econ.

COVER 01-00000948126-0001-0020-02-01-1



3086

PHOTO NEWS N.V., met maatschappelijke zetel te 1050 BRUSSEL, Franklin Rooseveltlaan 186,

appellante,

vertegenwoordigd door Mr. Vicky VANPETEGHEM loco Mr. MARX Peter, advocaat te 1150 BRUSSEL, Tervurenlaan 270;

tegen

A

, met maatschappelijke zetel te 1800 VILVOORDE, Damstraat 144,

geïntimeerde,

vertegenwoordigd door Mr. Thaïssa NUYENS loco Mr. VAN DEN BRANDE Bart, advocaat te 1050 BRUSSEL, Marsveldplein 5 - Level 21.

Het hoger beroep is gericht tegen een vonnis d.d. 27 december 2012 dat door de rechtbank van koophandel te Brussel werd uitgesproken.

Er wordt geen akte van betekening voorgelegd.

Het verzoekschrift tot hoger beroep werd tijdig en formeel regelmatig neergelegd op de griffie van het hof op 26 april 2013.

De advocaten van partijen werden gehoord op de openbare terechtzitting van 5 september 2017.

I. Situering van het geschil

1. Photo News (appellante) is een vennootschap die een databank aanmaakt en beheert van foto's van verschillende categorieën (waaronder sport en politiek) voor publicatie in tijdschriften, in kranten en op internet.

PAGE 01-00000946126-0002-0020-02-01-4



3087

A (geïntimeerde) is een consultancy vennootschap opgericht door de heer A. Zij verstrekt consultancy diensten in de mediasector, waaronder die van uitgeverij.

2. In nummer 2 (oktober 2010) en nummer 3 (november 2010) van het tijdschrift *Passie voor Voetbal* werden een aantal foto's uit de databank van appellante gebruikt. Appellante claimt het auteursrecht op deze foto's. Zij voert aan dat geïntimeerde als verantwoordelijke uitgever van het tijdschrift *Passie voor Voetbal* haar auteurs-en databankrechten heeft geschonden door de reproductie van de foto's zonder voorafgaande toestemming. Zij vordert hiervoor een schadevergoeding van geïntimeerde.

3. Geïntimeerde betwist de aanspraken van appellante.

II. Voorwerp van het hoger beroep

4. In het bestreden vonnis wordt het volgende geoordeeld:

"Verklaart de vordering van N.V. Photo News, eiseres op hoofdvordering lastens AMP, verweester op hoofdvordering ontvankelijk doch ongegrond.

Verklaart de vordering in tussenkomst en vrijwaring van N.V. Photo News, eiseres in tussenkomst en vrijwaring lastens de A ontvankelijk en gegrond als volgt:

Veroordeelt de A, verweerder in tussenkomst en vrijwaring, tot betaling aan N.V. Photo News van een schadevergoeding ten bedrage van 6.000 euro wegens gebruik van het fotomateriaal afkomstig uit de databank van N.V. Photo News te vermeerderen met de gerechtelijke intresten vanaf de datum van dagvaarding tot op datum van de integrale betaling.

Verklaart de tegenvordering van de A, eiseres op tegenvordering, lastens de N.V. Photo News, verweester op tegenvordering ontvankelijk doch ongegrond.



388

Verklaart het tussen te komen vonnis uitvoerbaar bij voorraad, met uitsluiting van de mogelijkheid tot kantonnement en borgstelling.

Wijst het meer gevorderde af als zijnde ongegrond.

Bij toepassing van artikel 1017 van het Gerechtelijk Wetboek wordt eiseres op hoofdvordering de N.V. Photo News verwezen in te staan voor de gedingkosten, voor eiseres N.V. Photo News vastgesteld op 270,94 euro dagvaardingskosten en op 3.300 euro rechtsplegingsvergoeding, en voor verweerster AMP vastgesteld op 3.300 euro rechtsplegingsvergoeding.

Bij toepassing van artikel 1017 van het Gerechtelijk Wetboek wordt verweerster in tussenkomst en vrijwaring de A verwezen in te staan voor de gedingkosten, voor eiseres in tussenkomst en vrijwaring N.V. PHOTO NEWS vastgesteld op 241,30 euro dagvaardingskosten en 3.300 euro rechtsplegingsvergoeding, en voor verweerster vastgesteld op 3.300 euro rechtsplegingsvergoeding."

5. Appellante heeft hiertegen hoger beroep aangetekend. Zij verzoekt haar hoger beroep toelaatbaar, ontvankelijk en gegrond te verklaren en het bestreden vonnis in de volgende mate te vernietigen en opnieuw recht doende als volgt:

"De vordering van Photo News ontvankelijk en gegrond te verklaren als volgt:

- te horen vaststellen voor recht dat A een inbreuk heeft gepleegd op artikel 1 § 1 en 2 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten door, zonder voorafgaande toestemming van Photo News, 197 foto's van Photo News te reproduceren, inclusief te distribueren en aan het publiek mee te delen, in de nummers 2 en 3 van het tijdschrift "Passie voor Voetbal";

- te horen vaststellen voor recht dat A een inbreuk heeft gepleegd op artikel 4 van de wet van 31 augustus 1998 houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken door, zonder voorafgaande toestemming van Photo News 197 foto's uit de databank van Photo News te verspreiden door de tijdschriften "Passie voor voetbal" nummers 2 en 3 op de markt te brengen;

- A te horen veroordelen tot de betaling van een schadevergoeding ten belope van 78.600 euro wegens schending van de auteursrechten (en

PAGE 01-00000948126-0004-0020-02-01-4



3089

de databankrechten) van Photo News en dit onder voorbehoud van wijziging in de loop van het geding en te vermeerderen met de gerechtelijke interesten vanaf de datum van dagvaarding tot op datum van integrale betaling;

- voor recht te horen zeggen dat A Photo News vrijwaart voor de door Photo News gedragen dagvaardingskost ad. 270,94 EUR en de door Photo News aan AMP betaalde rechtsplegingsvergoeding ad. 3.300 EUR, minstens A te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding aan Photo News ten bedrage van 3.570,94 EUR;

- A te veroordelen tot de kosten van het geding, hierin begrepen:

- de (eventueel te indexeren) rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg die in hoofde van Photo News provisioneel begroot wordt op het basisbedrag van 3.300 euro zoals bepaald in het Koninklijk Besluit van 26 oktober 2007;

- de (eventueel te indexeren) rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep die in hoofde van Photo News provisioneel begroot wordt op het basisbedrag van 3.300 euro voor de procedure in hoger beroep zoals bepaald in het Koninklijk Besluit van 26 oktober 2007.

Het incidenteel beroep van A , voor zover ontvankelijk, minstens ongegrond te verklaren.

De tegenvordering van A voor zover ontvankelijk, minstens ongegrond te verklaren."

6. Geïntimeerde concludeert in graad van hoger beroep als volgt:

"Het hoger beroep van Photo News niet toelaatbaar te verklaren omdat AMP, oorspronkelijke verweerster, niet inzake werd betrokken ondanks dat er een onsplitsbaar geschil voorligt,

De vordering van Photo News onontvankelijk te verklaren bij gebrek aan hoedanigheid en belang,

PAGE 01-00000948126-0005-0020-02-01-4



3080

Minstens de vordering van Photo News ongegrond te verklaren,

*De tegenvordering van (geïntimeerde) ten bedrage van 6.000 euro ten titel van schadevergoeding voor roekeloos en tergend geding ontvankelijk en gegrond te verklaren. Photo News te veroordelen tot de kosten van het geding, inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van 3.300 euro.
In uiterst ondergeschikte orde:*

Het bedrag van de schadevergoeding gevorderd door Photo News terug te brengen tot 6.000 euro,

Photo News te veroordelen tot de kosten van het geding, inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van 3.300 euro.

Minstens de rechtsplegingsvergoeding van 3.300 euro gevorderd door Photo News te verminderen naar het minimumbedrag van 1.100 euro wegens het kennelijk onredelijk karakter van de situatie.

In elk geval:

Elke vordering tot veroordeling tot intresten en bijkomende schadevergoedingen af te wijzen als ongegrond."

III. Beoordeling

A. Ontvankelijkheid

7. Geïntimeerde betoogt dat het hoger beroep van appellante onontvankelijk is omdat appellante AMP, de oorspronkelijke verweerster, niet in het hoger beroep heeft betrokken. Geïntimeerde steunt zich op artikel 1053 Ger.W. volgens hetwelk alle partijen die in de procedure in eerste aanleg tegenstrijdige belangen hadden, wanneer het geschil onsplitsbaar is, in het hoger beroep moeten worden betrokken ten laatste voor de sluiting van de debatten, op straffe van ontoelaatbaarheid van het hoger beroep. Het geschil is onsplitsbaar volgens artikel 31 Ger.W. wanneer de gezamenlijke tenuitvoerlegging van de onderscheiden beslissingen waartoe het aanleiding geeft, materieel onmogelijk zou zijn.

PAGE 01-00000748126-0006-0020-02-01-4



3081

Volgens geïntimeerde is de onsplitsbaarheid van het geschil minstens het geval voor de gedingkosten. Geïntimeerde meent dat de eerste rechter haar heeft veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding aan AMP. Indien het hof het incidenteel beroep van geïntimeerde gegrond verklaart en geen aansprakelijkheid in hoofde van geïntimeerde weerhoudt, dan zou het arrest geïntimeerde niet veroordelen tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding aan AMP maar alle gedingkosten ten laste leggen van appellante. Dit laatste zou echter strijdig zijn met het bestreden vonnis, dat blijft gelden ten opzichte van AMP, dat geïntimeerde veroordeelt tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding aan AMP. De gezamenlijke tenuitvoerlegging van beide beslissingen zou materieel onmogelijk zijn.

8. Met reden betwist appellante deze grond van niet-ontvankelijkheid.

Ten eerste is een geschil omtrent de betaling van een geldsom, zoals in voorliggend geval, niet onsplitsbaar. Ten tweede wordt geïntimeerde in het bestreden vonnis niet veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding aan AMP. Geïntimeerde wordt enkel veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding aan appellante. Er bestond zelfs geen procesverhouding tussen geïntimeerde en AMP in eerste aanleg.

Het hoger beroep van appellante is derhalve ontvankelijk.

9. Geïntimeerde betoogt dat de vordering van appellant onontvankelijk is wegens gebrek aan hoedanigheid, omdat appellante niet aantoont dat zij de titularis is van de auteursrechten op de 197 foto's in kwestie.

Het hof oordeelt als volgt.

In zoverre appellante inroept dat zij titularis is van de ingeroepen auteursrechten en dat geïntimeerde inbreuk pleegde op deze rechten, heeft zij de nodige hoedanigheid en het nodige belang om haar vordering in te stellen.

De vraag of appellante daadwerkelijk titularis is van de auteursrechten en deze rechten effectief werden geschonden door geïntimeerde, betreft de grond van de zaak.

Het beroepen vonnis heeft de vordering van appellante terecht ontvankelijk verklaard.

PAGE 01-00000948126-0007-0020-02-01-4



B. Gegrondheid

10. Appellante voert aan dat in de nummers 2 en 3 van Passie voor Voetbal 197 foto's uit haar databank zijn gebruikt zonder haar toestemming en dat zij titularis is van de auteursrechten op deze 197 foto's.

Uit de gezamenlijke lezing van de stukken 4, 5, 9 en 48 van het dossier van appellante volgt inderdaad dat de 197 in het tijdschrift gebruikte foto's uit de databank van appellante komen. De door appellante voorgelegde stukken tonen dit onmiskenbaar aan. Het wordt ook bevestigd door de correspondentie gevoerd tussen partijen. Het staat vast dat voor de nummers 1 tot en met 3 van Passie voor Voetbal foto's werden gehaald uit de databank van appellante, waaronder de kwestieuze 197 foto's. Er is geen enkele aanwijzing dat één van deze 197 foto's elders zou zijn gehaald.

Appellante stelt dat zij het auteursrecht op deze 197 foto's bezit. Zij beroept zich op het vermoeden van artikel XI.170, tweede lid WER. Naar luid van dit artikel wordt een ieder als auteur aangemerkt wiens naam of letterwoord waarmee hij te identificeren is als dusdanig op het werk, op een reproductie van het werk, of bij een mededeling aan het publiek ervan wordt vermeld, en dit tot bewijs van het tegendeel.

Stuk 9 van appellante (uittreksels uit de databank van Photo News m.b.t. de kwestieuze foto's) toont aan dat bij de 197 foto's in de databank de vermelding "@photonews" en/of "COPYRIGHT PHOTO NEWS" werd opgenomen.

Terecht laat appellante gelden dat het vermoeden niet enkel geldt voor de oorspronkelijke auteur, maar ook voor de rechtverkrijgenden, zelfs indien deze rechtspersonen zijn. De woorden "een ieder" sluiten rechtspersonen niet a priori uit (Cass. 12 juni 1998, www.juridat.be). Diegene wiens handtekening/naam de creatie draagt, wordt vermoed titularis van het auteursrecht te zijn. Als rechtverkrijgende kan appellante zich derhalve op het vermoeden beroepen en wordt zij, door haar naamsvermelding, geacht de auteur te zijn. Het komt dan toe aan geïntimeerde om te bewijzen dat de auteursrechten bij de oorspronkelijke auteur (fotograaf) zijn gebleven. Geïntimeerde levert dergelijk bewijs niet.

Ten overvloede legt appellante een aantal contracten voor waarin de fotografen van de desbetreffende foto's hun auteursrechten overdragen aan appellante en waarin appellante wordt gerechtigd om op te treden tegen auteursrechtelijke inbreuken door derden.



383

Het feit dat voor een aantal van de foto's de oorspronkelijke titularis van het auteursrecht is gekend, belet appellante niet zich op het vermoeden te beroepen.

De vaststelling dat de copyrightvermelding bij de publicatie van een aantal foto's in de nummers 2 en 3 volledig is weggelaten of enkel bovenaan het artikel is vermeld waarin de foto's zijn opgenomen, doet hieraan evenmin afbreuk. Het staat onbetwistbaar vast dat de gelaakte foto's werden gehaald uit de databank van appellante waarbij telkens bij de foto de copyrightvermelding is vermeld.

Het hof concludeert dat appellante moet worden beschouwd als auteur van de 197 foto's waarover het geschil gaat.

11. Geïntimeerde voert aan dat de 197 foto's geen auteursrechtelijke bescherming genieten.

Met reden betwist appellante deze stelling.

Het hof overweegt als volgt.

Auteursrechtelijke bescherming wordt enkel toegekend in zoverre aan de originaliteitsvereiste is voldaan. Auteursrecht kan slechts gelden met betrekking tot materiaal dat oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan. Een intellectuele schepping is een eigen schepping van de auteur wanneer zij de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid. Dit is het geval wanneer de auteur bij het maken van zijn werk zijn creatieve bekwaamheden tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzen en zo in staat is aan zijn werk een 'persoonlijke noot' te geven (HvJEU van 16 juli 2009, C-5/08, Infopaq International tegen Danske Dagblades Forening, ECLI:EU:C:2009:465; HvJEU van 1 december 2011, C-145/10, Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH, ECLI:EU:C:2011:798; HvJEU 1 maart 2012, C-604/10, Football Dataco Ltd v Yahoo!, ECLI:EU:C:2012:115).

Appellante toont voor alle 197 foto's aan dat zij voldoen aan de originaliteitsvereiste.

Het gaat niet om mechanisch tot stand gekomen foto's, zoals bijvoorbeeld de foto's die automatisch worden genomen door een beveiligingscamera, maar om foto's genomen door beroepsfotografen waarbij voor elk van de kwetsieuze foto's verscheidene specifieke keuzes werden gemaakt om een bepaald beeld vast te leggen met betrekking tot de gekozen



3084

waarnemingspositie, de invalshoek, de belichting, het moment van de opname, de afstelling van de camera, de gekozen hanteerwijze van het fototoestel. Dit geldt voor alle foto's, zowel de portretfoto's, de foto's van voetballers in actie, de foto's van voetbalstadions alsook voor de sfeerfoto's.

Daarenboven hebben de fotografen de gebeurtenissen op een welbepaalde wijze en met een welbepaald effect weergegeven (zoals het overbrengen van een welbepaalde sfeer of het uitdrukken van welbepaalde gevoelens). De aldus tot stand gekomen resultaten zijn de vruchten van de bekwaamheid en van de intellectuele inspanning van de fotografen.

Een portretfoto kan een geposeerde foto zijn, maar ook net zo goed een niet-geposeerde foto waarbij het onderwerp zich niet eens van de camera bewust is, hetgeen soms een meer reële situatie oplevert en een meer realistisch en spontaan beeld van de persoon in kwestie. Specifiek met betrekking tot de geposeerde portretfoto's werd een welbepaalde keuze gemaakt wat betreft de inscenering, de pose van de te fotograferen persoon en de belichting. Wat betreft de niet-geposeerde portretfoto's werd een welbepaalde keuze gemaakt wat betreft het moment van opname teneinde een specifiek portret vast te kunnen leggen (dat vaak maar een fractie van een moment te vatten is) op een specifieke manier door gebruik te maken van bepaalde technieken (telelenzen, specifieke belichting, speciaal diafragma,...).

Voor alle 197 foto's geldt dat de fotograaf vrij en creatieve keuzes heeft gemaakt bij de creatie van de foto zodat hij aan de foto een persoonlijke toets heeft kunnen geven.

Het argument van geïntimeerde dat een sportwedstrijd zelf niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt (zie HvJEU van 4 oktober 2011, C-403/08, Football Association Premier League Ltd v QC Leisure, ECLI:EU:C:2011:631) doet niet ter zake, aangezien appellante geen auteursrechten claimt op een sportwedstrijd. Het gaat over de auteursrechten op foto's die sport gerelateerd zijn.

De 197 foto's genieten bijgevolg wel degelijk auteursrechtelijke bescherming.

12. Ondergeschikt voert geïntimeerde aan dat de uitzondering van het informatief citaatrecht van toepassing is.

Artikel XI.190, eerste lid, 1° WER bepaalt het volgende: "Wanneer het werk op geoorloofde wijze is openbaar gemaakt, kan de auteur zich niet verzetten tegen de reproductie en de



305

mededeling aan het publiek, met het oog op informatie, van korte fragmenten uit werken of van integrale werken van grafische of beeldende kunst in een verslag dat over actuele gebeurtenissen wordt uitgebracht. De reproductie en de mededeling aan het publiek van het werk bij gelegenheid van een verslag dat over actuele gebeurtenissen wordt uitgebracht, overeenkomstig het voorgaande lid, moeten uit een oogpunt van voorlichting gerechtvaardigd zijn, en de bron, waaronder de naam van de auteur, moet vermeld worden, tenzij dit niet mogelijk is."

Deze uitzondering is in voorliggend geval niet van toepassing. De 197 foto's werden gebruikt in Passie voor Voetbal, een maandblad, dat geenszins te vergelijken is met nieuwsmedia zoals kranten, weekbladen, nieuwsjournalen en bijhorende duidingsprogramma's. Het gaat niet om verslaggeving over actuele gebeurtenissen in de zin van artikel XI. 190, eerste lid, 1° WER. Informatieverstrekking impliceert nog geen verslaggeving over actuele gebeurtenissen. Het gaat in voorliggend geval om het gebruik van reeds bestaande foto's afkomstig uit de databank van appellante die niet zelf enige actuele gebeurtenis uitmaken en zelfs niet de weergave impliceren van een actuele gebeurtenis in de zin van artikel XI.190, eerste lid, 1° WER waarover dan zou worden bericht in actuele verslaggeving. Aangezien de wettelijke beperking limitatief dient te worden toegepast en geïntimeerde nalaat aan te geven welke foto's aan de uitzonderingsvoorwaarden voldoen, behoort het de toepassing van de uitzondering te weigeren voor het geheel van de foto's.

Bovendien werd nagelaten een correcte bronvermelding te doen. Op minstens 64 foto's werd niets vermeld en is derhalve van enige correcte bronvermelding geen sprake. Van enige vermeende onmogelijkheid is ook geen sprake, gelet op de bijzondere omstandigheden waarin de foto's van de databank werden gehaald.

De uitzondering van het informatief citaatrecht kan bijgevolg niet worden ingeroepen.

13. Het staat vast dat de 197 auteursrechtelijk beschermde foto's zonder toestemming van appellante werden gereproduceerd, inclusief verdeeld en meegedeeld aan het publiek, in de nummers 2 en 3 van Passie voor Voetbal. Ook werd bij sommige foto's geen copyrightvermelding opgenomen.

Ten onrechte voert geïntimeerde aan dat appellante hiervoor haar toestemming had gegeven.



3086

Appellante heeft enkel haar toestemming gegeven voor het gratis gebruik van haar databank voor zover dit betrekking had op het gebruik van foto's in het kader van het eerste nummer van Passie voor Voetbal. Uit de gevoerde correspondentie blijkt overduidelijk dat het gratis gebruik enkel het eerste nummer betrof. Over de prijs voor het gebruik in de volgende nummers werd er onderhandeld. Dat appellante niet meteen de toegang tot de databank heeft stopgezet, moet worden gezien in het kader van de onderhandelingen met het oog op een langdurige samenwerking. Hieruit kan echter in ieder geval niet worden afgeleid dat ook het gebruik na het eerste nummer gratis zou zijn. Dit werd door appellante nooit toegestaan. Appellante heeft nooit haar toestemming voor een gratis gebruik voor nummers 2 en 3 gegeven. Het is geïntimeerde die misbruik heeft gemaakt van de situatie.

14. Geïntimeerde voert aan dat niet zij de auteursrechtelijke inbreuk heeft gepleegd. Zij stelt slechts vanaf nummer 5 de verantwoordelijke uitgever van het tijdschrift te zijn geworden. In de periode voordien was haar zaakvoerder, de heer Koen van Wichelen, slechts op freelance basis verbonden aan het tijdschrift.

Ook deze stelling wordt manifest weerlegd door de stukken.

- De eerste e-mail wordt op 17 juni 2010 naar appellante gestuurd door de heer B die optreedt als sales manager. Onderaan wordt vermeld: Uitgeverij Jugador BVBA, Mechelsesteenweg 251/1, 1800 Vilvoorde.
- In een e-mail van 1 september 2010 wordt appellante door de heer B uitgenodigd voor een drink naar aanleiding van het verschijnen van het eerste nummer van Passie voor Voetbal.
- Er is een distributieovereenkomst van 6 augustus 2010 (die dateert van voor de uitgave van het eerste nummer van Passie voor Voetbal - september 2010) tussen AMP en A m.b.t. de verdeling van het tijdschrift. In hoofdstuk III "Commerciële activiteiten van de uitgever" worden de activiteiten van A beschreven die duidelijk wijzen op de activiteiten van uitgever van het tijdschrift in kwestie.

Het argument van A dat deze overeenkomst enkel door AMP werd ondertekend, dat het een standaarddocument is, opgesteld met een tekstverwerker, waardoor de bewijskracht ervan twijfelachtig is, kan niet overtuigen. Hoewel er geen door de partijen ondertekende versie van de overeenkomst wordt voorgelegd, kan niet worden

PAGE 01-00000948126-0012-0020-02-01-4



391

betwist dat deze overeenkomst werd uitgevoerd sinds de verspreiding van het eerste nummer.

- Het woordmerk "Passie voor Voetbal" werd door A reeds op 7 juli 2010, dus geruime tijd voor het uitbrengen van het eerste nummer van het tijdschrift, aangevraagd en de domeinnaam passievoorvoetbal.be werd reeds op 19 juli 2010 door A geregistreerd. Deze registratie werd overigens uitgevoerd door de heer B voor de A. Als e-mailadres werd jugador. B@gmail.com opgegeven, zijnde het e-mailadres dat ook door A zijn correspondentie met appellante werd gebruikt, bijvoorbeeld om op 17 februari 2011 de factuur van appellante te betwisten.

- De heer B deelt op 21 februari 2011 aan appellante mee dat de heer Koen Van Wichelen de hoofdredacteur is van Passie voor Voetbal.

- Bij brief van 28 februari 2011 betwist de heer A als "uitgever Passie voor Voetbal" formeel de factuur van appellante. Bovenaan de brief wordt vermeld: [logo van Jugador Uitgeverij] gevolgd door Uitgeverij Jugador, Mechelsesteenweg 251, 1800 Vilvoorde.

- De BVBA Jugador blijkt niet te bestaan. Achter de "Uitgeverij Jugador" gaat echter de A schuil. Dit is zo geweest vanaf het begin en is nog steeds het geval (zie ook stukken 32 en 33 van appellante). In nummer 5 van het tijdschrift (waarvoor geïntimeerde erkent dat zij de verantwoordelijke uitgever is) wordt nog steeds vermeld dat de verantwoordelijke uitgever "Jugador BVBA" is en dat het tijdschrift een uitgave is van Jugador uitgeverij (gevolgd door het logo van Jugador Uitgeverij). Dit was niet anders in de nummers 2 en 3 van het tijdschrift. In een e-mail van 6 april 2011 schrijft de heer A

A dat de uitgeverij Jugador BVBA nog in oprichting is en dat de gesprekken hierover met de potentiële investeerders/oprichters nog steeds bezig zijn. Het is volstrekt ongeloofwaardig dat geïntimeerde niet weet wie dit dan zouden zijn en zij hiermee niets te maken zou hebben. Het bevestigt daarentegen nogmaals dat uitgeverij Jugador samenvalt met de A geïntimeerde, en dit vanaf het begin.

Het hof besluit derhalve dat geïntimeerde de verantwoordelijke uitgever is van het tijdschrift Passie voor Voetbal.



3088

15. Appellante betoogt dat geïntimeerde ook een inbreuk heeft gepleegd op haar databankrechten.

Wat de sui generis bescherming voor databanken betreft, beroept appellante zich op de wet van 31 augustus 1998 houdende omzetting in het Belgisch recht van de Europese richtlijn van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, thans de artikelen XI.305 e.v. WER.

Opdat appellante zich met succes op deze artikelen kan beroepen, moet zij aantonen dat haar databank de sui generis bescherming geniet en dat geïntimeerde inbreuk heeft gepleegd op haar rechten als producent van de databank.

16. Wat dit tweede luik betreft, voorziet artikel XI.307 WER in de volgende rechten.

De producent van een databank heeft het recht om de opvraging en/of het hergebruik van het geheel of van een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van de databank te verbieden.

Het herhaald en systematisch opvragen en/of hergebruiken van niet-substantiële delen van de inhoud van de databank zijn niet toegestaan indien zij strijdig zijn met een normale exploitatie van die databank of zij ongerechtvaardigde schade toebrengen aan de rechtmatige belangen van de producent van de databank.

Opvraging is de permanente of tijdelijke overbrenging van de inhoud van een databank of van een substantieel deel ervan op een andere drager, ongeacht op welke wijze en in welke vorm (artikel I.17.3° WER).

Hergebruik is elke vorm van het aan het publiek ter beschikking stellen van de inhoud van een databank of van een substantieel deel ervan, door verspreiding van kopieën, verhuur, online transmissie of in een andere vorm (artikel I.17.4° WER).

Het sui generis recht is dan ook beperkt tot deze handelingen (I. Vernimme en G. Meyer, "De sui generis rechtsbescherming van databanken – overzicht van rechtspraak in de Europese Unie (1998-2004)", I.R.D.I., 2004, 327).

PAGE 01-00000948126-0014-0020-02-01-4



3099

17. Appellante toont niet aan dat geïntimeerde de inhoud van heel de databank of een substantieel deel ervan heeft hergebruikt of opgevraagd als bedoeld in de geciteerde artikelen.

Het Hof van Justitie legde het begrip "een in kwantitatief of kwalitatief opzicht substantieel deel" uit als volgt (HvJEU 9 november 2004, C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd e.a. v. William Hill Organization Ltd*, ECLI:EU:C:2004:695, r.o. 70-72):

"70 Het begrip substantieel deel in kwantitatief opzicht van de inhoud van de databank in de zin van artikel 7, lid 1, van de richtlijn, verwijst naar de hoeveelheid opgevraagde en/of hergebruikte gegevens uit de databank en moet worden beoordeeld in verhouding tot de omvang van de totale inhoud daarvan. Bij opvraging en/of hergebruik door een gebruiker van een kwantitatief aanzienlijk deel van de inhoud van een met inzet van substantiële middelen samengestelde databank, is de investering in het opgevraagde en/of hergebruikte deel verhoudingsgewijs immers eveneens substantieel.

71 Het begrip substantieel deel in kwalitatief opzicht van de inhoud van de databank verwijst naar de omvang van de investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van het voorwerp van de opvraging en/of het hergebruik, ongeacht of dit voorwerp een in kwantitatief opzicht substantieel deel van de algemene inhoud van de beschermde databank vormt. Een in kwantitatief opzicht verwaarloosbaar deel van de inhoud van een databank kan immers wat de verkrijging, de controle of de presentatie betreft een uit menselijk, technisch of financieel oogpunt omvangrijke investering vertegenwoordigen.

72 Toegevoegd moet worden dat, aangezien het bestaan van een recht sui generis volgens overweging 46 van de richtlijn geen aanleiding mag zijn om een nieuw recht in het leven te roepen met betrekking tot de werken, gegevens of elementen zelf van de databank, de intrinsieke waarde van de opgevraagde of hergebruikte elementen geen relevant criterium is voor de beoordeling of het betrokken deel een substantieel karakter heeft."

Het hof stelt vast dat appellante zich beperkt tot de uiteenzetting van deze begrippen in algemene termen, maar geenszins in concreto aantoont dat geïntimeerde is overgegaan tot de opvraging en/of hergebruik van het geheel of van een in kwantitatief of kwalitatief opzicht substantieel deel van de databank. Het bewijzen hiervan komt nochtans toe aan appellante.



360

Appellante roept niet in dat geïntimeerde zich schuldig heeft gemaakt aan het herhaald en systematisch opvragen en/of hergebruiken van niet-substantiële delen van de inhoud van de databank.

Het hof besluit dan ook dat appellante niet bewijst dat geïntimeerde een inbreuk op haar sui generis rechten als producent van een databank heeft gepleegd.

18. Appellante claimt een schadevergoeding van 78.600 euro. Zij berekent deze schadevergoeding als volgt. Voor elke gepubliceerde foto vraagt zij het minimum Sabam tarief van 120 euro. Dit geeft een totaalbedrag van 23.640 euro. Daarnaast vraagt zij het dubbel van de te betalen rechten wegens de reproductie zonder toestemming, hetzij een bedrag van 47.280 euro. Ten slotte vordert appellante een bedrag gelijk aan de te betalen rechten wegens het ontbreken van de copyrightvermelding, hetzij 7.680 euro.

Appellante vordert ook geïntimeerde te veroordelen tot betaling van de gerechtskosten die zij heeft moeten betalen aan APM voor de procedure in eerste aanleg (3.570,94 euro, met name 3.300 euro rechtsplegingsvergoeding en 270,94 euro dagvaardingskost).

19. Geïntimeerde voert aan dat zij hoogstens gehouden kan zijn tot de betaling van een bedrag van 6.000 euro.

20. Het hof overweegt als volgt.

Overeenkomstig artikel XI.335. §1 WER heeft appellante recht op de vergoeding voor elke schade die zij door de inbreuk op haar auteursrechten lijdt. Wanneer de omvang van de schade op geen andere wijze kan worden bepaald, kan de rechter de schadevergoeding in redelijkheid en billijkheid vaststellen op een forfaitair bedrag (artikel XI.335. §2 WER).

Appellante dient derhalve de door haar werkelijk geleden schade in concreto te begroten en te bewijzen. Daarbij dient rekening te worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. Bij gemis aan concrete en objectieve stavingselementen kan de schadevergoeding in redelijkheid en billijkheid worden vastgesteld op een forfaitair bedrag.

Appellante heeft recht op de vergoeding van de door haar gederfde winst en van de andere door haar gelezen verliezen.

PAGE 01-00000948126-0016-0020-02-01-4



3101

Wat de gederfde winst betreft, voert appellante aan dat zij normalerwijze voor de reproductie van een foto, de Sabam tarieven toepast. Dit toont zij aan door haar stuk 35 zodat de opmerking van geïntimeerde dat appellante geen vennoot van Sabam is, niet ter zake dienend is. Appellante vordert dan ook terecht 120 euro per foto. Dit is het minimumtarief van Sabam voor de reproductie van een foto in een tijdschrift met een oplage tussen de 5.001 en 25.000 exemplaren. Het staat vast dat het tijdschrift een oplage van dergelijke omvang had (zie stuk 17 van appellante en stuk 15 van geïntimeerde).

Ten onrechte voert geïntimeerde aan dat appellante zich moet baseren op de prijzen die zij aan haar had voorgesteld voor het tweede en derde nummer, namelijk 3.000 euro per maand. Ten eerste werd een tarief van 75 euro per foto of 3.000 euro per maand voorgesteld. Ten tweede ging het om gunsttarieven die werden aangeboden in het kader van onderhandelingen tussen partijen en met het oog op een langdurige samenwerking tussen partijen. Deze tarieven zijn bijgevolg helemaal niet van toepassing buiten het kader van de bijzondere omstandigheden waarin ze werden voorgesteld.

Evenmin zijn de tarieven die geïntimeerde heeft betaald aan het fotoagentschap waarmee zij nadien heeft samengewerkt, relevant ter beoordeling van de door appellante geleden schade.

Appellante heeft bijgevolg recht op het bedrag van 23.640 euro.

Appellante heeft echter niet enkel recht op een vergoeding van haar winstderving. Zoals artikel 13.1 van de Handhavingsrichtlijn (Richtlijn 2001/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten) stelt, dient bij het vaststellen van de schadevergoeding rekening te worden gehouden met alle passende elementen, zoals de negatieve economische gevolgen, waaronder de winstderving die de benadeelde partij heeft ondervonden, en in passende gevallen, met andere elementen dan economische factoren, onder meer de morele schade die de rechthebbende door de inbreuk heeft geleden.

Appellante heeft recht op een vergoeding voor de kosten verbonden aan de opsporing van de inbreuk en deze verbonden aan de bescherming en de handhaving van het auteursrecht. In voorliggend geval moet dan rekening worden gehouden met de bijzondere omstandigheden waarin de inbreuk plaatsvond. De houding van geïntimeerde getuigt van kwade trouw. In een eerste fase werd er door appellante aan geïntimeerde gratis toegang verleend tot de databank. Hoewel de contouren van dit gratis gebruik duidelijk waren, heeft geïntimeerde hiervan misbruik gemaakt en is zij de toegangscode blijven gebruiken.

PAGE 01-00000948126-0017-0020-02-01-4



3102

Vervolgens heeft geïntimeerde een kat-en-muisspel gespeeld en appellante ernstig tegengewerkt in het identificeren van de inbreukpleger. Getuige hiervan de noodzaak voor appellante om eerst AMP te dagvaarden. Dit kan appellante geenszins ten kwade worden geduid. Bij de bereidheid van geïntimeerde om tot een redelijke oplossing te komen, kunnen ernstige vragen worden gesteld. Geïntimeerde is nooit ingegaan op het verzoek van appellante om een concreet voorstel tot regeling te doen. Geïntimeerde is blijven mist spuien en voorwenden dat zij met de uitgave van de nummers 2 en 3 niets te maken had.

Appellante heeft ook recht op vergoeding van de door haar geleden morele schade. In dit verband verwijst zij terecht naar het recht dat zij als fotoagentschap heeft om haar naam vermeld te zien bij de gepubliceerde foto's, gebaseerd op een eigen moreel recht dat is ontstaan krachtens gebruik.

Appellante begroot dit onderdeel van haar schade (andere dan de winstderving) op 200% respectievelijk 100% van het reproductierecht. Zij verwijst hiervoor naar de tarieven die door Sabam worden toegepast en die zij ook heeft overgenomen in haar algemene voorwaarden.

Appellante kan echter haar algemene voorwaarden niet tegenwerpen aan geïntimeerde, aangezien niet wordt aangetoond dat geïntimeerde deze algemene voorwaarden heeft aanvaard. Bovendien steunt appellante haar vordering niet op een contractuele relatie met geïntimeerde, maar op artikel 1382 B.W. juncto artikel XI.335. §1 en §2 WER.

Bij gemis aan concrete en objectieve stavingselementen moet in voorliggend geval de geleden schade (andere dan de winstderving) op een billijke wijze worden begroot.

Aldus rekening houdend met de aard van de te vergoeden schade, met de omvang van het geschonden auteursrecht, met de aard van de rechtskrenking, met de omstandigheden waarin deze krenking van auteursrecht werd begaan en met de waarde van de reproductierechten komt het bedrag van 15.000 euro als een als een billijke schadevergoeding voor.

Uit de voorgaande overwegingen volgt dat geïntimeerde gehouden is tot betaling aan appellante van een totale schadevergoeding van 38.640 euro, interesten tot op de datum van dit arrest inbegrepen.

Deze schadevergoeding dekt ook de kosten die appellante heeft gemaakt inzake de procedure tegen AMP zodat de vordering van appellante om hiervoor een aparte vergoeding te bekomen, ongegrond is.

PAGE 01-00000946126-0016-0020-02-01-4



3403

21. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de vordering van geïntimeerde wegens tergend en roekeloos geding ongegrond is.

22. Als de in het ongelijk gestelde partij dient geïntimeerde te worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding aan appellante.

Geïntimeerde vordert dat deze rechtsplegingsvergoeding wordt verminderd tot het minimumtarief van 1.100 euro omwille van het kennelijk onredelijk karakter van de situatie waarvoor appellante verantwoordelijk is.

Uit het geheel van dit arrest volgt evenwel dat er geen sprake is van een situatie met een kennelijk onredelijk karakter waarvoor appellante verantwoordelijk zou zijn.

OM DEZE REDENEN :

HET HOF, recht doende na tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en in de volgende mate grond,

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk doch ongegrond,

Vernietigt het bestreden vonnis in zoverre het geïntimeerde heeft veroordeeld tot betaling aan appellante van een schadevergoeding van 6.000 euro wegens gebruik van fotomateriaal afkomstig uit de databank van appellante, te vermeerderen met de gerechtelijke interesten vanaf de datum van de dagvaarding tot de datum van integrale betaling, en het meer gevorderde heeft afgewezen,

Opnieuw beslissend,

Zegt voor recht dat geïntimeerde inbreuk heeft gepleegd op de auteursrechten van appellante zoals vastgesteld in de overwegingen van dit arrest,

PAGE 01-00000948126-0019-0020-02-01-4



Veroordeelt geïntimeerde tot betaling aan appellante van een schadevergoeding van 38.640 euro, interesten tot op de datum van dit arrest inbegrepen, meer de gerechtelijke interesten vanaf de datum van dit arrest,

Veroordeelt geïntimeerde in de kosten van het hoger beroep, vastgesteld op 210 euro in hoofde van appellante,

Veroordeelt geïntimeerde tot betaling aan appellante van een rechtsplegingsvergoeding van 3.600 euro.

Aldus gevonnist en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de burgerlijke achtste kamer van het hof van beroep te Brussel, op 3 oktober 2017, waar aanwezig waren en zitting hielden:

Bruno LYBEER,
Catharina VAN SANTVLIET,
Els HERREGODTS,
Kaatje BATSELIER,

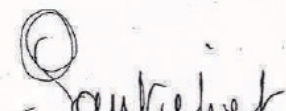
Voorzitter,
Raadsheer,
Raadsheer,
Griffier.



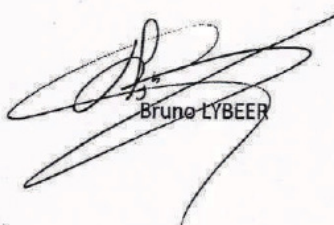
Kaatje BATSELIER



Els HERREGODTS



Catharina VAN SANTVLIET



Bruno LYBEER



Eensluidend verklaarde kopie

Afgeleverd aan: Aan de Minister van ECONOMISCHE ZAKEN,

art. Auteursrechten

Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

Brussel, 12-10-2017




B. VANDERGUCHT
Griffier

01-000000948126