



Tweede Noot onder Hof van Justitie EU 1 december 2011, zaak C-145/10 (Eva-Maria Painer/ Standard VerlagsGmbH e.a.)

Gepubliceerd in: NJ 2013-7, nr. 66, p. 761-778, m.nt. De Boer en Hugenholtz

In het Painer-arrest geeft het Hof van Justitie tevens antwoord op enkele boeiende vragen van geharmoniseerd auteursrecht. Deze betreffen drie aspecten: (1) de voorwaarden waaronder portretfoto's voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen, (2) de beschermingsomvang van portretfoto's, en (3) de toepasselijkheid van enkele wettelijke beperkingen van het auteursrecht.

Het unierechtelijke kader waarbinnen deze zaak zich afspeelt is in twee harmonisatierichtlijnen neergelegd. Naast de Auteursrechtlijn (Richtlijn 2001/29/EG), die onder meer voorziet in een geharmoniseerd reproductierecht en een limitatieve opsomming van toegestane wettelijke beperkingen, is van belang de zogeheten Duurrichtlijn (Richtlijn 2006/116/EG, voorheen Richtlijn 93/98/EEG). Deze richtlijn harmoniseert niet alleen de beschermingstermijnen van het auteursrecht en de naburige rechten, maar bevat ook in art. 6 een bijzondere bepaling met betrekking tot de auteursrechtelijke bescherming van fotografische werken: "Foto's die oorspronkelijk zijn in de zin dat zij een eigen schepping van de auteur zijn, worden overeenkomstig artikel 1 beschermd. Om te bepalen of de foto's voor bescherming in aanmerking komen, mogen geen andere criteria worden aangelegd. [...]". Deze bepaling vindt haar oorzaak in het feit dat fotografische werken in diverse Europese landen van oudsher als werken van minder allooi werden beschouwd, waarvoor strengere beschermingseisen golden en waaraan veelal een kortere bescherming werd verleend. Op grond van artikel 7 lid 4 van de Berner Conventie, het internationale auteursrechtverdrag waarbij meer dan 180 landen zijn aangesloten (inclusief alle lidstaten van de EU), is het de conventielanden toegestaan om de beschermingsduur van werken van fotografie te beperken tot 25 jaar vanaf creatie, hetgeen aanmerkelijk korter is dan de normale BC-termijn van 50 jaar *post mortem auctoris* resp. de door de Duurrichtlijn voorgeschreven 70 jaar p.m.a.

Deze 'discriminatie' van fotografische werken ten opzichte van andere werken heeft een historische verklaring. Het fotograferen werd in sommige landen aanvankelijk gezien als een in hoofdzaak technisch procédé dat weinig ruimte zou laten voor auteursrechtelijke creativiteit [zie M. de Cock Buning, *Auteursrecht en informatietechnologie* (diss. UvA), Amsterdam: Cramwinckel 1998, p. 67 e.v.]. In Duitsland en Oostenrijk bijvoorbeeld kreeg de bescherming van foto's om die reden gestalte buiten het auteursrecht in de vorm van een naburig recht. Inmiddels is de gedachte echter gemeengoed dat fotograferen doorgaans wel degelijk scheppend handelen van de fotograaf vergt. De gemiddelde fotograaf maakt tal van creatieve keuzen, niet alleen bij de compositie van het beeld en de belichting, maar ook bij de beeldbewerking (het 'photoshoppen'). Met art. 6 van de Duurrichtlijn is beoogd om de bescherming van fotografische werken met die van andere werken auteursrechtelijk gelijk te trekken.

Tegen deze achtergrond verrast niet dat het Hof in antwoord op vragen van de Oostenrijkse verwijzingsrechter antwoordt dat aan een portretfoto auteursrechtelijke bescherming toekomt als ieder ander werk. Onder verwijzing naar het baanbrekende arrest *Infopaq I* (C-5/08, NJ 2011, 288), waarin het Hof bepaalde dat het werkbegrip unierechtelijk geharmoniseerd is, concludeert het Hof dat "een portretfoto krachtens [art. 6] in aanmerking komt voor auteursrechtelijke

bescherming mits – hetgeen de nationale rechter in ieder afzonderlijk geval dient na te gaan – een dergelijke foto een intellectuele schepping van de auteur is die de persoonlijkheid van deze laatste weerspiegelt en tot uiting komt door de vrije creatieve keuzen van die auteur bij de totstandkoming van die foto.” Met andere woorden: aan een portretfoto mogen geen strenge(re) auteursrechtelijke eisen worden gesteld. De door het Hof gevraagde vrije creatieve keuzen kunnen onder meer bestaan in “de enscenering, de pose van de te fotograferen persoon of de belichting”, aldus het Hof (r.o. 91). “Bij het nemen van de portretfoto kan [de fotograaf] de camera-instelling, de invalshoek of de gecreëerde sfeer kiezen. Bij het ontwikkelen van het cliché tot slot kan de auteur kiezen tussen diverse technieken, of in voorkomend geval software gebruiken” (id.)

Dit alles is voor Nederlandse juristen weinig verrassend. Wat het Hof hierna laat volgen over de omvang (reikwijdte) van de auteursrechtelijke bescherming is dat echter wel. Een belangrijke vraag van de Oostenrijkse verwijzingsrechter was of portretfoto’s mogelijk een ‘zwakkere’ bescherming (dan andere werken) of zelfs in het geheel geen bescherming tegen *bewerking* (de door de media van de schoolfoto gemaakte fotomontage) zouden genieten; zie r.o. 43 onder 4. Deze vraag was ingegeven door de begrijpelijke gedachte dat de mogelijkheid om een portretfoto vrij vorm te geven relatief gering is, doordat het onderwerp van de foto gegeven is en een portretfoto vooral goed op de geportretteerde moet lijken; zie r.o. 42. Dat de mate van originaliteit van een werk bepalend is voor de omvang van de auteursrechtelijke bescherming ervan, is in het continentaal-Europese auteursrecht algemeen aanvaard en door het Hof van Justitie in het arrest Infopaq I (C-5/08, NJ 2011, 288, m.nt. P.B. Hugenholtz) zelfs impliciet erkend. In dat arrest concludeerde het Hof immers dat het reproductierecht zich uitstrekt tot reproducties van gedeelten van werken “op voorwaarde dat zij bepaalde [...] bestanddelen bevatten die de uitdrukking vormen van de eigen intellectuele schepping van de auteur van dit werk” (r.o. 39; zie noot P.B. Hugenholtz onder NJ 2011, 289). Ergo, naarmate het werk in kwestie meer originele elementen bevat, zal de beschermingsomvang toenemen. Wellicht verblind door de wens om portretfoto’s vooral niet te ‘discrimineren’ ten opzichte van andere werken lijkt het Hof in *Painer* dit adagium echter al weer uit het oog verloren te hebben. Het Hof volstaat met op te merken dat het in art. 2 van de Auteursrechtlijn geharmoniseerde reproductierecht ruim moet worden uitgelegd (r.o. 96) en “dat niets in richtlijn 2001/29 of in een andere op het betrokken gebied toepasselijke richtlijn de conclusie wettigt dat de omvang van een dergelijke bescherming zou worden bepaald door eventuele verschillen in de mogelijkheden van artistieke schepping bij de totstandbrenging van diverse categorieën werken” (r.o. 97).

Het *Painer*-arrest bevat, in de derde plaats, interessante overwegingen over de wettelijke beperkingen (uitzonderingen) van het auteursrecht. De Auteursrechtlijn bevat in art. 5 leden 2 en 3 een limitatieve opsomming van beperkingen die de lidstaten in hun nationale auteurswetgeving mogen opnemen. Let wel: deze opsomming is facultatief; behalve art. 5 lid 1 is geen van de 21 genoemde beperkingen voor de nationale wetgever verplichte kost. Voor de Oostenrijkse rechter beriepen de persmedia, die de portretfoto van *Painer* kort na de ontsnapping van Natascha Kampusch hadden afgedrukt, zich op een tweetal in de Oostenrijkse auteurswet – en in andere redactie ook in de Nederlandse wet – voorkomende beperkingen: gebruik ten behoeve van de openbare orde en veiligheid (art. 5 lid 3 (e) Auteursrechtlijn; vgl. art. 22 Auteurswet) en het ‘citaatrecht’ (art. 5 lid 3 (d) Auteursrechtlijn; vgl. art. 15a Auteurswet). In beide gevallen rees de vraag of de Oostenrijkse wettelijke regels in overeenstemming zijn met de corresponderende bepalingen van de richtlijn.

Met getrekking tot art. 5 lid 3 (e), dat wettelijke beperkingen toestaat ten aanzien van “het gebruik ten behoeve van de openbare veiligheid of om het goede verloop van een administratieve, parlementaire of gerechtelijke procedure of de berichtgeving daarover te waarborgen”, merkt het

Hof op dat deze bepaling in zo algemene termen is gesteld dat de lidstaten die een dergelijke beperking in hun nationale wet willen opnemen beschikken over een *ruime beoordelingsmarge* (r.o. 101). Dit is een belangrijke constatering; veel van de in art. 5 Auteursrechtlijn genoemde beperkingen zijn net als art. 5 lid 3 (e) algemeen geformuleerd; het Hof gunt de lidstaten dus de ruimte om op nationaal niveau binnen deze algemene kaders wettelijke uitzonderingen te creëren.

Deze uitzonderingen moeten echter wel passen binnen de door het recht van de Unie opgelegde grenzen, zo waarschuwt het Hof (r.o. 104). Het Hof formuleert vervolgens een toetsingskader dat uit vijf criteria bestaat: (1) het evenredigheidsbeginsel (r.o. 105-106); (2) het beginsel dat aan auteurs een 'hoog beschermingsniveau' moet worden gegeven (r.o. 107); (3) het rechtszekerheidsbeginsel (r.o. 108); (4) het beginsel dat uitzonderingen op een richtlijnbeginsel eng moeten worden uitgelegd (r.o. 109); en (5) de 'driestappentoets' (r.o. 110). Laatstgenoemde toets is te vinden in art. 5 lid 5 Auteursrechtlijn: wettelijke beperkingen mogen slechts worden toegepast in bepaalde bijzondere gevallen, mits zij geen afbreuk doen aan de normale exploitatie van een werk en de rechtmatige belangen van de auteursrechthebbende niet onredelijk worden geschaad. Met toepassing van dit toetsingskader komt het Hof tot de conclusie dat de richtlijn niet toestaat een wettelijke beperking die de persmedia de vrijheid laat om geheel op eigen initiatief auteursrechtelijk beschermd foto's met een beroep op de openbare veiligheid te publiceren (r.o. 111-112). Het doel van art. 5 lid 3 (e) is immers niet de bescherming van de persvrijheid, maar het waarborgen van de openbare veiligheid, hetgeen een taak is van de overheid (r.o. 113).

Tevens beantwoordt het Hof enkele vragen met betrekking tot het citaatrecht, dat in art. 5 lid 3 (d) Auteursrechtlijn als volgt is omschreven: "[wettelijke beperkingen zijn toegestaan ten aanzien van] het citeren ten behoeve van kritieken en recensies en voor soortgelijke doeleinden, mits het een werk of ander materiaal betreft dat reeds op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld, indien de bron - waaronder de naam van de auteur - wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt en het citeren naar billijkheid geschiedt en door het bijzondere doel wordt gerechtvaardigd". De meest interessante vraag betreft de status van het 'citerende werk': moet de uiting waarin het citaat is opgenomen op zichzelf als auteursrechtelijk beschermd werk zijn aan te merken? Hieromtrent overweegt het Hof dat het doel van het citaatrecht is gelegen in het waarborgen van de uitingsvrijheid van de gebruikers van auteursrechtelijk beschermd werken. Hiervan uitgaande mag het niet uitmaken of geciteerd wordt in een beschermd werk of in een niet beschermd uiting; een conclusie waarop m.i. weinig valt af te dingen.

Opvallend is ten slotte dat het Hof in dit arrest niets zegt over de vraag of het maken van bewerkingen, zoals de onderhavige fotomontage van een 'ouder gemaakte' Natascha, eigenlijk wel valt onder het geharmoniseerde reproductierecht (art. 2 Auteursrechtlijn); zie Mireille van Eechoud (et al.), *Harmonizing European Copyright Law. The Challenges of Better Lawmaking*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p. 84. Deze vraag is niet zonder betekenis; indien het bewerkingsrecht hier buiten valt, is het niet geharmoniseerd en zijn de lidstaten ten aanzien van dit recht helemaal niet aan de limitatieve opsomming van wettelijke beperkingen van art. 5 leden 2 en 3 van de richtlijn gebonden. In haar conclusie gaat Advocaat-generaal Trstenjak wel in op deze vraag (§ 127-131), echter zonder een duidelijk standpunt in te nemen.

Het arrest is eerder geannoteerd door [M.M.M. van Eechoud in *AMI* 2011/2](#), p. 73-75 en door P.G.F.A. Geerts in *IER* 2012/16, p. 143-162.

P.B. Hugenholtz