

Gezamenlijke noot onder Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 16 juli 2009 (Infopaq), NJ 2011, 288; Hof van Justitie van de Europese Unie 22 december 2010 (BSA), NJ 2011, 289.

Gepubliceerd in NJ 2011, p. 2890-2893.

Het materiële auteursrecht is in de Europese Unie voor een belangrijk deel, doch niet volledig geharmoniseerd. Tussen 1991 en 2001 hebben zeven richtlijnen op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten het licht gezien. Deze richtlijnen hebben veelal betrekking op onderwerpen die met (destijds) nieuwe technologische ontwikkelingen verband houden: computerprogrammatuur (1991), videoverhuur (1992), satellietomroep en kabel distributie (1993), databanken (1996) en het Internet (2001). Daarnaast zijn enkele richtlijnen van meer algemene strekking tot stand gekomen, zoals de Duurrichtlijn (1993), die voorziet in geharmoniseerde beschermingstermijnen van het auteursrecht en de naburige rechten, en de Auteursrecht richtlijn (2001), die naast diverse Internetgerelateerde zaken ook voorziet in harmonisatie van economische (uitsluitende) rechten en beperkingen van het auteursrecht.

Dit harmonisatieproces is na 2001 tot stilstand gekomen. Daarvoor zijn verschillende oorzaken aan te wijzen, vooral de snelle groei van het aantal lidstaten van de EU en de toenemende politisering van het auteursrecht. Ook het afnemende vertrouwen in de kwaliteit van de Europese wetgeving en het besef dat harmonisatierichtlijnen, waarvan de aanvaarding en aansluitende implementatie in de lidstaten vele jaren kan beslaan, geen effectief instrument is om nieuwe technologische ontwikkelingen het hoofd te bieden, spelen hierbij een rol.¹

Het auteursrechtelijke harmonisatieproject van de EU is daardoor vooralsnog onvoltooid gebleven. Diverse onderdelen van het auteursrecht zijn niet of nauwelijks geharmoniseerd, zoals het makerschap en de eigendom van rechten, het auteursrechtelijke contractenrecht, de morele rechten en de regulering van collectief rechtenbeheer. Geen wonder dat de Nederlandse wetgever gedurende de afgelopen jaren juist op deze terreinen initiatieven heeft ontplooid.

Tot voor kort werd algemeen aangenomen dat ook het *werk* — het object van auteursrechtelijke bescherming en dus een kernbegrip in het auteursrecht — zich goeddeels aan harmonisatie had weten te onttrekken. De zeven richtlijnen voorzien immers slechts voor drie specifieke categorieën van voortbrengselen in een geharmoniseerde werktoets: computerprogramma's (art. 1 lid 3 Softwarerichtlijn), foto's (art. 6 Duurrichtlijn) en databanken (art. 3 lid 1 Databankrichtlijn). Deze toets houdt in dat het werk 'in die zin oorspronkelijk is, dat het een eigen schepping van de maker is'. Aangenomen werd dat de lidstaten ten aanzien van andere categorieën, zoals literaire, wetenschappelijke, muziek-, beeldhouw- en bouwwerken, hun eigen originaliteitscriteria mochten blijven hanteren. Het controversiële Endstra-arrest,

¹ Zie M.M.M. van Eechoud e.a., *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009.

waarin de Hoge Raad een eigen interpretatie van het werkbegrip gegeven heeft, verwijst om deze reden niet naar een communautaire maatstaf.²

Deze illusie van nationale autonomie is door de hierboven afgedrukte twee arresten wreed verstoord. Zonder veel omhaal van woorden leidt het Europese Hof van Justitie uit de context van het in art. 2 van de Auteursrechtlijn geharmoniseerde, doch niet gedefinieerde reproductierecht af dat dit betrekking moet hebben op ‘materiaal dat oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan’ (Infopaq, § 37). In het meer recente BSA-arrest wordt onder verwijzing naar het Infopaq-arrest in een obiter dictum geoordeeld dat de grafische gebruikersinterface van een computerprogramma, hoewel niet als computerprogramma aan te merken, toch de bescherming van het auteursrecht geniet ‘indien hij een eigen intellectuele schepping van zijn auteur is’ (§ 45-46).

Op deze arresten is in de buitenlandse literatuur met verbijstering en verontwaardiging gereageerd. Schulze spreekt schamper van ‘schleichende Harmonisierung’³ (sluipharmonisatie) van het werkbegrip, terwijl Griffith de arresten verwerpt als ‘a striking example of judicial activism in the interests of harmonisation’.⁴ Dat juist uit Duitsland en het Verenigd Koninkrijk kritiek komt, behoeft niet te verbazen; naar verwachting zijn de consequenties van deze arresten voor beide landen het grootst. Terwijl in Duitsland bovengemiddelde eisen aan de kwaliteit van een werk plegen te worden gesteld, is in het Verenigd Koninkrijk voor het verkrijgen van *copyright* van oudsher niet veel meer vereist dan een zekere mate van ‘skill and labour’. De consequenties van beide arresten zullen zich juist in deze landen dus het meest doen voelen.

Voor Nederland lijken de gevolgen minder ingrijpend te zijn. Weliswaar overheerst ook hier de verbazing⁵, doch algemeen wordt aangenomen dat de materiële consequenties beperkt zullen blijven. Met enige goede wil zou immers kunnen worden beweerd dat de door Hoge Raad geformuleerde werktoets (het werk moet een eigen oorspronkelijk karakter en het persoonlijk stempel van de maker hebben) grosso modo op hetzelfde neerkomt als de communautaire maatstaf van ‘eigen intellectuele schepping’.⁶ Wel roepen beide arresten de vraag op wat ons in Europa nog meer aan sluipharmonisering te wachten staat. Zo verwijzen de richtlijnen op diverse plaatsen naar ‘auteurs’ (als rechthebbenden van de geharmoniseerde exploitatierechten). Betekent dit dat het Hof weldra ook het auteurschap en de eigendom van rechten judicieel zal harmoniseren?

Infopaq

De feiten in de Infopaq-zaak zijn zodanig technisch, dat zij het zicht op het arrest enigszins ontnemen. Het Deense bedrijf Infopaq scande en indexeerde dagbladen op

² HR 30 mei 2008, NJ 2008/556 m.nt. E.J. Dommering (Endstra tapes).

³ G. Schulze, ‘Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs? Anmerkung zu EuGH Infopaq/DDF’, GRUR 2009, p. 1019.

⁴ J. Griffiths, ‘Infopaq, BSA and the ‘Europeanisation’ of United Kingdom Copyright Law’, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1777027>.

⁵ F.W. Grosheide, IER 2009/6, p. 78 e.v. Meer begrip voor de opvatting van het Hof toont H.M.H. Speyart, ‘Infopaq: het werkbegrip geharmoniseerd?’, NTER 2009/10, p. 335-342.

⁶ D.J.G. Visser, ‘Endstra ingehaald door Infopaq’, B9 8122.

zoektermen en reproduceerde bij iedere treffer elf woorden uit een gevonden artikel. Infopaq werd wegens auteursrechtinbreuk aangesproken door de Deense dagbladuitgevers. In de vragen die door de Deense rechter aan het Hof werden voorgelegd staan twee kwesties centraal. Is het reproduceren van korte zinsdelen (elf woorden) aan te merken als '(gedeeltelijke) reproductie' in de zin van art. 2 van de Auteursrechtrichtlijn? Zo ja, is deze reproductie wellicht toch toegelaten op grond van art. 5 lid 1 van de richtlijn, dat bepaalde tijdelijke technische kopieën van het reproductierecht uitzondert?

Met betrekking tot de eerste vraag constateert het Hof allereerst dat het begrip (gedeeltelijke) reproductie niet in de richtlijn is gedefinieerd (§ 31). De betekenis van dit begrip moet derhalve uit de context van art. 2 (met name de preambule van de richtlijn) en de internationale verdragen waaraan de lidstaten en de EU zich gecommitteerd hebben (met name art. 2 lid 1 van de Berner Conventie) worden afgeleid. Mede in licht van het *acquis communautaire* (te weten de geharmoniseerde werktoets voor software, foto's en databanken) komt het Hof vervolgens tot de verrassende stelling dat het auteursrecht in algemene zin betrekking heeft op 'materiaal dat oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan'. Daaruit concludeert het Hof dat het reproductierecht zich uitstrekt tot reproducties van gedeelten van werken 'op voorwaarde dat zij bepaalde van de bestanddelen bevatten die de uitdrukking vormen van de eigen intellectuele schepping van de auteur van dit werk.' (§ 39). Hieruit leidt het Hof vervolgens af dat de overname van een elftal woorden uit een persartikel *kan* vallen onder de reikwijdte van het reproductierecht, indien het betreft 'een bestanddeel dat in se de uitdrukking vormt van de eigen intellectuele schepping van de auteur van dit artikel'. (§ 47) Of dat zo is laat het Hof ter beoordeling van de nationale feitenrechter.

Deze slotsom komt voor beoefenaren van het Nederlandse auteursrecht niet als een verrassing. Naar algemeen wordt aangenomen is in Nederland en elders in civielrechtelijk Europa van verveelvoudiging (reproductie) sprake als auteursrechtelijke beschermde trekken van een werk zijn overgenomen.⁷ Volgens de Britse *copyright*-leer is dat echter anders. Werktoets en beschermingsomvang zijn daar in veel mindere mate aan elkaar gekoppeld. Van auteursinbreuk is eerst sprake indien een 'substantieel deel' van een werk is overgenomen; hierbij speelt het kwalitatieve en kwantitatieve belang van het overgenomen gedeelte in relatie tot het geheel een belangrijke rol.⁸

Het had gezien deze tegenstelling tussen de continentale en de Britse rechtsleer voor de hand gelegen als het Hof — terughoudend — de uitleg van het reproductierecht zoveel mogelijk aan de lidstaten had overgelaten. Door zijn meer activistische interpretatie lijkt het Hof het *communautaire* auteursrecht, dat het midden pleegt te houden tussen het civielrechtelijke *droit d'auteur* en het *copyright* van de common law, fors in continentale richting te hebben opgeschoven.

De tweede vraag is er een van uitleg van art. 5 lid 1 van de Auteursrechtrichtlijn, welke bepaling in Nederland is geïmplementeerd in art. 13a Auteurswet. Deze bepaling zondert van het door de richtlijn zeer ruim geformuleerde reproductierecht

⁷ J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, 3e druk, Deventer: Kluwer, p. 158.

⁸ L. Bently & B. Sherman, *Intellectual Property Law*, 3e druk Oxford: Oxford University Press 2009, p. 186-195.

bepaalde technisch noodzakelijke, tijdelijke reproductiehandelingen uit. Bij gebreke aan deze uitzondering zouden allerlei ‘onschuldige’ gegevenstransmissie- en verwerkingshandelingen, zoals het verzenden van email of de tijdelijke opslag in computergeheugens (‘caching’), onder de reikwijdte van het reproductierecht vallen. In de Infopaq-zaak ging het om de vraag of het tijdelijk vastleggen van korte tekstfragmenten in het kader van het door Infopaq verrichte scannen en indexereren onder deze uitzondering begrepen moet worden.

Het Hof stelt voorop dat wettelijke beperkingen eng moeten worden uitgelegd, omdat volgens vaste Europese rechtspraak richtlijnbeperkingen die afwijken van een algemene regel restrictief zijn te interpreteren (§ 56-57). Dit uitgangspunt is naar mijn oordeel, in elk geval ten aanzien van de wettelijke beperkingen van het auteursrecht, principieel onjuist. Wettelijke beperkingen zijn geen ‘uitzonderingen’, evenmin als uitsluitende rechten ‘regel’ zijn. Rechten en beperkingen weerspiegelen samen de balans tussen de bescherming van individuele en algemene belangen die het auteursrechtelijke systeem idealiter beoogt te waarborgen. Op de uitleg die het Hof vervolgens geeft aan art. 5 lid 1 valt overigens weinig af te dingen. Uit het feitendossier blijkt dat de door Infopaq gemaakte scans niet onmiddellijk na het indexereren automatische werden verwijderd, doch eerst in een later stadium en wel handmatig. Het Hof oordeelt daarom dat geen sprake is van handelingen die ‘van voorbijgaande aard’ (§ 64) of ‘incidenteel’ zijn, zoals art. 5 lid 1 het wil.

BSA

De feiten in de BSA-zaak zijn zo mogelijk nog technischer. Centraal in deze van oorsprong Tsjechische zaak staat de ‘grafische gebruikersinterface’ van een computerprogramma, ook wel ‘GUI’ (*graphical user interface*) geheten. De GUI is de wijze waarop een computerprogramma door middel van een beeldscherm visueel met gebruikers communiceert, inclusief keuzemenu’s, werkbalken, iconen en zo meer. De Tsjechische tak van de Business Software Alliance, een organisatie van softwareproductenten die wereldwijd actief is met de bestrijding van softwarepiraterij, verzocht de Tsjechische minister van cultuur om erkenning als collectieve rechtenorganisatie. Deze erkenning werd geweigerd, onder meer met het argument dat computerprogramma’s niet door middel van televisieuitzendingen plegen te worden vertoond, zodat collectief rechtenbeheer zinloos zou zijn. De BSA kwam hier tegen op met het argument dat de GUI van een computerprogramma wel degelijk tijdens een televisieuitzending te zien kan zijn. De Tsjechische verwijzingsrechter wilde derhalve van het Europese Hof vernemen of de bescherming van computerprogramma’s zich uitstrekt tot de grafische gebruikersinterface.

In antwoord op deze vraag overweegt het Hof dat de Softwarerichtlijn enkel die aspecten (‘uitdrukkingswijzen’) van een computerprogramma beschermt die tot reproductie van het programma kunnen leiden, zoals de broncode, de object code en het voorbereidende materiaal (§ 35-38). Het Hof concludeert hieruit dat een GUI niet onder de bescherming van de Softwarerichtlijn valt (§ 42). Hoewel de vragen van de verwijzingsrechter hiermee onmiddellijk beantwoord zijn, overweegt het Hof vervolgens dat een grafische gebruikersinterface desalniettemin onder de bescherming van het communautaire auteursrecht kan vallen, en wel — onder verwijzing naar het Infopaq-arrest — indien de GUI ‘een eigen intellectuele schepping van zijn auteur is’ (§ 46). Of dat het geval is, is opnieuw aan de nationale rechter om te beoordelen.

Het BSA-arrest heeft met name in het Verenigd Koninkrijk opnieuw tot consternatie gezorgd. De bij de Britten levende hoop dat het Infopaq-arrest een rechterlijke dwaling is geweest, of op zijn minst beperkt moest worden uitgelegd, is de bodem in geslagen. Het Hof van Justitie heeft wel degelijk aan het werkbegrip een communautaire uitleg gegeven. Voor het auteursrecht in het V.K. zijn de gevolgen van dit tweede arrest nog verder strekkend dan die van het eerste. Niet alleen onderwerpt het Hof het copyright aan een werk- en inbreuktoets die aan het Britse recht in wezen vreemd is, maar ook lijkt het Hof geen ruimte meer te laten voor het gesloten stelsel van werken dat eveneens inherent is aan de Britse wet. Voor Nederland, waar blijkens het Endstra-arrest het werkbegrip juist een zeer open rechtsbegrip is, zijn de praktische gevolgen daarentegen beperkt. Voor de Nederlandse rechtspraktijk van belang is wel het besef dat voortaan alle rechtsvragen met betrekking tot het auteursrechtelijke object van bescherming aan het Hof van Justitie kunnen worden voorgelegd. Daarmee is de eenvormigheid van het auteursrecht in de Europese Unie ongetwijfeld gediend, maar de zelfstandige betekenis van het Nederlandse auteursrecht verder afgenomen.

P.B. Hugenholtz