

Harmonisatie van auteursrechtelijke exploitatiebegrippen door Europees Hof afgerond

Met de recente arresten Donner¹ en SAS Institute/World Programming² geeft het Europese Hof zichzelf een eigen ‘lente’-akkoord om de auteursrechtelijke kernbegrippen - de uitsluitende rechten die aan de auteur toekomen - vervolmaakt te harmoniseren. Eerder was al sprake van een harmonisatieslag op de begrippen ‘mededeling aan het publiek’ en ‘distributie’. Daar worden nu aan toegevoegd de toerekening van de handelingsketen aan de handelaar in het kader van distributie en de uitbreiding van het recht op ‘reproductie’.

1. Harmonisatie werkbegrip

Het begint bij de Europese harmonisatie van het werkbegrip in onder meer de arresten Infopaq,³ Softwarová,⁴ Premier League,⁵ Painer⁶ en Dataco.⁷ Uit deze arresten volgt dat auteursrecht slechts kan gelden met betrekking tot materiaal dat oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan. Het gaat om de scheppende en creatieve arbeid die uitdrukking vormen van de persoonlijkheid van de maker. Hij (of zij) heeft alsdan creatieve bekwaamheden tot uiting kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzes (het werk een ‘persoonlijke noot’ gegeven). Gegeven de creatieve vrijheid van de auteur, wordt dit door het Hof ook wel originaliteit of oorspronkelijkheid genoemd. Is er geen ruimte voor die vrijheid of kan via het materiaal onmogelijk uitdrukking daaraan worden gegeven, dan is er geen werk. Met deze begrippen wordt al gewerkt in de Nederlandse rechtspraak.⁸ Over de beschermingsomvang van werken is in de literatuur ook al het nodige gezegd.⁹

2. Inhoud van het auteursrecht in de Auteurswet

Uit de Auteurswet zijn de uitsluitende exploitatierechten die de rechthebbende heeft traditioneel te kennen, namelijk het recht op openbaar maken en verveelvoudigen (art. 12 Aw resp. art 13 Aw).

Openbaar maken

Openbaar maken omvat verschillende handelingen, die met elkaar gemeen hebben dat het werk op de een of andere manier ter beschikking van een publiek wordt gesteld.¹⁰ Daarbij wordt ook wel een onderscheid gemaakt tussen materiële en immateriële openbaarmaking, kort gezegd het verspreiden c.q. in het verkeer brengen van exemplaren van het werk

¹ HvJ EU 21 juni 2011, zaak C-5/11 (Donner).

² HvJ EU 2 mei 2012, zaak C-406/10 (SAS Institute/World Programming).

³ HvJ EG 16 juli 2009, zaak C-5/08 (Infopaq), met name r.o. 33-37/40 en 45, NJ 2011/488, m.nt. Hugenholtz, AMI 2009, p. 198-205, m.nt. Koelman, IER 2009, p. 318-326, m.nt. Grosheide, NTER 2009/10, p. 355 m.nt. Speyart.

⁴ HvJ EU 22 december 2010, zaak C-393/09 (Softwarová), i.h.b. r.o. 44-51, AMI 2010, p. 95-101, m.nt. Van Rooijen.

⁵ HvJ EU 4 oktober 2011, zaken C-403/08 en C-429/08 (Premier League), i.h.b. r.o. 96-99, AMI 2012, p. 13-24, m.nt. Grosheide; IER 2012/26, m.nt. de Cock Buning en m.nt. Speyart.

⁶ HvJ EU 1 december 2011, zaak C-145/10 (Painer), i.h.b. r.o. 85-94, AMI 2012, p. 66-75, m.nt. Van Eechoud, IER 2012, p. 143-162, m.nt. Schaafsma en m.nt. Geerts, CR 2012/10 m.nt. Van Loon.

⁷ HvJ EU 1 maart 2012, zaak C-604/10 (Dataco), i.h.b. r.o. 31 en 39-45, CR 2012/78, m.nt. Peijnenburg.

⁸ Een voorbeeld daarvan is de recente Jenga-uitspraak: Rb. Den Haag 18 april 2012, LJN: BW3624 (Jenga), r.o. 3.5 (inclusief uitgebreid voetnootapparaat).

⁹ Zie de noten onder de hiervoor en hierna genoemde arresten en bijvoorbeeld ook Visser in de NJB-kroniek Intellectuele eigendom, NJB 2012/15, p. 1046-1049.

¹⁰ Zie Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht (2005), p. 177. e.v. (Hoofdstuk IV).

respectievelijk het in staat stellen van het publiek een werk te horen of te zien zonder dat het daartoe de beschikking krijgt over stoffelijke exemplaren.

Verveelvoudigen

Waar de Auteurswet het verveelvoudigingsrecht toekent aan de rechthebbende, heeft dat begrip traditioneel grosso modo twee betekenissen: enerzijds het vervaardigen van één of meer stoffelijke exemplaren waarin het werk is vastgelegd, anderzijds het bewerken van het onstoffelijke werk.¹¹

3. Harmonisatie inhoud van het auteursrecht in de Auteursrechtlijn

De traditionele betekenissen van openbaarmaking en verveelvoudiging uit de Auteurswet kunnen (bijna) helemaal de prullenbak in: sinds de afgeronde harmonisatie van de auteursrechtelijke exploitatiebegrippen door het Hof heten bewerken en verveelvoudigen gezamenlijk ‘reproductie’ en bestaat openbaar maken uit twee rechten: ‘mededeling aan het publiek’ en ‘distributie’.

Mededeling aan het publiek en distributierecht

De harmonisatieslag van het Europese Hof op de exploitatiebegrippen begon met name bij het openbaarmakingsbegrip zoals bekend uit de Auteurswet. De Auteursrechtlijn¹² en de daaraan verwante richtlijnen en verdragen¹³ kennen de rechthebbende twee soorten rechten toe: de mededeling aan het publiek (art. 3 ArRI) en het recht op distributie (art. 4 ArRI).

Mededeling aan het publiek

Art. 3 ArRI ziet op een bepaalde vorm van het immaterieel openbaar maken, namelijk: de mededeling (doorgifte of wederdoorgifte) aan een nieuw publiek, dat wil zeggen een publiek waarmee de auteur van het beschermde werk geen rekening hield toen er toestemming werd gegeven voor het gebruik ervan voor de mededeling aan het oorspronkelijke publiek,¹⁴ welk publiek niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig is.¹⁵ Is er wel direct fysiek contact met het publiek, zoals een rechtstreeks verrichte mededeling van een werk dat wordt opgevoerd op een voor het publiek toegankelijke plaats, ongeacht de wijze van openbare uitvoering of rechtstreekse opvoering van het werk, dan is er geen mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 ArRI.¹⁶ Slechts dergelijke handelingen die géén terbeschikkingstelling zijn ex art. 3 ArRI doch wel onder art. 12 Aw vallen, kunnen mogelijk nog als openbaarmaking hier te lande worden gekwalificeerd.¹⁷ Wat er verder ook zij van de redeneringen hierachter¹⁸ en de betekenis van de begrippen nieuw publiek, de hoegrootheid en samenstelling daarvan en de (ir)relevantie van het winst oogmerk,¹⁹ deze begrippen spelen nu

¹¹ Spoor/Verkade/Visser, a.w. p. 156.

¹² 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 (ArRI).

¹³ Zoals bijvoorbeeld Richtlijn 2006/115 en 92/100/EG (Verhuurrichtlijn) en het WPPT-verdrag uit 1996.

¹⁴ Premier League-arrest, r.o. 197-199 en HvJ EG 7 december 2006, zaak C-306/05 (SGAE/Rafael Hoteles), i.h.b. r.o. 40-42 en 83-84, AMI 2007, p. 45-50 m.nt. Koelman, Mediaforum, 2007, p. 56-62, m.nt. Visser.

¹⁵ Premier League-arrest, r.o. 200-203 en SGAE/Rafael Hoteles-arrest, r.o. 40-41, onder verwijzing naar de considerans nr. 23 van de ArRI.

¹⁶ HvJ EU 24 november 2011, zaak C-283/10 (Circus Globus), AMI 2012, p. 25-27, m.nt. Koelman.

¹⁷ Denk aan de voordracht, op- of uitvoering voor een publiek zoals bedoeld in art. 12 lid 1 4° Aw.

¹⁸ Zie de noot van Hugenholtz onder het Premier League-arrest, NJ 2012/164.

¹⁹ HvJ EU 15 maart 2012, zaak C-135/10 (SCF/Del Corso), r.o. 81-88, AMI 2012, p. 102-106, en zaak C-162/10 (Phonographic Ireland), AMI 2012, p. 107-113, beide m.nt. Visser en van zijn hand ‘Het is lente in ogen van de Turijnse tandartsassistent’, IEF 11056. Zie ook de noot van Seignette in IER 2012/27 onder HvJ EU 13 oktober

een doorslaggevende betekenis bij de uitlegging van het begrip ‘mededeling aan het publiek’. Vele handelingen die voorheen traditioneel onder het (immateriële) openbaarmakingsbegrip uit de Auteurswet vielen, moet nu worden gezien in dit licht. Zodoende heeft het Hof gezorgd voor een vergaande harmonisatie.

Distributierecht

De distributie van werken onder het publiek of kopieën daarvan is een volgens art. 4 ArRI een aan de auteur toekomend uitsluitend recht. Het Hof heeft in het Peek & Cloppenburg-arrest een eerste stap gezet in de harmonisatie van dit materiële openbaarmakingsbegrip.²⁰ Het Hof oordeelt daarin dat distributie ‘door verkoop of anderszins’ in de zin van art. 4 ArRI moet worden uitgelegd als een vorm van distributie die een eigendomsoverdracht moet impliceren. Van distributie is volgens het arrest uitsluitend sprake wanneer er een eigendomsoverdracht van de zaak plaatsvindt. Als een dergelijke vorm van distributie kwalificeert noch de situatie waarin het publiek de mogelijkheid is geboden om reproducties van een auteursrechtelijk beschermd werk te gebruiken, noch de tentoonstelling ten behoeve van het publiek van deze reproducties zonder dat de mogelijkheid wordt geboden om deze te gebruiken.

In het Donner-arrest oordeelt het Hof dat distributie onder het publiek bestaat uit *‘een reeks handelingen die in ieder geval gaat van de sluiting van een verkoopovereenkomst tot de uitvoering ervan door levering aan een lid van het publiek. Bij een grensoverschrijdende verkoop kunnen handelingen die leiden tot „distributie onder het publiek” in de zin van artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/29, in verschillende lidstaten plaatsvinden. Een dergelijke transactie kan dan ook in verschillende lidstaten afbreuk doen aan het uitsluitende recht om elke vorm van distributie onder het publiek toe te staan of te verbieden’*.²¹ Ook de handelingen die door de handelaar ingeschakelde derden worden verricht (!) kunnen onder omstandigheden aan hem worden toegerekend (bij de kwalificatie van de distributiehandelingen van de handelaar), aldus r.o. 27: *‘Een handelaar is dus aansprakelijk voor elke door hemzelf of voor zijn rekening verrichte handeling die leidt tot „distributie onder het publiek” in een lidstaat waar de verspreide goederen auteursrechtelijk worden beschermd. Daarnaast kan de handelaar ook aansprakelijk worden gesteld voor dergelijke handelingen van een derde wanneer hij zich specifiek richtte op het publiek in de lidstaat van bestemming en hij niet onkundig kon zijn van de gedragingen van deze derde’*. Met de introductie van deze laatste omstandigheden harmoniseert het Hof het begrip distributie nog verder. Dat is ook nodig – zeker in gevallen van internetverkoop waarbij auteursrechtelijke werken of kopieën worden verkocht – omdat eigendomsoverdracht van producten vaak pas bij (af)levering aan een lid van het publiek plaatsvindt. Zo behoudt het Hof de uitlegging van het begrip ‘distributie’ voor zichzelf.

Reproductierecht

Het sluitstuk van de harmonisatie door het Hof van de uitsluitende reproductierechten van de auteur begint bij het Infopaq-arrest.²²

2011, zaken C-431/09 en 432/09 (Airfield), i.h.b. r.o. 72 e.v. Zie voorts Alkema: ‘Eén openbaarmaking, tweemaal toestemming? Noot bij HvJ EU, 13 oktober 2011’, B9 10272.

²⁰ HvJ EG 17 april 2008, zaak C-456/06 (Peek & Cloppenburg), r.o. 29 e.v. i.h.b. r.o. 33, AMI 2009, p. 147-152, m.nt. Quaedvlieg.

²¹ Donner-arrest, r.o. 26.

²² Infopaq-arrest, r.o. 47 e.v. dat uitgaat van een ruime uitlegging van de omvang van het reproductierecht.

Reproductie – ‘kopiëren’

Sedert het Infopaq-arrest is bekend dat de ArRI bepaalt welke handelingen in ieder geval onder het reproductierecht van de rechthebbende vallen. In die casus gaat het over een procedé waarbij delen van de digitaal verwerkte artikelen worden gereproduceerd, aangezien een fragment van elf woorden in het computergeheugen wordt opgeslagen en deze elf woorden op papier worden geprint. Het arrest maakt duidelijk dat de bescherming van het recht van de auteur om reproductie toe te staan of te verbieden een ‘werk’ betreft (zie hiervoor § 1) en voorts dat het (gedeeltelijke) reproductierecht ex art. 2 sub a ArRI slechts geldt met betrekking tot materiaal dat oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan. Er is kort gezegd een reproductie zodra datgene wat wordt gekopieerd auteursrechtelijk beschermd is (r.o. 39 en 47 van het Infopaq-arrest).

Reproductie – ‘bewerken’

Het Hof heeft op 2 mei 2012 volgens mij de laatste harmonisatieslag gemaakt voor reproductiehandelingen. Waar na het Infopaq-arrest mogelijk nog aan twijfel onderhevig kon zijn of handelingen die traditioneel als bewerkingen onder het verveelvoudigingsrecht van de auteur vallen ook reproductiehandelingen zijn,²³ is na het SAS Institute/World Programming-arrest die twijfel bij mij weggenomen: dit zijn *de jure* reproductiehandelingen ex art. 2 ArRI. In dat arrest is de (door het Hof zoals te doen gebruikelijk: geherformuleerde) voorliggende prejudiciële vraag of *‘de reproductie in een computerprogramma of in een gebruikshandleiding voor dit programma van bepaalde elementen die in de handleiding van een ander – auteursrechtelijk beschermd – computerprogramma zijn beschreven, een inbreuk op het auteursrecht op laatstgenoemde handleiding vormt.’*²⁴

Nadat het Europese Hof uitlegt dat afzonderlijk beschouwd trefwoorden, syntaxen, opdrachten of combinaties, opties, standaardinstellingen en herhalingen uit woorden, cijfers of wiskundige concepten als dusdanig geen intellectuele schepping zijn (r.o. 66), overweegt het vervolgens over de reproductie van de gebruikshandleiding:

‘ 67. Enkel via de keuze, de schikking en de combinatie van deze woorden, cijfers of wiskundige concepten kan de auteur op een originele wijze uitdrukking aan zijn creatieve geest geven en tot een resultaat – de gebruikshandleiding van het computerprogramma – komen dat een intellectuele schepping vormt (zie in dit zin arrest Infopaq International, reeds aangehaald, punt 45).

68. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of de reproductie van deze elementen neerkomt op het reproduceren van de uitdrukking van de eigen intellectuele schepping van de auteur van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde gebruikshandleiding voor het computerprogramma.

69. In dit verband dient de reproductie van deze elementen van de gebruikshandleiding voor een computerprogramma op dezelfde wijze aan richtlijn 2001/29 te worden getoetst, of het nu om de ontwikkeling van een tweede programma dan wel om de gebruikshandleiding voor dit programma gaat.’

Deze overwegingen zien mijn inziens op aspecten die traditioneel onder de Auteurswet bij de beoordeling opkomen of het overgenomen werk een bewerking is van het origineel. Telkens moet beoordeeld worden of de reproductie de uitdrukking vormt van de eigen intellectuele schepping van de auteur. R.o. 69 (maar ook r.o. 70) sterkt mij in de opvatting dat onder het begrip ‘reproductie’ ook handelingen vallen die traditioneel als bewerkingshandelingen worden getypeerd onder de Auteurswet, mede omdat het Hof mijn inziens expliciet bevestigt

²³ Als ik het goed heb, gaat het in het Infopaq-arrest om een één-op-één kopie.

²⁴ SAS Institute/World Programming-arrest, r.o. 63.

dat bij de toetsing of inbreuk is gemaakt op een gebruikshandleiding niet alleen naar de andere handleiding mag worden gekeken, maar ook naar (zo zal het bedoeld zijn:) het op basis daarvan ontwikkelde programma zelf. Dit zijn bewerkingsvragen *pur sang*. Ook de aard van de prejudiciële vraag ziet daar in wezen op. Echter, *de jure* heet het voortaan of het gereproduceerde neerkomt op of uitdrukking vormt van de eigen intellectuele schepping van de auteur. Zo ja, dan is sprake van een ‘reproductie’ die uitsluitend aan de auteursrechtelijke is voorbehouden.

Ontlening?

De constellatie van het Europees Hof voor wat betreft het reproductierecht roept *au fond* de vraag op of er nog ruimte is voor het begrip ontlening bij de beoordeling van reproducties. Mogelijk haalt het Europese Hof dat naar voren door het te plaatsen in de sleutel van het werkbegrip: materiaal is pas beschermd als het om een ‘eigen’ intellectuele schepping gaat (dus niet ontleend). Doch zodra de reproductie uitdrukking geeft aan dat eigene is er inbreuk volgens het Hof, dus ook bij de inbreuk-vraag speelt ontlening een rol. Zo bezien brengt de beantwoording van de inbreukvraag meteen een oordeel met zich over de auteursrechtelijke beschermenswaardigheid van (de elementen van) het eisende werk, iets waarvoor ik me eerder voor heb uitgesproken.²⁵

Ik ben hiervoor overigens niet ingegaan op de harmonisatieslag die het Hof ook ten aanzien van de beperkingen heeft ingezet.²⁶ Daar is het Hof nog (lang) niet klaar mee.

4. Conclusie

Eén ding is in mijn optiek helder: in nagenoeg alle gevallen moet bij beoordeling van de inbreuk op de uitsluitende rechten van de auteur, of de afbreuk daarvan, de recente rechtspraak van het Europese Hof, die de exploitatiebegrippen harmoniseert, worden toegepast. Dat de traditionele begrippen ‘openbaar maken’ en ‘verveelvoudigen’ uit de Auteurswet na de afgeronde harmonisatie van de uitsluitende rechten van de auteursrechtelijke door het Europese Hof nog zomaar kunnen worden toegepast in Nederland, lijkt verleden tijd. De rechtspraak zal uitwijzen of de uitkomst in dezelfde gevallen wezenlijk anders zal zijn. Ik hoop en verwacht van niet.

Joost Becker
28 juni 2012

²⁵ J. Becker, ‘Exit Decaux/Mediamax?’ Noot bij Gerechtshof ’s-Gravenhage, 30 juni 2009, IEF 8029 (Stokke/Fikszo).

²⁶ Zie onder meer het Infopaq-arrest, het Painer-arrest en het Premier League-arrest alsmede HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-467/08 (Padawan/SGEA), IER 2011/26, m.nt. Koelman en HvJ EU 17 januari 2012, zaak C-302/10 (Infopaq II), AMI 2012, p. 7580, m.nt. Spoor.