

Hof van Justitie van de Europese Unie 1 december 2011
zaak C-145/10

(K. Lenaerts, kamerpresident, J. Malenovský (rapporteur), E. Juhász, G. Arestis, en T. von Danwitz, rechters, advocaat-generaal: V. Trstenjak, griffier: A. Calot Escobar)

Beschermingsomvang voor portretfoto op grond van Auteursrechtlijn 2001/29. Communautair werkbegrip voor fotografie in art. 6 Duurrichtlijn 93/98/EEG. Beroep op beperking openbare veiligheid exceptie en citaatrecht (art. 5, lid 3, sub d en e Auteursrechtlijn. Toepassing art. 6 EEX-Verordening bij vorderingen tegen meerdere verweerders wegens inhoudelijk identieke inbreuken.

In zaak C-145/10, betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Handelsgericht Wien (Oostenrijk) bij beslissing van 8 maart 2010, ingekomen bij het Hof op 22 maart 2010, in de procedure

Eva-Maria Painer

tegen

Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG,

wijst HET HOF (Derde kamer), [...]

het navolgende Arrest.

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 6, punt 1, van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2001, L 12, blz. 1), en artikel 5, lid 3, sub d en e, en lid 5, van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PB L 167, blz. 10).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geschil tussen mevrouw Painer, zelfstandig fotograaf, en vijf uitgeverijen, te weten Standard VerlagsGmbH (hierna: „Standard”), Axel Springer AG (hierna: „Axel Springer”), Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG en Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG, betreffende het gebruik door deze uitgeverijen van foto's van Natascha K.

Toepasselijke bepalingen

Internationaal recht

3 De Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom, als bijlage 1 C gehecht aan de op 15 april 1994 te Marrakech ondertekende Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie (WHO), is goedgekeurd bij besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994 betreffende de sluiting, namens de Europese Gemeenschap voor wat betreft de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden, van de uit de multilaterale handelsbesprekingen in het kader van de Uruguayronde (1986-1994) voortvloeiende overeenkomsten (PB L 336, blz. 1).

4 Artikel 9, lid 1, van de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom luidt:

De leden leven de artikelen 1 tot en met 21 van en het aanhangsel bij de Berner Conventie [voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst (Akte van Parijs van 24 juli 1971), zoals gewijzigd op 28 september 1979 (hierna: „Berner Conventie”), na. De leden hebben evenwel geen rechten of verplichtingen krachtens deze Overeenkomst ten aanzien van de rechten verleend krachtens artikel 6 bis van de Conventie of van de daaraan ontleende rechten.

5 Artikel 2, eerste alinea, van de Berner Conventie bepaalt:

De term ‘werken van letterkunde en kunst’ omvat alle voortbrengselen op het gebied van letterkunde, wetenschap en kunst, welke ook de wijze of de vorm van uitdrukking zij, zoals boeken, brochures en andere geschriften; voordrachten, toespraken, preken en andere werken van dien aard; toneelwerken of dramatisch-muzikale werken; choreografische werken en pantomimes; muzikale composities met of zonder woorden; cinematografische werken, waarmee volgens een soortgelijke werkwijze uitgedrukte werken worden gelijkgesteld; werken van teken-, schilder-, bouw-, beeldhouw-, graveer- en lithografeerkunst; fotografische werken, waarmee volgens een soortgelijke werkwijze uitgedrukte werken worden gelijkgesteld; werken van toegepaste kunst; illustraties en aardrijkskundige kaarten; tekeningen, schetsen en plastische werken, betrekking hebbende op de aardrijkskunde, de topografie, de bouwkunde of de wetenschappen.

6 Artikel 10, eerste alinea, van de Berner Conventie luidt als volgt:

Geoorloofd zijn aanhalingen uit een werk dat reeds op geoorloofde wijze voor het publiek toegankelijk is gemaakt, mits zij verenigbaar zijn met de goede gebruiken en voor zover door het doel gerechtvaardigd, zulks met inbegrip van aanhalingen uit artikelen in nieuwsbladen en tijdschriften in de vorm van persoverzichten.

7 Artikel 12 van de Berner Conventie bevat de volgende bepaling:

Auteurs van werken van letterkunde of kunst genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot bewerkingen, arrangementen en andere veranderingen van hun werken.

8 Artikel 37, eerste alinea, van de Berner Conventie bepaalt: “In geval van geschillen omtrent de uitlegging van de verschillende teksten is de Franse tekst gezaghebbend.”

9 De Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (WIPO) heeft op 20 december 1996 te Genève het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen en het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht vastgesteld. Deze twee verdragen zijn namens de Europese Gemeenschap goedgekeurd bij besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000 (PB L 89, blz. 6).

10 Krachtens artikel 1, lid 4, van het Verdrag inzake het auteursrecht dienen de verdragsluitende partijen te voldoen aan de artikelen 1 tot en met 21 van en het aanhangsel bij de Berner Conventie.

Recht van de Unie

Verordening nr. 44/2001

[...]

14 Artikel 6, punt 1, van dezelfde verordening, dat staat in afdeling 2 van hoofdstuk II, getiteld „Bijzondere bevoegdheid”, bevat de volgende bepaling:

[Een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat] kan ook worden opgeroepen:

1) indien er meer dan één verweerder is: voor het gerecht van de woonplaats van een hunner, op voorwaarde dat er tussen de vor-

deringen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven.

Richtlijn 93/98/EEG

15 Richtlijn 93/98/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten (PB L 290, blz. 9) bevat in punt 17 van de considerans de volgende overweging:

[...] voor de bescherming van foto's [gelden] in de lidstaten uiteenlopende regelingen [...]; dat, om te komen tot een voldoende harmonisatie van de beschermingstermijn voor foto's, met name die welke dank zij hun artistieke of professionele karakter belangrijk zijn in het kader van de interne markt, [moet] het bij deze richtlijn vereiste oorspronkelijkheidsgehalte [...] worden omschreven; [...] een fotografisch werk in de zin van de Berner Conventie [moet] als oorspronkelijk [...] worden beschouwd wanneer het gaat om een eigen schepping van de auteur die de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid, met uitsluiting van andere criteria zoals de verdienstelbaarheid of de bedoeling ervan; [...] de bescherming van andere foto's [dient] aan de nationale wetgever [...] te worden overgelaten.

16 Artikel 1, lid 1, van diezelfde richtlijn voorziet in de bescherming door het auteursrecht van werken van letterkunde en kunst in de zin van artikel 2 van de Berner Conventie gedurende het leven van de auteur van het werk en tot 70 jaar na zijn dood.

17 Artikel 6 van die richtlijn bepaalt:

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. De lidstaten kunnen voorzien in de bescherming van andere foto's.

18 Richtlijn 93/98 is ingetrokken bij richtlijn 2006/116/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten (PB L 372, blz. 12), die haar codificeert en in hoofdzaak dezelfde bepalingen bevat. Richtlijn 2006/116 is op 16 januari 2007 in werking getreden.

19 Gelet op de feiten in het hoofdgeding wordt dit echter door richtlijn 93/98 beheerst.

Richtlijn 2001/29

20 De punten 6, 9, 21, 32, 32 en 44 van de considerans van richtlijn 2001/29 bevatten de volgende overwegingen:

[...]

22 Artikel 2 van die richtlijn, betreffende het recht van reproductie, bepaalt:

De lidstaten voorzien ten behoeve van:

a) auteurs, met betrekking tot hun werken,

[...]

in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.

23 Artikel 3, lid 1, van dezelfde richtlijn luidt als volgt:

De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een

door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.

24 Artikel 5 van richtlijn 2001/29, getiteld „Beperkingen en restricties”, bepaalt in lid 3, sub d en e:

De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op de in de artikelen 2 en 3 bedoelde rechten stellen ten aanzien van:

[...]

d) 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;

e) 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;

[...]

25 Artikel 5, lid 5, van genoemde richtlijn bepaalt:

De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.

Nationaal recht

26 Aan bovenvermelde bepalingen van richtlijn 2001/29 is in de Oostenrijkse rechtsorde uitvoering gegeven bij het Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz (Bundesgesetz op het auteursrecht op werken van literatuur en kunst en op aanverwante rechten).

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

27 Painer is sinds jaren werkzaam als zelfstandig fotograaf en fotografeert onder meer kinderen op kleuterscholen en kinderdagverblijven. In het kader van die activiteit heeft zij meerdere foto's gemaakt van Natascha K. Zij heeft de achtergrond van de foto's ontworpen en de pose en de gezichtsuitdrukking bepaald en door bediening van de camera de foto's gemaakt en deze ontwikkeld (hierna: “litigieuze foto's”).

28 Sinds meer dan 17 jaar voorziet verzoekster de door haar gemaakte foto's van haar naam. Zij heeft dit in de loop der jaren op verschillende manieren gedaan, door een etiket of reliëf aan te brengen op de mapjes of passe-partouts. Daarbij werden steeds haar naam en haar zakelijk adres vermeld.

29 Verzoekster heeft de door haar gemaakte foto's verkocht, maar noch aan derden rechten op deze foto's toegekend, noch toestemming verleend om de foto's openbaar te maken. De door haar voor de foto's in rekening gebrachte prijs was dus uitsluitend een vergoeding voor de afdrukken.

30 Toen Natascha K. in 1998 op tienjarige leeftijd werd ontvoerd, werd er door de bevoegde met veiligheidsstaken belaste autoriteiten een opsporingsoproep gedaan waarbij de litigieuze foto's werden gebruikt.

31 Verweersters in het hoofdgeding zijn krantenuitgevers. Alleen Standard is gevestigd te Wenen (Oostenrijk). De overige verweersters in het hoofdgeding hebben hun zetel in Duitsland.

32 Standard geeft het dagblad Der Standard uit, dat in Oostenrijk verschijnt. Süddeutsche Zeitung GmbH geeft het in Oostenrijk en Duitsland verschijnende dagblad Süddeutsche Zeitung uit. Spie-

gel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG geeft in Duitsland het weekblad Der Spiegel uit, dat mede in Oostenrijk verschijnt. Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG geeft het dagblad Express uit, dat enkel in Duitsland verschijnt. Axel Springer geeft het dagblad Bild uit, waarvan de nationale uitgave niet in Oostenrijk wordt verkocht. De Münchense uitgave van deze krant verschijnt echter ook in Oostenrijk. Axel Springer geeft nog een ander dagblad uit, Die Welt, dat eveneens in Oostenrijk wordt verkocht, en verzorgt tevens internet-nieuwsites.

33 In 2006 is het Natascha K. gelukt, aan haar ontvoerder te ontsnappen.

34 Nadat Natascha K. was gevlucht en vóór haar eerste verschijning in het openbaar hebben verweersters in het hoofdgeding de litigieuze foto's in bovenvermelde kranten en tijdschriften en op bovenvermelde internetsites gepubliceerd, maar zonder de naam van de auteur van die foto's te vermelden of onder vermelding van een andere naam dan die van Painer als auteur.

35 De berichtgeving in de diverse kranten en tijdschriften en op de diverse internetsites verschilde ten aanzien van de keuze van de foto's en de begeleidende tekst. Verweersters in het hoofdgeding voeren aan dat zij de litigieuze foto's van een persagentschap hadden gekregen zonder dat de naam van Painer was genoemd of met vermelding van een andere naam dan die van Painer als auteur.

36 Enkele van die kranten en tijdschriften hebben bovendien een montagefoto gepubliceerd die met behulp van een computerprogramma was gemaakt aan de hand van de litigieuze foto's. Zolang er geen recente foto van Natascha K. bestond gaf die het vermoedelijke gezicht van Natascha K. weer tot haar eerste verschijning in het openbaar (hierna: "litigieuze montagefoto").

37 Bij op 10 april 2007 bij het Handelsgericht Wien ingediend verzoekschrift heeft Painer verzocht om vaststelling dat verweersters in het hoofdgeding de reproductie en/of de distributie, zonder haar toestemming en zonder vermelding van haar naam als auteur, van de litigieuze foto's en de litigieuze montagefoto onmiddellijk moesten staken.

38 Painer heeft voorts gevorderd dat verweersters in het hoofdgeding zouden worden veroordeeld tot het afleggen van rekening en verantwoording, tot betaling van een passende beloning en tot vergoeding van de door haar geleden schade.

39 Verzoekster heeft tegelijkertijd een kortgedingprocedure ingeleid waarin in laatste aanleg reeds is beslist bij arrest van 26 augustus 2009 van de Oberste Gerichtshof.

40 Blijkens de verwijzingsbeslissing heeft de Oberste Gerichtshof op basis van de toepasselijke nationale wetgeving geoordeeld dat verweersters in het hoofdgeding voor de publicatie van de montagefoto de instemming van Painer niet nodig hadden.

41 Volgens die rechterlijke instantie genoten de litigieuze foto's, die als model voor de litigieuze montagefoto hadden gediend, weliswaar als fotografisch werk auteursrechtelijke bescherming, maar de vervaardiging en openbaarmaking van de montagefoto vormden geen bewerking – waarvoor Painer als auteur van het fotografisch werk toestemming had moeten verlenen – maar een vrij gebruik, waarvoor die toestemming niet nodig was.

42 Of er sprake is geweest van een bewerking of van vrij gebruik, zou afhangen van de mate waarin het oorspronkelijke model het resultaat is van een scheppende activiteit. Hoe meer het model een scheppend werk is, des te minder ruimte er is om het vrij te gebruiken. Bij portretfoto's, zoals de litigieuze foto's, zou de fotograaf maar weinig mogelijkheden hebben om de foto zelf vorm te geven. Om deze reden zouden die foto's slechts een beperkte auteursrechtelijke

bescherming genieten. Bovendien zou de litigieuze montagefoto die aan de hand van die foto's is gemaakt, een nieuw en zelfstandig werk zijn, dat zelf auteursrechtelijk beschermd is.

43 In deze omstandigheden heeft het Handelsgericht Wien de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

1) Moet artikel 6, sub 1, van verordening nr. 44/2001 aldus worden uitgelegd, dat aan zijn toepassing en dus aan een gelijktijdige behandeling niet in de weg staat dat tegen verschillende verweerders wegens inhoudelijk identieke inbreuken op het auteursrecht ingestelde vorderingen gebaseerd zijn op verschillende nationale rechtsgrondslagen, waarvan de wezenlijke bestanddelen echter in grote lijnen identiek zijn – zoals in alle Europese staten het geval is voor de verbodsactie die onafhankelijk van de schuld van de inbreukmaker kan worden ingesteld, de vordering tot betaling van een passende beloning wegens inbreuk op het auteursrecht, en de vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatig gebruik?

2) a) Moet artikel 5, lid 3, sub d, met inachtneming van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 aldus worden uitgelegd, dat aan zijn toepassing niet in de weg staat dat het persartikel waarin een beschermd werk of ander materiaal wordt geciteerd, geen auteursrechtelijk beschermd tekst is?

b) Moet artikel 5, lid 3, sub d, met inachtneming van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 aldus worden uitgelegd, dat aan zijn toepassing niet in de weg staat dat bij het geciteerde beschermde werk of andere materiaal de naam van de auteur of van de uitvoerend kunstenaar niet vermeld staat?

3) a) Moet artikel 5, lid 3, sub e, met inachtneming van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 aldus worden uitgelegd, dat deze bepaling slechts in het belang van de in het kader van de openbare veiligheid uit te oefenen strafrechtspleging kan worden toegepast in geval van een concrete actuele en uitdrukkelijke oproep van de met veiligheidsstaken belaste autoriteiten om een foto openbaar te maken, dat wil zeggen dat de openbaarmaking van de foto officieel door opsporingsdoeleinden moet zijn ingegeven en dat er anders sprake is van een rechtsinbreuk?

b) Indien vraag 3a ontkennend wordt beantwoord: kunnen media ook een beroep doen op artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 indien zij zonder een desbetreffend opsporingsverzoek van de autoriteiten eigenmachtig beslissen dat de openbaarmaking van de foto 'in het belang van de openbare veiligheid' is?

c) Indien vraag 3b bevestigend wordt beantwoord: volstaat het dan dat media achteraf verklaren dat de openbaarmaking van een foto opsporingsdoeleinden heeft gediend, of moet er in elk geval een concrete oproep aan de lezer zijn gedaan om mee te helpen bij het oplossen van een strafbaar feit dat rechtstreeks met de openbaarmaking van de foto in verband moet staan?

4) Moeten artikel 1, lid 1, juncto artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 en artikel 12 van de Berner Conventie, met name gelet op artikel 1 van het eerste aanvullende protocol bij het [Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950] en op artikel 17 van het Handvest van de grondrechten [van de Europese Unie], aldus worden uitgelegd, dat fotografische werken en/of foto's, in het bijzonder portretfoto's, een 'zwakkere' of in het geheel geen auteursrechtelijke bescherming tegen bewerkingen genieten omdat zij als 'realistische opname' te weinig vormgevingsmogelijkheden bieden?

Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing

[44-71]

Beantwoording van de prejudiciële vragen

De eerste vraag

72 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in hoofdzaak te vernemen of artikel 6, punt 1, van verordening nr. 44/2001

aldus moet worden uitgelegd dat het feit dat vorderingen die tegen meerdere verweerders wegens inhoudelijk identieke inbreuken op het auteursrecht zijn ingediend, op per lidstaat verschillende nationale rechtsgrondslagen berusten, aan toepassing van die bepaling in de weg staat.

[...]

81 Wanneer tegen de diverse verweerders ingediende vorderingen verschillende rechtsgrondslagen hebben, staat dat op zich dus niet aan de weg aan toepassing van artikel 6, punt 1, van verordening nr. 44/2001, mits voor de verweerders voorzienbaar was dat zij konden worden opgeroepen in de lidstaat waar ten minste een van hen zijn woonplaats had (zie in die zin arrest *Freeport*, reeds aangehaald, punt 47).

82 Dit geldt te meer in zaken zoals die aan de orde in het hoofdgeding, waarin de nationale bepalingen waarop de tegen de diverse verweerders ingediende vorderingen zijn gebaseerd volgens de verwijzende rechter in hoofdzaak identiek zijn.

83 Voor het overige dient de nationale rechter gelet op alle elementen van het dossier te beoordelen of er tussen de verschillende bij hem ingediende vorderingen een verband bestaat, dat wil zeggen of er gevaar bestaat voor onverenigbare beslissingen bij afzonderlijke berechting van de vorderingen. In dat verband kan het belang zijn of de verweerders die de houder van een auteursrecht inhoudelijk identieke inbreuken op zijn recht verwijt, onafhankelijk van elkaar hebben gehandeld.

84 Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 6, punt 1, van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat het enkele feit dat vorderingen die tegen meerdere verweerders wegens inhoudelijk identieke inbreuken op het auteursrecht zijn ingediend, op per lidstaat verschillende nationale rechtsgrondslagen berusten, aan toepassing van die bepaling niet in de weg staat. De nationale rechter dient gelet op alle elementen van het dossier te beoordelen of er bij afzonderlijke berechting van de vorderingen gevaar bestaat voor onverenigbare beslissingen.

De vierde vraag

85 De vierde vraag, die als tweede moet worden behandeld, is door de verwijzende rechter gesteld ter beoordeling van de gegrondheid van het standpunt dat verweersters in het hoofdgeding niet de toestemming van Painer nodig hadden om het litigieuze, aan de hand van een portretfoto gemaakte montageportret te publiceren omdat de omvang van de aan een dergelijke foto verleende bescherming beperkt zo niet nihil was wegens de beperkte vormgevingsmogelijkheden die zij bood.

86 De vraag van de verwijzende rechter moet derhalve aldus worden begrepen dat zij in hoofdzaak ertoe strekt te vernemen of artikel 6 van richtlijn 93/98 aldus moet worden uitgelegd dat een portretfoto krachtens die bepaling in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming en, zo ja, of die bescherming gezien de beweerdelijk te geringe vormgevingsmogelijkheden die dergelijke foto's kunnen bieden, meer in het bijzonder op het gebied van de in artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29 neergelegde regeling voor de reproductie van het werk, minder ver gaat dan die van andere werken, waaronder foto's.

87 Aangaande in de eerste plaats de vraag of realistische foto's, inzonderheid portretfoto's, auteursrechtelijke bescherming genieten krachtens artikel 6 van richtlijn 93/98, heeft het Hof in het arrest van 16 juli 2009, *Infopaq International* (C-5/08, Jurispr. blz. I-6569, punt 35), reeds geoordeeld dat het auteursrecht slechts kan gelden met betrekking tot materiaal, zoals een foto, dat oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan.

88 Zoals blijkt uit punt 17 van de considerans van richtlijn 93/98 is een intellectuele schepping een eigen schepping van de auteur wanneer zij de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid.

89 Dat is het geval wanneer de auteur bij het maken van het werk zijn creatieve bekwaamheden tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzen (zie a contrario arrest van 4 oktober 2011, *Football Association Premier League e.a.*, C-403/08 en C-429/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 98).

90 Met betrekking tot een portretfoto moet worden opgemerkt dat de auteur bij het maken daarvan op verschillende manieren en op verschillende momenten zijn vrije en creatieve keuzes zal kunnen maken.

91 In de voorbereidende fase kan de auteur de encenering, de pose van de te fotograferen persoon of de belichting kiezen. Bij het nemen van de portretfoto kan hij 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.

92 Met die diverse keuzes is de auteur van een foto dus in staat, zijn werk een "persoonlijke noot" te geven.

93 In het geval van een portretfoto is de vrijheid waarover de auteur beschikt om zijn creatieve bekwaamheden uit te oefenen dan ook niet noodzakelijkerwijs beperkt of zelfs nihil.

94 Gelet op het voorgaande moet dus worden geconstateerd dat een portretfoto krachtens artikel 6 van richtlijn 93/98 auteursrechtelijke bescherming kan genieten 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.

95 Wat in de tweede plaats de vraag betreft of die bescherming geringer is dan de bescherming die andere werken, met name andere fotografische werken, genieten, moet meteen al worden opgemerkt dat de auteur van een beschermd werk aan artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29 vooral het uitsluitende recht ontleent om de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.

96 Dienaangaande heeft het Hof geoordeeld dat aan de op grond van artikel 2 van richtlijn 2001/29 verleende bescherming een ruime omvang moet toekomen (zie arrest *Infopaq International*, reeds aangehaald, punt 43).

97 Bovendien moet worden vastgesteld 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.

98 In het geval van een portretfoto kan de door artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29 verleende bescherming dan ook niet geringer zijn dan de bescherming die andere werken, andere fotografische werken daaronder begrepen, genieten.

99 Gelet op het voorgaande moet op de vierde vraag worden geantwoord dat artikel 6 van richtlijn 93/98 aldus moet worden uitgelegd dat een portretfoto krachtens die bepaling 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. Wanneer is vastgesteld dat de betrokken portretfoto de hoedanigheid heeft van een werk, geniet dit een bescherming die niet geringer is dan die waarvoor ieder ander werk, een fotografisch werk daaronder begrepen, in aanmerking komt.

De derde vraag, sub a en b

100 Met de derde vraag, sub a en b, wenst de verwijzende rechter in hoofdzaak te vernemen of artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29, gelezen in samenhang met artikel 5, lid 5, van die richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat in een zaak als aan de orde in het hoofdgeding die bepaling slechts toepassing kan vinden in geval van een concrete, actuele en uitdrukkelijke oproep van de met veiligheidsbelaste autoriteiten om een foto openbaar te maken voor opsporingsdoeleinden en, ingeval die voorwaarde niet geldt, of de media een beroep op die bepaling kunnen doen indien zij zonder opsporingsverzoek van de autoriteiten eigenmachtig beslissen dat de openbaarmaking van de foto in het belang van de openbare veiligheid is.

101 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat de bepalingen van richtlijn 2001/29 niet aangeven in welke omstandigheden een belang van de openbare veiligheid kan worden ingeroepen ten einde een beschermd werk te kunnen gebruiken, zodat de lidstaten die besluiten een dergelijke uitzondering vast te leggen daarbij over een ruime beoordelingsmarge beschikken (zie naar analogie arrest van 16 juni 2011, Stichting de Thuis kopie, C-462/09, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 23).

102 Een dergelijke beoordelingsmarge strookt immers om te beginnen met de gedachte dat elke lidstaat het best in staat is om in het licht van zijn specifieke historische, juridische, economische of sociale overwegingen de vereisten van openbare veiligheid te bepalen (zie naar analogie arrest van 16 december 2008, Michaniki, C-213/07, Jurispr. blz. I-9999, punt 56).

103 Voorts sluit die beoordelingsmarge aan bij de rechtspraak van het Hof volgens welke, bij gebreke van voldoende nauwkeurige criteria in een richtlijn om de daaruit voortvloeiende verplichtingen af te bakenen, de lidstaten op hun grondgebied de meest relevante criteria dienen vast te stellen om de eerbiediging van deze laatste te verzekeren (zie in die zin arresten van 6 februari 2003, SENA, C-245/00, Jurispr. blz. I-1251, punt 34, en 16 oktober 2003, Commissie/België, C-433/02, Jurispr. blz. I-12191, punt 19).

104 De beoordelingsmarge waarover de lidstaten beschikken wanneer zij gebruikmaken van de in artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 bedoelde uitzondering moet echter worden uitgeoefend binnen de door het recht van de Unie opgelegde grenzen.

105 In dat verband is het in de eerste plaats vaste rechtspraak dat wanneer de nationale autoriteiten maatregelen tot uitvoering van een regeling van de Unie vaststellen, zij hun discretionaire bevoegdheid dienen uit te oefenen met inachtneming van de algemene beginselen van het recht van de Unie, waaronder het evenredigheidsbeginsel (zie onder meer arresten van 20 juni 2002, Mulligan e.a., C-313/99, Jurispr. blz. I-5719, punten 35 en 36; 25 maart 2004, Cooperativa Lattepiù e.a., C-231/00, C-303/00 en C-451/00, Jurispr. blz. I-2869, punt 57, en 14 september 2006, Slob, C-496/04, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 41).

106 Overeenkomstig dat beginsel moeten de maatregelen die de lidstaten mogen vaststellen geschikt zijn ter bereiking van het gestelde doel en niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is (arresten van 14 december 2004, Arnold André, C-434/02, Jurispr. blz. I-11825, punt 45, en Swedish Match, C-210/03, Jurispr. blz. I-11893, punt 47, en arrest van 6 december 2005, ABNA e.a., reeds aangehaald, punt 68).

107 In de tweede plaats dienen de lidstaten de beoordelingsmarge waarover zij beschikken zodanig te gebruiken dat geen afbreuk wordt gedaan aan het hoofddoel van richtlijn 2001/29, dat blijkens punt 9 van de considerans van deze laatste erin bestaat, een hoog beschermingsniveau ten gunste van onder meer de auteurs in te voeren, omdat dat van wezenlijk belang is voor scheppend werk.

108 In de derde plaats moet bij de gebruikmaking van die beoordelingsmarge rekening worden gehouden met het vereiste van rechtszekerheid voor de auteurs op het gebied van de bescherming van hun werken, als bedoeld in de punten 4, 6 en 21 van de considerans van richtlijn 2001/29. Daartoe is vereist dat het gebruik van een beschermd werk voor doeleinden van openbare veiligheid niet afhankelijk is van de wil van de gebruiker van een beschermd werk zelf (zie in die zin arrest Infopaq International, reeds aangehaald, punt 62).

109 In de vierde plaats moet artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29, doordat daarin wordt afgeweken van het in deze richtlijn vastgelegde algemene beginsel dat voor elke reproductie van een beschermd werk de toestemming van de auteursrechthebbende is vereist, volgens vaste rechtspraak eng worden uitgelegd (arresten van 29 april 2004, Kapper, C-476/01, Jurispr. blz. I-5205, punt 72, en 26 oktober 2006, Commissie/Spanje, C-36/05, Jurispr. blz. I-10313, punt 31).

110 In de vijfde plaats wordt de aan de lidstaten toekomende beoordelingsvrijheid beperkt door artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29, dat aan de invoering van de uitzondering van artikel 5, lid 3, sub e, van die richtlijn drie voorwaarden koppelt. Om te beginnen mag die uitzondering slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast, vervolgens mag zij geen afbreuk doen aan de normale exploitatie van het werk en tot slot mag zij geen ongerechtvaardigd nadeel toebrengen aan de rechtmatige belangen van de houder van het auteursrecht.

111 Gelet op al deze vereisten en preciseringen kan het een medium, zoals in casu een persuitgever, niet worden toegestaan de bescherming van de openbare veiligheid op zich te nemen. Alleen de Staat, waarvan de bevoegde autoriteiten over passende middelen en gecoördineerde structuren beschikken, is door het treffen van passende maatregelen, waaronder bij voorbeeld de verspreiding van een opsporingsbericht, in staat tot de bereiking van een dergelijk doel van algemeen belang en verantwoordelijk daarvoor.

112 Een dergelijke uitgever mag dus niet op eigen initiatief een door een auteursrecht beschermd werk gebruiken met een beroep op een doel van openbare veiligheid.

113 Aangezien de pers in een democratische samenleving en een rechtsstaat tot taak heeft, zonder andere dan de strikt noodzakelijke beperkingen het publiek te informeren, kan niet worden uitgesloten dat een persuitgever in individuele gevallen tot de bereiking van een doel van openbare veiligheid kan bijdragen door een foto van een gezochte persoon te publiceren. Wel moet het initiatief daartoe worden genomen in het kader van een beslissing of actie van de bevoegde nationale autoriteiten die ertoe strekt de openbare veiligheid te verzekeren, en in overleg en in coördinatie met die autoriteiten, om te voorkomen dat de uitvoering van de door deze laatste getroffen maatregelen wordt belemmerd. Een concrete, actuele en uitdrukkelijke oproep van de met de veiligheid belaste autoriteiten om ten behoeve van een onderzoek een foto te publiceren is echter niet noodzakelijk.

114 Het argument van verweerster dat de media zich in naam van de persvrijheid op artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 moeten kunnen beroepen zonder opsporingsbericht van de met de veiligheid belaste autoriteiten kan niet tot een andere conclusie leiden. Zoals de advocaat-generaal in punt 163 van haar conclusie heeft opgemerkt, heeft die bepaling enkel tot doel de

openbare veiligheid te beschermen en betreft zij niet de afweging tussen bescherming van de intellectuele eigendom en persvrijheid.

115 Voor het overige blijkt uit artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950, en artikel 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie dat de persvrijheid niet dient te worden uitgeoefend ter bescherming van de openbare veiligheid, maar dat de vereisten van bescherming van de openbare veiligheid een beperking op die vrijheid kunnen rechtvaardigen.

116 Gelet op een en ander moet op de derde vraag, sub a en b, worden geantwoord dat artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29, gelezen in samenhang met artikel 5, lid 5, van die richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat een medium, zoals een persuitgever, niet op eigen initiatief een door een auteursrecht beschermd werk mag gebruiken met een beroep op een doel van openbare veiligheid. Het kan echter niet worden uitgesloten dat een persuitgever in individuele gevallen tot de bereiking van een doel van openbare veiligheid kan bijdragen door een foto van een gezochte persoon te publiceren. Het initiatief daartoe moet worden genomen in het kader van een beslissing of actie van de bevoegde nationale autoriteiten die ertoe strekt de openbare veiligheid te verzekeren, en in overleg en in coördinatie met die autoriteiten, om te voorkomen dat tegen de door deze laatste getroffen maatregelen wordt gehandeld. Een concrete, actuele en uitdrukkelijke oproep van de met de veiligheid belaste autoriteiten om ten behoeve van een onderzoek een foto te publiceren is echter niet noodzakelijk.

De derde vraag, sub c

117 Gezien het antwoord op de derde vraag, sub a en b, hoeft de derde vraag, sub c, geen beantwoording.

De tweede vraag

Opmerkingen vooraf

118 Vooraf zij opgemerkt dat het Hof met de tweede vraag, sub a en b, wordt gevraagd dezelfde bepaling van het recht van de Unie, te weten artikel 5, lid 5, sub d, van richtlijn 2001/29, uit te leggen.

119 Krachtens die bepaling mogen de lidstaten voorzien in een uitzondering op het uitsluitende reproductierecht van een auteur op zijn werk 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.

120 Door die bepaling moet worden verhinderd dat het aan de auteur verleende uitsluitende reproductierecht belet dat door het citeren passages uit een reeds voor het publiek beschikbaar gesteld werk kunnen worden gepubliceerd en van commentaar of kritiek kunnen worden voorzien.

121 Vaststaat dat het werk dat in het hoofdgeding is ingeroepen een portretfoto van Natascha K. is.

122 De verwijzende rechter gaat ervan uit dat een fotografisch werk onder de toepassing van artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29 valt. Dit wordt door geen der partijen in het hoofdgeding, door geen der lidstaten die opmerkingen hebben ingediend noch door de Europese Commissie bestreden.

123 De tweede vraag, sub a en b, moet vanuit deze gezichtshoek worden beantwoord, zonder uitspraak te doen over de grond-

heid van dat uitgangspunt of over de vraag of de litigieuze foto's inderdaad zijn gebruikt om te citeren.

124 Om te beginnen moet tevens de betekenis van het begrip “mise à la disposition du public” in de Franse versie van artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29 worden verduidelijkt.

125 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat noch artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29 noch een bepaling met algemene draagwijdte van deze laatste aangeeft wat moet worden verstaan onder de Franse uitdrukking “mise à la disposition du public”. Bovendien wordt dat begrip in meerdere contexten gebruikt en wordt er niet dezelfde inhoud aan gegeven, hetgeen meer in het bijzonder uit artikel 3, lid 2, van die richtlijn blijkt.

126 In die omstandigheden moet artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29 overeenkomstig vaste rechtspraak zo veel mogelijk worden uitgelegd aan de hand van de toepasselijke volkenrechtelijke regels, inzonderheid die neergelegd in de Berner Conventie (zie arrest van 7 december 2006, SGAE, C-306/05, Jurispr. blz. I-11519, punten 35, 40 en 41, en arrest Football Association Premier League e.a., reeds aangehaald, punt 189), nu ingevolge artikel 37 van deze laatste in geval van geschillen omtrent de uitlegging van de verschillende taalversies de Franse versie gezaghebbend is.

127 Blijkens de Franse tekst van artikel 10, eerste alinea, van de Berner Conventie, dat een toepassingsgebied *ratione materiae* heeft dat vergelijkbaar is met dat van artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29, zijn – onder bepaalde voorwaarden – alleen geoorloofd aanhalingen uit een werk dat reeds op geoorloofde wijze voor het publiek toegankelijk is gemaakt.

128 In die omstandigheden moet onder de Franse uitdrukking „mise à la disposition du public” in de zin van artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29 worden verstaan het toegankelijk maken van dat werk voor het publiek. Deze uitlegging wordt overigens bevestigd, niet alleen door de uitdrukking “made available to the public”, maar ook door de uitdrukking “der Öffentlichkeit zugänglich gemacht”, die in de Engelse en de Duitse versies zowel van genoemd artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29 als van artikel 10, eerste alinea, van de Berner Conventie zonder onderscheid worden gebruikt.

De tweede vraag, sub a

129 Met de tweede vraag, sub a, wenst de verwijzende rechter in hoofdzaak te vernemen of artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29, gelezen in samenhang met artikel 5, lid 5, van die richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat het feit dat een artikel in de pers waarin een werk of ander materiaal wordt geciteerd geen door het auteursrecht beschermd werk van letterkunde is, aan toepassing van die bepaling niet in de weg staat.

130 Op dat punt moet allereerst worden opgemerkt dat artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29 een reeks voorwaarden opsomt voor toepassing ervan. Daartoe behoort niet het vereiste dat een werk of ander materiaal moet worden geciteerd in het kader van een door het auteursrecht beschermd werk van letterkunde.

[...]

137 Gelet op bovenstaande moet op de tweede vraag, sub a, worden geantwoord dat artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29, gelezen in samenhang met artikel 5, lid 5, van die richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat het feit dat een artikel in de pers waarin een werk of ander materiaal wordt geciteerd geen door het auteursrecht beschermd werk van letterkunde is, aan toepassing van die bepaling niet in de weg staat.

De tweede vraag, sub b

138 Met de tweede vraag, sub b, wenst de verwijzende rechter in hoofdzaak te vernemen of artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29, gelezen in samenhang met artikel 5, lid 5, van die richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat het feit dat bij het geciteerde werk of ander materiaal de naam van de auteur of van de uitvoerend kunstenaar niet wordt vermeld, aan toepassing van die bepaling in de weg staat.

139 Uit de bepalingen van artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29 volgt de beginselverplichting om bij citeren de bron, daaronder begrepen de naam van de auteur, te vermelden, tenzij dat onmogelijk is, met dien verstande dat het geciteerde werk of ander materiaal reeds rechtmatig toegankelijk is gemaakt voor het publiek.

140 Dienaangaande volgt uit de verwijzingsbeslissing dat verweersters in het hoofdgeding zonder nadere precisering verklaren dat zij de litigieuze foto's van een persbureau hebben gekregen.

141 Voor zover de litigieuze foto's voordat zij door verweerster in het hoofdgeding werden gebruikt in het bezit zijn geweest van een persbureau, dat ze vervolgens – volgens die verweersters – aan deze laatste heeft overgedragen, mag worden aangenomen dat dat bureau die foto's rechtmatig in bezit heeft gekregen. Er moet dan ook van worden uitgegaan dat de naam van de auteur van de litigieuze foto's bij die gelegenheid is vermeld. Bij gebreke van een dergelijke vermelding zou de terbeschikkingstelling van het publiek onrechtmatig zijn en zou bijgevolg artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29 niet van toepassing zijn.

142 Voor zover de naam van de auteur van de litigieuze foto's reeds was vermeld, was het voor de latere gebruiker van die foto's dus geenszins onmogelijk hem te vermelden overeenkomstig de in artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29 neergelegde verplichting.

143 Hierbij moet echter ook worden opgemerkt dat het hoofdgeding de bijzonderheid vertoont dat het zich afspeelt in het kader van een rechercheonderzoek waarbij de bevoegde nationale met de veiligheid belaste autoriteiten na de ontvoering van Natascha K. in 1998 een opsporingsbericht met reproductie van de litigieuze foto's hebben geplaatst.

144 Bijgevolg kan niet worden uitgesloten dat de litigieuze foto's door de nationale met de veiligheid belaste autoriteiten ter beschikking van het publiek zijn gesteld en naderhand door verweersters in het hoofdgeding zijn gebruikt.

145 Voor een dergelijke terbeschikkingstelling hoeft volgens artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29, anders dan in artikel 5, lid 3, sub d, van die richtlijn is bepaald, de naam van de auteur niet te worden vermeld.

146 Wanneer bijgevolg de oorspronkelijke gebruiker, die een beroep kan doen op voormeld artikel 5, lid 3, sub e, een beschermd werk ter beschikking stelt van het publiek zonder de naam van de auteur van dat werk te vermelden, wordt de rechtmatigheid van die handeling daardoor niet beïnvloed.

147 In casu moet worden geconstateerd dat ingeval de litigieuze foto's overeenkomstig artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 eerst ter beschikking van het publiek zijn gesteld door de bevoegde nationale met de veiligheid belaste autoriteiten en bij dat rechtmatige eerste gebruik de naam van de auteur niet is vermeld, bij later gebruik van diezelfde foto's door de pers overeenkomstig artikel 5, lid 3, sub d, van die richtlijn stellig de bron, maar niet noodzakelijkerwijs de naam van de auteur moest worden vermeld.

148 Aangezien het niet de taak van de pers is, de redenen voor die niet-vermelding te verifiëren, kan zij in een dergelijke situatie immers onmogelijk de naam van de auteur identificeren en/of vermelden, zodat zij moet worden beschouwd als vrijgesteld van de principeverplichting, de naam van de auteur te vermelden.

149 Gelet op het voorgaande moet op de tweede vraag, sub b, worden geantwoord dat artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29, gelezen in samenhang met artikel 5, lid 5, van die richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat aan de toepassing ervan de verplichting gekoppeld is dat de bron – waaronder de naam van de auteur of de uitvoerend kunstenaar – van het geciteerde werk of ander materiaal wordt vermeld. Indien die naam overeenkomstig artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 echter niet is vermeld, moet bedoelde verplichting worden geacht te zijn nageleefd indien enkel de bron is vermeld.

Kosten

Het Hof van Justitie (Derde kamer) verklaart voor recht:

- 1) Artikel 6, punt 1, van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, moet aldus worden uitgelegd dat het enkele feit dat vorderingen die tegen meerdere verweerders wegens inhoudelijk identieke inbreuken op het auteursrecht zijn ingediend, op per lidstaat verschillende nationale rechtsgrondslagen berusten, aan toepassing van die bepaling niet in de weg staat. De nationale rechter dient gelet op alle elementen van het dossier te beoordelen of er bij afzonderlijke berechting van de vorderingen gevaar bestaat voor onverenigbare beslissingen.
- 2) Artikel 6 van richtlijn 93/98/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermings-termijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten, moet aldus worden uitgelegd dat een portretfoto krachtens die bepaling 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. Wanneer is vastgesteld dat de betrokken portretfoto de hoedanigheid heeft van een werk, geniet dit een bescherming die niet geringer is dan die waarvoor ieder ander werk, een fotografisch werk daaronder begrepen, in aanmerking komt.
- 3) Artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, gelezen in samenhang met artikel 5, lid 5, van die richtlijn, moet aldus worden uitgelegd dat een medium, zoals een persuitgever, niet op eigen initiatief een door een auteursrecht beschermd werk mag gebruiken met een beroep op een doel van openbare veiligheid. Het kan echter niet worden uitgesloten dat een persuitgever in individuele gevallen tot de bereiking van een doel van openbare veiligheid kan bijdragen door een foto van een gezochte persoon te publiceren. Het initiatief daartoe moet worden genomen in het kader van een beslissing of actie van de bevoegde nationale autoriteiten die ertoe strekt de openbare veiligheid te verzekeren, en in overleg en in coördinatie met die autoriteiten, om te voorkomen dat tegen de door deze laatste getroffen maatregelen wordt gehandeld. Een concrete, actuele en uitdrukkelijke oproep van de met de veiligheid belaste autoriteiten om ten behoeve van een onderzoek een foto te publiceren is echter niet noodzakelijk.
- 4) Artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29, gelezen in samenhang met artikel 5, lid 5, van die richtlijn, moet aldus

worden uitgelegd dat het feit dat een artikel in de pers waarin een werk of ander materiaal wordt geciteerd geen door het auteursrecht beschermd werk van letterkunde is, aan toepassing van die bepaling niet in de weg staat.

5) Artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29, gelezen in samenhang met artikel 5, lid 5, van die richtlijn, moet aldus worden uitgelegd dat aan de toepassing ervan de verplichting gekoppeld is dat de bron – waaronder de naam van de auteur of de uitvoerend kunstenaar – van het geciteerde werk of ander materiaal wordt vermeld. Indien die naam overeenkomstig artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 echter niet is vermeld, moet bedoelde verplichting worden geacht te zijn nageleefd indien enkel de bron is vermeld.

Noot

M.M.M. van Echoud

In zijn *Painer*-arrest werpt het Hof van Justitie licht op de interpretatie van de auteursrechtelijke beperkingen zoals neergelegd in de Auteursrechtverordening. Ook is het de eerste keer dat het Hof van Justitie zich uitlaat over de toepassing van artikel 6 EEX-Verordening bij grensoverschrijdende auteursrechtinbreuken: de consolidatie van internationale rechtsmacht bij meerdere gedaagden. Het is de vierde zaak waarin het Hof van Justitie zich uitdrukkelijk uitlaat over het auteursrechtelijke werkbegrip, en dit laatste aspect staat in deze noot centraal. Na *Infopaq* (C-5/08), *BSA* (C-393/09) en *Football Association Premier League* (gevoegde zaken C-403/08 en C-429/08) bevestigt *Painer* nogmaals dat het ‘werk’ een Europeesrechtelijk autonoom begrip is dat voor alle lidstaten uniform moet worden uitgelegd. Het moet gaan om een eigen intellectuele schepping, waar de auteur door vrije creatieve keuzes zijn werk een persoonlijke noot geeft (en dat werk dus de vereiste persoonlijkheid van de auteur weerspiegelt). Dat lijkt materieel geen andere maatstaf dan het eigen oorspronkelijk karakter en persoonlijk stempel van de maker.

Painer werpt verder geen licht op nog openstaande vragen omtrent het Europeesrechtelijke werkbegrip: wanneer behoort een creatie nog tot het auteursrechtelijk domein? Wanneer is sprake van een verzamelwerk, van een gemeenschappelijk werk, van een collectief werk (bekend in onder meer Frankrijk)? Geldt het vereiste dat scheppingen zintuiglijk waarneembaar moeten zijn, of moeten ze vastgelegd zijn (zoals in het VK en Ierland)? In feite heeft het Hof zich tot nu toe alleen met het oorspronkelijkheidsvereiste beziggehouden, maar het werkbegrip heeft wel meer facetten dan dat.

Wat opmerkelijk is aan deze zaak is dat (net als in *Infopaq* en *Football Association*) de verwijzende rechter helemaal niet specifiek vroeg naar een interpretatie van ‘het’ auteursrechtelijke werkbegrip. In *Infopaq* ging het om de reikwijdte van het reproductierecht van artikel 2 Auteursrechtverordening en de beperking voor tijdelijke reproducties bij attenderingsdiensten gebaseerd op perspublicaties (zie de noot van K.J. Koelman, *AMI* 2009/5, nr. 20). In *Football Association* ging het o.m. om de vraag of sprake is van reproductie als tv-uitzendingen via de decoder worden ontvangen en op een televisiescherm getoond. Alleen in *BSA* (*Softwarová*) stelde de verwijzende rechter expliciet vragen over het werkbegrip, maar daar was de centrale vraag of grafische gebruikersinterfaces beschermd zijn als computerprogramma in de zin van de Softwarerichtlijn (zie de noot van A. Van Rooijen, *AMI* 2011/3, nr. 6).

In de onderhavige zaak gaat het om de vraag of sprake was van auteursrechtelijk toegestane reproductie en openbaarmaking van portretfoto's door diverse media. Fotograaf *Painer* maakte portretfoto's van Natascha K. toen zij nog op de kleuterschool zat. Na de ontvoering van het meisje in 1998 hield de politie diverse van die foto's beschikbaar voor de media, ter verspreiding in het kader van de opsporing. Twee jaar na haar verdwijning maakte een graficus

op verzoek van de vader en een journalist een fotomontage die liet zien hoe het meisje er toen ongeveer zou uitzien. De fotofit was gemaakt op basis van een foto van *Painer*; bron was de politie. Toen Natascha na acht jaar aan haar ontvoerder ontsnapte waren er geen actuele foto's van haar beschikbaar en plaatsten kranten enkele van de door *Painer* gemaakte foto's en de fotomontage, zonder haar toestemming of bronvermelding.

De publicaties leidden tot diverse procedures in kort geding, en tot deze bodemprocedure van *Painer* tegen vier Duitse uitgevers en een Oostenrijkse krant, waarin de rechter zich tot het Hof van Justitie wendt. De formulering van de vragen die de Oostenrijkse rechter stelt is ingegeven door eerdere uitspraken van het Obergerichtshof (OGH) in de kortgeding procedures. Zowel in de ‘*einstweilige Verfügung*’-zaak tussen de fotograaf en een uitgever, en in die tussen de fotograaf en een graficus die een fotomontage had gemaakt op basis van een van de door *Painer* genomen portretfoto's, oordeelde het OGH dat de foto-fit geen inbreukmakende bewerking is (zaak-nrs. 4Ob170/07i en 4Ob102/08s, zie ook KG tegen eisers in 4Ob13/10f, te vinden op: <http://www.ris.bka.gv.at/Judikatur/>).

Foto als werk

Painer stelde dat de fotofit een inbreukmakende bewerking was, de graficus en de uitgevers stelden dat het om een nieuw werk ging dat geen inbreuk maakte. Het OGH overwoog onder meer dat voor bescherming als fotografisch werk (*‘Lichtbildwerk’*) geringe individualiteit volstaat. Vooral de door de fotograaf gekozen houding van het hoofd en de handen gaven de afbeelding in dit geval een graad van individualiteit die het van andere portretfoto's onderscheidt. De individualiteit is echter zeer gering, en daarom is de beschermingsomvang die de foto toekomt verhoudingsgewijs beperkt. Bij een portretfoto zijn de vormgevingsmogelijkheden van meet af aan beperkt, dus is de auteursrechtelijke bescherming navenant beperkt. Bij de vraag of in een bepaald geval sprake is van vrij gebruik geldt in het algemeen dat hoe sterker de individualiteit van het bronwerk is, hoe verder een daarop gebaseerd werk zich ervan moet verwijderen om niet als ontoelaatbare bewerking te gelden, en omgekeerd. In Nederland zou de rechter een vergelijkbare toets toepassen om te beoordelen of sprake is van een bewerking in de zin van artikel 13 Aw: ‘iedere geheele of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigden vorm, welke niet als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt.’

Met deze uitspraken in het achterhoofd, vroeg de verwijzende rechter: ‘Moeten artikel 1, lid 1, juncto artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 en artikel 12 van de Berner Conventie [...] aldus worden uitgelegd, dat fotografische werken en/of foto's, in het bijzonder portretfoto's, een “zwakkere” of in het geheel geen auteursrechtelijke bescherming tegen bewerkingen genieten omdat zij als “realistische opname” te weinig vormgevingsmogelijkheden bieden?’

Opvallend is dus dat de verwijzende rechter niet direct om uitleg vraagt van het reproductierecht en openbaarmakingsrecht van artikel 2 en 3 Auteursrechtverordening. Hij zoekt het in artikel 1 (dat het bereik van richtlijn aangeeft), in de driestappen toets van artikel 5 lid 5, en in het voorschrift van de BC dat bepaalt dat de minimum bescherming voor buitenlandse auteurs en werken ook het uitsluitende recht op bewerkingen omvat. Waarom dat laatste artikel relevant zou zijn in een zaak waarin voor de Oostenrijkse rechter een Oostenrijkse onderdaan zich beroept op haar Oostenrijkse auteursrecht is mij overigens niet duidelijk geworden.

Het Hof herformuleert die vraag vervolgens (in navolging van de Advocaat-Generaal) zo:

[...] of artikel 6 van richtlijn 93/98 aldus moet worden uitgelegd dat een portretfoto krachtens die bepaling in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming en, zo ja, of die bescherming gezien de beweerdelijk te geringe vormgevingsmogelijkheden die dergelijke foto's kunnen bieden, meer in het bijzonder op het gebied van de in artikel

2, sub a, van richtlijn 2001/29 neergelegde regeling voor de reproductie van het werk, minder ver gaat dan die van andere werken, waaronder foto's. (r.o. 86)

De Duurrichtlijn bevat in artikel 6 een speciale regel voor fotografie omdat in diverse landen, waaronder Oostenrijk, een dubbel regime voor foto's bestaat. Ze kunnen als fotografisch werk beschermd zijn ('Lichtbildwerk') en daarnaast als foto ('Lichtbild'). De bescherming voor een Lichtbild komt toe aan de maker van een foto zonder eigen karakter, puur op basis van de technische 'prestatie.' Het is een naburig recht van kortere duur dan normaal auteursrecht, hoewel de termijn bij implementatie van de duurrichtlijn is verhoogd van 30 naar 50 jaar. In de praktijk heeft de Lichtbild bescherming aan belang verloren omdat de oorspronkelijkheidseisen die in het Oostenrijkse (en Duitse) recht aan foto's als werk worden gesteld zijn verlaagd. Vroeger moesten foto's van bovengemiddelde individualiteit getuigen om als werk beschermd te zijn.

De Europese Commissie en het Parlement (toen nog in een louter adviserende rol) waren niet van plan om in de Duurrichtlijn te bepalen aan welke eisen een foto moet voldoen om als werk te gelden. Het speciale artikel over foto's in de ontwerp-richtlijn van 1992 was bedoeld om aan te geven dat alleen de duur voor fotografische werken geharmoniseerd werd (dus voor Lichtbildwerke, niet voor Lichtbilder), en wel volgens de hoofdregel van 70 jaar *pma*, terwijl het lidstaten vrijstond de beschermingstermijn te bepalen voor eventuele naburige rechten op foto's (zie art. 3 richtlijnvoorstel en toelichting daarop, COM (92) 33 def, p. 36).

Uiteindelijk werd in de Raad besloten tot het huidige artikel 6, dat wel nader bepaalt wanneer een foto als auteursrechtelijk beschermd werk heeft te gelden: is een foto een 'eigen intellectuele schepping' van de auteur, dan is het een werk waarvoor de standaard auteursrechtelijke beschermingsduur geldt. Voor andere foto's is niets geharmoniseerd. De nieuwe Europese standaard werd over het algemeen als lager gezien dan de Oostenrijkse, maar zoals uit bovenstaande overwegingen van het OGH blijkt, is vandaag de dag het originaliteitsvereiste laag. Onduidelijk bleef of de standaard van artikel 6 Duurrichtlijn dezelfde is als die van het oudere artikel 1 lid 3 Software-richtlijn en het jongere artikel 3 lid 1 Databankrichtlijn. Het Hof werpt daarop in deze uitspraak geen nader licht, maar uit *Infopaq* zou men kunnen opmaken dat het om dezelfde standaard gaat.

Het zal niet verbazen dat het Hof op de geherformuleerde deelvragen antwoordt 'ja,' een portretfoto is een werk mits het gaat om een eigen intellectuele schepping (r.o. 87), en 'nee,' de bescherming voor portretfoto's gaat niet minder ver dan voor andere werken (r.o. 95-99). Maar het punt is natuurlijk ook niet dat er in abstracto reproductierechten in verschillende gradaties zouden bestaan, sterker voor zeer oorspronkelijke werken, minder sterke voor zwakkere werken. Dat is dunkt me ook niet wat het OGH bedoelde te zeggen. Waar het om gaat is dat bij de inbreukvraag in het concrete geval wel van belang is hoe origineel een werk is, omdat alleen de overname van auteursrechtelijk beschermde trekken telt. Dat zegt het Hof in *Infopaq* ook met zoveel woorden: (r.o. 48) 'de weergave van een fragment uit een beschermd werk [...] [kan] een gedeeltelijke reproductie [...] vormen indien [...] een dergelijk fragment een bestanddeel van het werk omvat dat als dusdanig uitdrukking geeft aan de eigen intellectuele schepping van de auteur.'

Het Hof verwijst wel naar *Infopaq*, maar alleen om in herinnering te brengen dat werken in de zin van de Auteursrecht-richtlijn eigen intellectuele scheppingen moeten zijn. Daaraan voegt het dan nog verwijzingen toe naar *Football Association* en naar considerans 17 van de Duurrichtlijn. Samen komt het Hof dan tot het vereiste dat sprake is van een werk 'als 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.' Net als het OGH

deed, constateert het Hof dat ook een portretfoto bepaalde vrije keuzes heeft, onder meer ten aanzien van inscenering, pose, belichting, sfeer, uitsnede en nabewerking.

Kortom, de portretfoto als genre is niet minder werkwaardig dan andere creaties. Maar daarmee is de vraag nog niet beantwoord welke inbreuktoets aangelegd moet worden. Daarover rept het Hof helaas met geen woord. Speelt hier mee dat artikel 2 Auteursrecht-richtlijn niet expliciet ook het recht op bewerkingen schaaft onder het reproductierecht? Voor Nederlandse juristen, gewend als we zijn aan het ruime veeelvoudigingsrecht, ligt het misschien voor de hand om onder de 'directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook' elke bewerking te scharen. Maar in andere landen is het bewerkingsrecht een zelfstandige categorie naast het recht om 'copies' te maken (bijv. het 'adaptation right' van art. 21 van de Britse *Copyright Designs and Patents Act 1988*). In de toelichting op het richtlijnvoorstel is niets te vinden over bewerkingen. Elders heb ik dan ook betwijfeld of er wel een algemeen geharmoniseerd bewerkingsrecht bestaat (voor computerprogramma's en databanken is dit anders); zie M.M.M. van Echoud e.a., *Harmonizing European Copyright Law*, Deventer: Kluwer 2009.

Openbare veiligheid en citaatrecht

Het Hof legt wel de beperking voor gebruik in het kader van openbare veiligheid uit (bij ons geïmplementeerd in art. 22 Aw). De lidstaten komt een ruime marge toe om te bepalen wanneer gebruik in het belang van de openbare veiligheid is. Maar dat is enkel theorie. Zo lijkt het tenminste als de vijf cumulatief beperkende voorwaarden in acht worden genomen: (1) de invulling door de lidstaat moet voldoen aan eisen van subsidiariteit en proportionaliteit, (2) uitgaan van een hoog beschermingsniveau voor de auteur, (3) rechtszekerheid voor auteursrechthebbers voorop stellen, (4) beperking eng uitleggen. En als klap op de vuurpijl is er dan natuurlijk nog (5) de driestappentoets, waarvan je redelijkerwijs zou kunnen zeggen dat die in ieder geval al de eisen 1, 3 en 4 afdekt.

Aan de openbare veiligheid exceptie geeft het Hof ook nog nader invulling door te bepalen dat de pers er niet zelfstandig een beroep op toekomt. Alleen als de overheid het initiatief neemt om bijvoorbeeld een foto van een verdachte te verspreiden kan de pers daaraan onder de vlag van artikel 5(3) sub e meewerken door de foto te publiceren. Daarbij geldt dan ook nog eens dat de pers moet handelen 'in overleg en in coördinatie met die autoriteiten, om te voorkomen dat tegen de door deze laatste getroffen maatregelen wordt gehandeld.' Waarom het Hof in het kader van de uitleg van *communautaire auteursrecht* het nodig vindt om een overleg- en coördinatieplicht aan media op te leggen is mij een raadsel. Het zou interessant zijn om te zien hoe het EHRM hier in het licht van de persvrijheid tegenaan kijkt.

Een andere vraag is of de zelfde 'vrije' ruimte geldt ten aanzien van de tweede tak van de bepaling, namelijk het gebruik in het belang van juridische procedures en de berichtgeving daarover. Komt de pers hier überhaupt nog aan te pas buiten bijvoorbeeld het op rechterlijk bevel plaatsen van rectificaties? De tijd zal het leren, maar de zeer enge uitleg die het Hof geeft doet het ergste vrezen.

Het Hof krijgt grijpt ook nog de kans zich uit te laten over de relatie tussen de openbare veiligheidsexceptie en het citaatrecht (art. 5(3) sub d ARI). Om een beroep te kunnen doen op het citaatrecht is onder meer vereist dat het gaat om een werk of ander materiaal 'dat reeds op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld [...]' (vgl. art. 15a Aw). Is van dat laatste sprake als een werk is verspreid met een beroep op de openbare veiligheidsexceptie, dus zonder toestemming van de auteur? Volgens het Hof wel, bijvoorbeeld als de politie een opsporingsbericht met reproductie van foto's laat plaatsen.

Bij het verspreiden van werken op grond van de openbare veiligheidsbepaling wordt niet de eis gesteld dat de naam van de auteur wordt vermeld. Gebeurt dat niet, en wordt er vervolgens uit het werk geciteerd binnen de grenzen van het citaatrecht van art. 5(3) sub d, dan kan degene die citeert volstaan met bronvermelding.

Internationale rechtsmacht

De eerste vraag die het Hof beantwoordde was er een van internationale rechtsmacht. Kon Painer een inbreukzaak beginnen tegen een Oostenrijkse krant, en dan met een beroep op artikel 6(1) EEX-Verordening vier Duitse uitgevers die ook foto's van haar hadden gepubliceerd (in kranten met voornamelijk of zelfs uitsluitend verspreiding in Duitsland) in die zaak betrekken omdat het vorderingen betreft die zodanig nauw samenhangen dat 'een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven'? Of kwam de Oostenrijkse rechter geen rechtsmacht toe op deze grond? In het veelbekritiseerde *Roche/Primus*-arrest oordeelde het Hof nog dat een octrooihouder niet met een beroep op artikel 6 meerdere concernonderdelen uit verschillende designatielanden kon oproepen wegens parallelle inbreuken op een Europees octrooi. De uitspraak van het Hof in *Painer* is op dit punt verrassend omdat het de beperkte toepassing in *Roche* lijkt te verlaten. Het voert te ver om daarop in deze noot in detail in te gaan. Zie over de kennelijke omslag mijn commentaar op de 'Conflict of laws' blog (<http://bit.ly/HzGOTg>).

Nr. 7 Infopaq 2

Hof van Justitie van de Europese Unie 17 januari 2012 (beschikking)

zaak C-302/10

(K. Lenaerts, J. Malenovský (rapporteur), E. Juhász, G. Arestis en T. von Danwitz, advocaat-generaal: V. Trstenjak, griffier: A. Calot Escobar)

In het kader van een data-captureprocedé verrichte tijdelijke reproductiehandelingen kunnen voldoen aan de voorwaarden van artikel 5 lid 1 van de Auteursrechtrichtlijn.

In zaak C-302/10, betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Højesteret (Denemarken) bij beslissing van 16 juni 2010, ingekomen bij het Hof op 18 juni 2010, in de procedure

Infopaq International A/S

tegen

Danske Dagblades Forening

geeft HET HOF (Derde kamer), [...]

de navolgende Beschikking

[...]

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

8 Infopaq is actief op het gebied van mediamonitoring en -analyse, hetgeen hoofdzakelijk het maken van samenvattingen van artikelen uit Deense dagbladen en diverse tijdschriften omvat. De artikelen worden gekozen op basis van de door de klanten gekozen topics en de selectie gebeurt door middel van een zogenoemd "data-captureprocedé". De samenvattingen worden per e-mail aan de klanten toegezonden.

9 DDF is een beroepsorganisatie van Deense dagbladen die onder meer tot taak heeft, haar leden bij te staan in auteursrechtelijke kwesties.

10 In 2005 vernam DDF dat Infopaq voor commerciële doeleinden artikelen uit publicaties verwerkte zonder de toestemming van de houders van het auteursrecht op deze artikelen. Omdat DDF van mening was dat deze toestemming was vereist voor de verwerking van artikelen volgens dit procedé, heeft zij Infopaq haar standpunt meegedeeld.

11 "Data capture" omvat de volgende vijf stappen die volgens DDF leiden tot vier handelingen waarbij persartikelen worden gereproduceerd.

12 Ten eerste worden de betrokken publicaties door medewerkers van Infopaq handmatig ingevoerd in een elektronische database.

13 Ten tweede worden deze publicaties gescand, nadat de rug ervan is verwijderd zodat er sprake is van losse vellen. Voordat een publicatie in de scanner wordt ingevoerd, wordt door raadpleging van de database vastgesteld welk deel dient te worden gescand. Op deze wijze wordt elke pagina van de publicatie in een TIFF ("Tagged Image File Format")-bestand ingevoerd. Daarna wordt het TIFF-bestand opgeslagen op een OCR ("Optical Character Recognition")-server.

14 Ten derde converteert deze OCR-server het TIFF-bestand in digitaal doorzoekbare gegevens. Tijdens deze conversie wordt de grafische weergave van elke letter omgezet in een digitale code, die aan de computer duidelijk maakt om welke letter het gaat. Zo wordt de grafische weergave van de letters "TDC" omgezet in informatie die de computer als de letters "TDC" kan verwerken en kan converteren in een tekstbestand dat voor de computer leesbaar is. Deze gegevens worden opgeslagen in een tekstbestand dat elk willekeurig tekstverwerkingsprogramma kan lezen (hierna: "tekstbestand"). Na dit OCR-procedé wordt het TIFF-bestand gewist.

15 Ten vierde wordt in het tekstbestand gezocht naar vooraf gedefinieerde zoektermen. Telkens wanneer een zoekactie resultaten oplevert, wordt een bestand aangemaakt met de titel, het onderdeel en de bladzijde van de publicatie waarin de zoekterm werd aangetroffen, en met een percentage, van 0 tot 100, dat aangeeft op welke plaats in de tekst deze zoekterm terug te vinden is, zodat het artikel vlotter door te lezen is. Om bij het doorlezen van het artikel de zoekterm nog gemakkelijker te kunnen terugvinden, wordt de zoekterm vermeld met de vijf woorden ervoor en de vijf woorden erna (hierna: "fragment van elf woorden"). Daarna wordt het tekstbestand gewist.

16 Ten vijfde wordt ter afsluiting van het data-captureprocedé voor elke bladzijde van de publicatie waarin de zoekterm is aangetroffen, een follow-upbestand aangemaakt, dat er als volgt kan uitzien:

4 november 2005 - Dagbladet Arbejderen, bladzijde 3:

TDC: 73 %, 'toekomstige verkoop van de groep TDC, die naar verwachting wordt overgenomen'.

17 Infopaq heeft betwist dat voor deze activiteit de toestemming is vereist van de auteursrechthebbenden. Zij heeft de zaak bij het Østre Landsret aanhangig gemaakt en gevorderd dat DDF wordt gelast te erkennen dat Infopaq het recht heeft bovengenoemd procedé toe te passen zonder de toestemming van deze beroepsorganisatie of van haar leden. Nadat het Østre Landsret deze vordering had afgewezen, heeft Infopaq hoger beroep ingesteld bij de verwijzende rechter.