

Infopaq: het werkbegrip geharmoniseerd?

Mr. H.M.H. Speyart*

In zijn arrest van 16 juli 2009 in de zaak *Infopaq* moest het Hof van Justitie het begrip ‘gedeeltelijke reproductie’ uitleggen, zoals dat wordt gebruikt in de Richtlijn auteursrecht in de informatiemaatschappij.¹ Het heeft daarbij in één moeite door ook het auteursrechtelijk werkbegrip uitgelegd, terwijl veel IE-beoefenaars ervan uitgingen dat dit begrip niet geharmoniseerd was. In deze bijdrage wordt ingegaan op de vraag of het werkbegrip inderdaad als geharmoniseerd moet worden beschouwd en worden de door het Hof gegeven interpretaties afgezet tegen de bestaande Nederlandse auteursrechtelijke rechtspraak.

HvJ EG 16 juli 2009, Infopaq International/Danske Dagblades Forening, zaak C-5/08, n.n.g., IER 2009, m.nt. Grosheide en AMI 2009, 20 m.nt. Koelman.

De casus

De onderneming Infopaq exploiteert een databank met samenvattingen van artikelen uit Deense dagbladen en tijdschriften. De bestanddelen van die databank komen tot stand doordat de betrokken artikelen worden gescand en omgezet naar tekstbestanden. In die tekstbestanden wordt vervolgens gezocht naar vooraf gedefinieerde zoektermen. Wanneer een zoekactie resultaten oplevert, worden bij het betrokken artikel speciale etiketbestanden aangemaakt. Deze etiketbestanden, die de gebruiker in staat moeten stellen te zien in welke context de zoekterm wordt gebruikt, bestaan telkens uit de vindplaats van de publicatie met een reeks van elf woorden, bestaande uit de vijf woorden voor de zoekterm, gevolgd door de zoekterm zelf en de vijf woorden daarna.

Indien voor de onderhavige bijdrage het woord ‘reproductie’ als zoekterm zou zijn gebruikt, zou dat bijvoorbeeld het volgende etiketbestand hebben opgeleverd:

‘December 2009 – NtEr:
... van Justitie het begrip “gedeeltelijke reproductie” uitleggen, zoals dat wordt gebruikt ...’

* Mr. H.M.H. Speyart is advocaat bij NautaDutilh N.V. te Amsterdam.
1. 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. EG 2001 L 167, p. 10, ‘Richtlijn’.

Het geschil tussen Infopaq en DDF, een samenwerkingsverband van Deense bladen, spitst zich toe op de vraag of de reproductie van deze reeksen van elf woorden als auteursrechtelijk relevante gedeeltelijke reproductie heeft te gelden van de artikelen waaruit die reeksen afkomstig zijn.

(Daarnaast speelt een rol de vraag of, als inderdaad sprake is van een gedeeltelijke reproductie, daarvoor een uitzondering kan worden ingeroepen die betrekking heeft op tijdelijke, technisch noodzakelijke reproducties in een elektronische omgeving, zoals voorzien in artikel 5 Richtlijn. Omdat dit aspect te specifiek is voor een bredere, Europeesrechtelijke beschouwing, zal het hierna echter onbesproken blijven).

Juridisch kader

Omdat het Hof ernaar teruggrijpt in zijn redenering is allereerst het internationaal recht relevant. Het Hof noemt in dat verband het TRIPs-Verdrag, waartoe in 1994 naast de (huidige) 27 lidstaten ook de EG is toegetreden.

Een koppelbepaling in artikel 9 lid 1 TRIPs-Verdrag incorporeert het bestaande WIPO-Verdrag op het gebied van auteursrecht, de Berner Conventie (in de versie van de Akte van Parijs van 24 juli 1971, verder: ‘BC’), in het TRIPs-acquis:

‘De leden leven de artikelen 1 tot en met 21 van en het aanhangsel bij de Berner Conventie (1971) na.’

Artikel 1 BC verwijst al naar het werkbegrip:

‘De landen waarvoor deze Conventie geldt, vormen een Unie voor de bescherming van de rechten der auteurs op hun werken van letterkunde en kunst.’

Artikel 2 BC bepaalt vervolgens:

‘1. 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 (...).
(...)

5. Verzamelingen van werken van letterkunde of kunst, zoals encyclopedieën en bloemlezingen, die door de keuze of de rangschikking van de stof een schepping van de geest vormen, worden als dusdanig beschermd, onverminderd de rechten van de auteurs op welk werk dat van deze verzamelingen deel uitmaakt.

6. De in dit artikel vermelde werken genieten bescherming in alle landen van de Unie. Deze bescherming bestaat ten gunste van de auteur en van zijn rechtsopvolgers.

(...)

8. De bescherming van deze Conventie is niet toepasselijk op nieuwstijdingen of gemengde berichten die louter het karakter van persberichten dragen.'

Vervolgens komt de Richtlijn aan de orde. Hoewel zij altijd is gepresenteerd onder de vlag van de harmonisering van alleen die aspecten van het auteursrecht die gezamenlijke aanpassing behoeften met het oog op de komst van de informatiemaatschappij, heeft zij uiteindelijk, na eerdere deelharmonisaties,² geresulteerd in een complete harmonisatie van de meeste begrippen uit het auteursrecht. Daarbij zijn met name de verschillende rechten die aan de auteur toekomen behandeld, alsmede de uitzonderingen op die rechten, die voordien sterk uiteenliepen van lidstaat tot lidstaat. Het werkbegrip, dat in het auteursrecht zowel het voorwerp van als het voorwerp voor bescherming bepaalt, is in de Richtlijn echter niet van een definitie voorzien. Zo komt dit begrip niet aan de orde in artikel 1 lid 1 Richtlijn, dat zijn werkingsfeer regelt:

'Deze richtlijn heeft betrekking op de rechtsbescherming van het auteursrecht en de naburige rechten in het kader van de interne markt, met bijzondere klemtoon op de informatiemaatschappij.'

De twee exploitatierechten die het auteursrecht van oudsher biedt zijn het openbaarmakingsrecht en het reproductierecht. Het recht dat in deze zaak aan de orde is, het reproductierecht, is geregeld in artikel 2 Richtlijn:

'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.'

2. Genoemd worden, zonder hun volledige titels te citeren, de Richtlijn Softwareauteursrecht (91/250/EEG, Pb. EG 1991 L 122, p. 42), de Richtlijn Verhuur-en leenrecht en naburige rechten (92/100 EEG, Pb. EG 1992 L 346, p. 61), de Richtlijn Satellietomroep en kabeldoorgifte (93/83/EEG, Pb. EG 1993 L 248, p. 15), de Richtlijn Beschermingsduur (93/98/EEG, Pb. EG 1993 L 290, p. 9) en de Databankenrichtlijn (96/9/EEG, Pb. EG 1996 L 76, p. 20).

De prejudiciële vragen

De voor deze bijdrage relevante vraag wordt door het Hof als volgt geparafraseerd (r.o. 30):

'(Dient) het begrip "gedeeltelijke reproductie" in de zin van (de Richtlijn) aldus te worden uitgelegd dat het het opslaan in een computergeheugen van een fragment van elf woorden en het printen van dit fragment op papier omvat?'

Conclusie van de advocaat-generaal

In haar lijvige conclusie van 12 februari 2009 wijdt A-G Trstenjak slechts anderhalve bladzijde aan deze problematiek.

Zij begint daarbij met het begrip 'reproductie' in artikel 2 Richtlijn. Nadat zij heeft vastgesteld dat de Richtlijn voor dat begrip niet verwijst naar het recht van de lidstaten en dat het dus autonoom en eenvormig moet worden uitgelegd, concludeert zij zonder veel omhaal van woorden – en slechts gemotiveerd door middel van een voetnoot met een verwijzing naar twee rechtsgeleerde artikelen – dat het begrip 'reproductie' moet worden gedefinieerd als 'de vastlegging van het werk van de auteur op een bepaald medium' (punt 56).

Dat het begrip 'gedeeltelijke reproductie' de vastlegging inhoudt van delen van dat werk op een bepaald medium is dan weinig verrassend (*ibidem*).

De vraag is vervolgens welke eisen kunnen worden gesteld aan de betrokken delen om de reproductie daarvan auteursrechtelijke relevant te laten zijn. Onder verwijzing naar de bewoording 'directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke' die het begrip 'reproductie' in artikel 2 Richtlijn kwalificeert enerzijds en naar de overwegingen van de Richtlijn anderzijds, die op een brede omschrijving van de auteursrechtelijke relevante handelingen en op een hoog beschermingsniveau wijzen, neemt de A-G het standpunt in dat het begrip 'reproductie' extensief moet worden uitgelegd (punt 57). Logischerwijs geldt dan hetzelfde voor het begrip 'gedeeltelijke reproductie' (*ibidem*).

Anderzijds vindt de A-G dat een uitleg moet worden vermeden waarbij elke reproductie van een deel van een werk 'hoe bescheiden en onbeduidend ook', inbreuk op het auteursrecht zou opleveren (punt 58). Zij pleit er derhalve voor dat de reproductie van een deel van een werk alleen dan door het auteursrecht wordt geraakt als het betrokken onderdeel 'een zekere herkenbaarheid en, als onderdeel van het werk van een auteur, ook een zekere intellectuele waardigheid heeft', 'eigenschappen die de bescherming door het auteursrecht verdienen' (*ibidem*).

Zij stelt derhalve de volgende tweestappentoets voor:

'In de eerste plaats moet worden gezien of de gedeeltelijke reproductie werkelijk identiek is aan het origi-

nele werk van de auteur (identificatiefactor). In concreto komt dit, in het geval van gedeeltelijke reproductie van krantenartikelen, neer op de vaststelling of de in de reproductie overgenomen woorden identiek zijn, ook wat de volgorde betreft, aan die van het krantenartikel. In de tweede plaats moet worden bezien of aan de hand van de gedeeltelijke reproductie de inhoud van het werk van de auteur kan worden herkend, dan wel met zekerheid kan worden vastgesteld dat het om de exacte, gedeeltelijke reproductie gaat van een bepaald werk van de auteur (herkenbaarheidsfactor).’

Vervolgens past de A-G deze twee criteria toe op de elf woordenreeksen, om te concluderen dat die reeksen aan beide door haar geformuleerde criteria voldoen en reproductie ervan dus een auteursrechtelijke relevante handeling vormt (punten 59–62).

Het arrest

In antwoord op opmerkingen van Oostenrijk, dat blijkbaar had betoogd dat het aan de lidstaten was om het begrip ‘gedeeltelijke reproductie’ uit te leggen, brengt het Hof allereerst droogjes in herinnering dat de Richtlijn op dat punt niet naar de wetgeving van de lidstaten verwijst, waardoor het betrokken begrip autonoom en eenvormig moet worden uitgelegd (r.o. 27).

Als het vervolgens gaat om het geven van die uitleg wijst het Hof erop dat de Richtlijn zelf dat begrip niet definieert. Naar vaste rechtspraak moet het derhalve worden uitgelegd naar doel en strekking van de Richtlijn en in overeenstemming met het internationale recht (r.o. 32). Wat allereerst dit laatste betreft, wijst het Hof erop dat het reproductierecht naar zijn aard betrekking heeft op een ‘werk’ (r.o. 33, aanhalingstekens in de tekst). Het Hof verwijst vervolgens naar artikel 2 BC om een weg in te slaan die de A-G niet had gevolgd: het leidt namelijk uit ‘de algemene opzet van de Berner Conventie, inzonderheid van artikel 2, leden 5 en 8, ervan’, dat ‘voor de bescherming van bepaald materiaal als werken van letterkunde en kunst wordt verondersteld dat het gaat om scheppingen van de geest’ (r.o. 34).

Vervolgens verwijst het Hof naar de software-richtlijn, de duurrichtlijn en de databankrichtlijn, waar telkens wordt bepaald dat specifieke soorten van werk, te weten respectievelijk software, foto’s en databanken, worden beschermd ‘wanneer (zij) in die zin oorspronkelijk (zijn), dat (zij) een eigen schepping van de maker (zijn)’ om te oordelen dat de Richtlijn ‘op hetzelfde beginsel gebaseerd is’ (r.o. 35 en 36). Daarbij verwijst het Hof mede naar overweging 20 van de Richtlijn, die uiteenzet dat die Richtlijn inderdaad gebaseerd is op de beginselen die reeds waren vastgelegd in eerdere richtlijnen.

Daarmee heeft het Hof het uitgangspunt geformuleerd van zijn analyse van het begrip ‘gedeeltelijke productie’: het reproductierecht:

‘kan slechts gelden met betrekking tot materiaal dat oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan’ (r.o. 37).

Daarop volgt wat eigenlijk het hart is van de redenering van het Hof met betrekking tot het begrip ‘gedeeltelijke reproductie’: met betrekking tot delen van een werk blijkt niet uit de Richtlijn dat deze delen ‘onder een andere regeling vallen dan die welke geldt voor het volledige werk’ (r.o. 38).

‘Bijgevolg worden zij auteursrechtelijk beschermd zodra zij als dusdanig de oorspronkelijkheid van het volledige werk in zich dragen’ (ibidem), oftewel ‘op voorwaarde dat zij bepaalde van de bestanddelen bevatten die de uitdrukking vormen van de eigen intellectuele schepping van de auteur van het werk’ (r.o. 39).

Daarna brengt het Hof in kaart hoe ver het reproductierecht mag strekken. Net als zijn A-G verwijst het Hof daarbij naar het hoge beschermingsniveau dat de Richtlijn nastreeft (r.o. 40) en naar de brede uitleg die volgt uit de considerans bij de Richtlijn (r.o. 41) en de bewoording van artikel 2 (r.o. 42). Daaruit volgt dat aan het aldaar geregeld reproductierecht ‘een ruime omvang toekomt’ (r.o. 43). Het Hof beoordeelt vervolgens de casus van de reeksen van elf woorden.

Met betrekking tot persartikelen schuilt de intellectuele schepping van de auteur ervan in de regel in de vorm, de presentatie van het onderwerp en het taalgebruik (r.o. 44). Woorden vormen daarentegen:

‘afzonderlijk beschouwd, als zodanig geen intellectuele schepping van de auteur die ze gebruikt. Enkel via de keuze, de schikking en de combinatie van deze woorden op een oorspronkelijke wijze kan de auteur uitdrukking aan zijn creatieve geest geven en tot een resultaat komen dat een intellectuele schepping vormt’ (r.o. 45).

Hieruit volgt volgens het Hof dat ‘woorden als zodanig’ niet vallen onder het reproductierecht (r.o. 46).

Voor zinnen en zinsneden kan die beoordeling echter anders uitpakken:

‘47. Gelet op de eis van een ruime uitlegging van de omvang van de door artikel 2 (Richtlijn) verleende bescherming kan niet worden uitgesloten dat bepaalde afzonderlijke zinnen, of zelfs zinsneden van de betrokken tekst, de oorspronkelijkheid van een publicatie zoals een persartikel aan de lezer kunnen overdragen via het overbrengen van een bestanddeel dat in se de uitdrukking vormt van de eigen intellectuele schepping van de auteur van dit artikel. Dergelijke zinnen of zinsneden kunnen dus in aanmerking komen voor de op grond van artikel 2, sub a, van deze richtlijn geboden bescherming.

48. Gelet op deze overwegingen kan de weergave van een fragment uit een beschermd werk dat – zoals in het hoofdgeding – bestaat uit elf opeenvolgende woorden ervan, een gedeeltelijke reproductie in de zin van artikel 2 (Richtlijn) vormen indien – hetgeen de verwijzende

rechter dient na te gaan – een dergelijk fragment een bestanddeel van het werk omvat dat als dusdanig uitdrukking geeft aan de eigen intellectuele schepping van de auteur.’

In het specifieke kader van de casus verduidelijkt het Hof nog dat de kans dat sprake is van een auteursrechtelijk relevante reproductie stijgt naarmate een zoekwoord meerdere ‘hits’ heeft in een bepaald bestand of naarmate er meerdere zoektermen worden losgelaten op één en hetzelfde tekstbestand (r.o. 49 en 50).

Zoals reeds in r.o. 48 uiteengezet is de slotsom van het Hof dat de reproductie van reeksen van elf woorden onder omstandigheden als auteursrechtelijk relevante ‘gedeeltelijke reproductie’ heeft te gelden (r.o. 51 en dictum).

Bespreking

Om meteen een misverstand uit de wereld te helpen dat in de eerste signaleringen van dit arrest leek te ontstaan: uit de casus en de vragen van de verwijzende rechter blijkt duidelijk dat in deze zaak niet de vraag aan de orde was of reeksen van elf woorden een werk kunnen vormen (waarvan de reproductie aan toestemming van de auteur is onderworpen), maar of de reproductie van een dergelijke reeks, die deel uitmaakt van een artikel dat zelf als werk wordt aangemerkt, als toestemmingsplichtige ‘gedeeltelijke reproductie’ van dat artikel kan worden aangemerkt. Het ging in deze zaak dus in eerste instantie niet om het werkbegrip – tussen partijen was *in confesso* dat de betrokken artikelen werken vormden en dat de betrokken woordreeksen geen werken vormden – maar om de inkadering van het bestanddeel ‘gedeeltelijk’ in het begrip ‘gedeeltelijke reproductie’.

Bij de bespreking van dit arrest zullen wij allereerst ingaan op de reactie die vanuit Europese IE-kringen is gegeven op het besproken arrest, inhoudende dat het auteursrechtelijke werkbegrip niet geharmoniseerd is en dat het Hof buiten zijn boekje is gegaan door dit begrip toch uit te leggen. Vervolgens zullen wij ingaan op de vraag of dit arrest gevolgen heeft voor de tot nu toe in Nederland vigerende rechtspraak met betrekking tot het werkbegrip en het begrip ‘gedeeltelijke reproductie’.

Het werkbegrip en de Richtlijn

Naast de inhoud van het reproductierecht en het openbaarheidsrecht is het werkbegrip het auteursrechtelijk kernbegrip bij uitstek. Als gezegd speelt het werkbegrip een dubbele rol. Enerzijds is het werk het voorwerp van bescherming, dus om te weten wat er wel of niet mag worden gereproduceerd of openbaar gemaakt moeten wij weten wat het werk is. Anderzijds bepaalt het begrip ‘werk’ ook de voorwaarde voor auteursrechtelijke bescherming, namelijk de schepping van een ‘werk’. Daarbij geldt dat het auteursrecht geen registratiestelsel is: het auteursrecht ontstaat van rechtswege door de loutere scheppingsdaad, zonder dat aan enige formaliteit behoefte te worden voldaan (artikel 5 lid 2 BC).

Een van de hobbels bij de totstandkoming van de Richtlijn was de vraag of dit werkbegrip geharmoniseerd moest worden.

Hoewel de BC, zoals hiervoor aangehaald, auteursrechtelijke bescherming doet toekennen aan elk ‘werk van letterkunde of kunst’, zijn de leden van de BC altijd verschillend omgegaan met het zogeheten originaliteitsvereiste dat in het werkbegrip besloten ligt; namelijk de vraag hoe origineel een werk van letterkunde of kunst moet zijn, wil het voor bescherming in aanmerking komen. De BC beoogde dit begrip ook nadrukkelijk niet te harmoniseren: ‘Of course the question of originality, when provided for, is a matter for the courts.’³

Zoals bij veel onderwerpen speelde daarbij, als men kijkt naar de EU-lidstaten, met name een verschil tussen de *common law* traditie van het Verenigd Koninkrijk en de *civil law* traditie van het vasteland. Koploper in deze laatste groep was Duitsland, die een betrekkelijk hoge oorspronkelijkheidsstoets hanteerde. Zoals hierna zal worden besproken was Nederland een middenmoter, met auteursrechtelijke bescherming voor de vorm van bepaalde industriële voorwerpen die in Duitsland bijvoorbeeld niet voor bescherming in aanmerking zouden komen.

In deze situatie heeft de Richtlijngever in wezen geen verandering willen aanbrengen. Hoewel als gezegd deelonderwerpen van het auteursrecht reeds waren geharmoniseerd, waarbij in drie richtlijnen, te weten de Richtlijn Softwareauteursrecht, de Databankenrichtlijn en de Duurrichtlijn, was bepaald dat het bij specifieke types van werk moest gaan om de intellectuele schepping van de maker, was de integrale harmonisatie van het werkbegrip in de Richtlijn voor velen een brug te ver.

Voorafgaand aan het voorstel voor de Richtlijn heeft een uitgebreid consultatieproces plaatsgevonden, met een Groenboek inzake het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij⁴ en een Vervolgmededeling met de uitkomsten van de betrokken raadpleging.⁵ In het kader van deze raadpleging is met name naar voren gekomen dat de inhoud van het reproductierecht en het recht openbaarmaking moest worden geharmoniseerd, alsmede de lappendeken van uiteenlopende nationale uitzonderingen op die rechten.

In haar richtlijnvoorstel maakt de Commissie dan ook geen woorden vuil aan het werkbegrip.⁶

Is het werkbegrip geharmoniseerd?

Toch zitten wij nu met een arrest waarin het Hof van Justitie dat begrip uitlegt.

Op zich is dat niet zo verwonderlijk: hoewel de richtlijngever er met opzet voor heeft gekozen het werkbegrip niet in de Richtlijn te definiëren, kon hij er natuurlijk niet omheen om, bij het beschrijven van het reproductierecht

3. *Guide to the Berne Convention*, WIPO, Genève, 1978, commentaar bij artikel 2 lid 1, punt 2.8 BC.

4. Stuk COM (95) 382 definitief van 19 juli 1995.

5. Stuk COM (96) 568 definitief van 20 november 1996.

6. Stuk COM (97) 628 definitief van 21 januari 1998, Pb. EG 1998 C 108, p. 6. Zie ook Van Echoud, ‘Het communautaire acquis voor auteursrecht en nabijge rechten: zeven zonden of zestien gelukkige jaren?’, *AMI* 2007, p. 109-117 en Handig, ‘The Copyright Term “Work” - European Harmonisation at an Unknown Level’, *IIC* 2009, p. 665-685.

en van de eveneens in de Richtlijn geregelde rechten van mededeling aan het publiek (artikel 3) en van distributie (artikel 4), te verwijzen naar het feit dat deze rechten ieder betrekking hebben op een ‘werk’.

De bekende riedel over de autonome en eenvormige uitleg van bepalingen uit richtlijnen die niet verwijzen naar het nationale recht, die in het besproken arrest wordt aangehaald met betrekking tot het begrip ‘reproductie’ (r.o. 27), is uiteraard ook van toepassing op het werkbegrip. Dit begrip komt immers eveneens voor in artikel 2, en voor zijn inhoud wordt evenmin verwezen naar nationaal recht. Hoewel bij veel IE-beoefenaars dat besef niet aanwezig zal zijn geweest bij het lezen van de Richtlijn, brengt dus het enkele feit dat het werkbegrip daarin wordt genoemd mee dat het geharmoniseerd is, zonder dat het daarbij behoefde te worden gedefinieerd.

Voor zover het voor het Hof nodig was om, voor een goede uitleg van het begrip ‘gedeeltelijke reproductie’, daaraan voorafgaand het werkbegrip uit te leggen, is het dus logisch dat het dat begrip moest uitleggen en als geharmoniseerd moest beschouwen.

Wat houdt het werkbegrip nu in?

De vraag is dus of dit inderdaad noodzakelijk was. A-G en Hof volgen in deze immers uiteenlopende benaderingen.

Zoals hiervoor beschreven, abstraheert de A-G van het werkbegrip en formuleert zij twee criteria waarmee moet worden vastgesteld of de reproductie van slechts een deel van een werk auteursrechtelijk relevant is: de identificatietoets en de herkenbaarheidstoets. Zij doet dat overigens zonder een beroep te doen op de door het Hof voorgeschreven interpretatiemethodes.

Het Hof slaat als gezegd een heel andere weg in, waarbij de uitleg van het begrip ‘gedeeltelijke reproductie’ wordt gerelateerd aan het werkbegrip, aangezien – open deur – het reproductierecht een werk betreft (punt 33).

Daarna heeft het Hof zijn handen vrij om het werkbegrip uit te leggen. In het kader van de internationaalrechtelijke context verwijst het daarbij naar artikel 2 leden 5 en 8 BC, om, zonder nadere motivering, te oordelen dat uit de ‘algemene opzet’ van de BC volgt dat bij werken sprake moet zijn van ‘scheppingen van de geest’.

Hoewel deze uitleg niet verrassend is, had het Hof die best wat uitgebreider mogen motiveren. Het gaat hier immers niet om een gemeenschapsrechtelijke regeling, maar om een volkenrechtelijke regeling, waarvoor het Hof geen exclusieve uitleggingsbevoegdheid bezit. Het had daarbij bijvoorbeeld kunnen verwijzen naar de WIPO-gids bij de BC, die artikel 2 lid 1 BC onder meer van het volgende commentaar voorziet:

‘(I)t is worth noting that the Convention speaks of “works” but nowhere defines what is meant by the word. But it is clear from its general tone that these must be intellectual creations. For this reason many national laws (...) provide that, to enjoy protection, the

works must be original in the sense that they possess creativity.’⁷

Het had ook kunnen verwijzen naar de uitvoerige literatuur op dat gebied, bijvoorbeeld het standaardwerk van Ricketson.⁸

Daarnaast valt wel wat meer te zeggen over de relevantie van de BC dan het Hof doet.

Zoals hiervoor geciteerd is de BC door middel van de schakelbepaling van artikel 9 lid 1 TRIPs-Verdrag geïncorporeerd in het voor de EG als WTO-lid bindende WTO-acquis. De vraag is vervolgens wat deze binding precies betekent. Naar vaste rechtspraak van het Hof werken bepalingen uit verdragen rechtstreeks door wanneer zij, gelet op hun bewoordingen en op het doel en de aard van het betrokken verdrag, een duidelijke en nauwkeurige verplichting behelzen, voor welke uitvoering en werking geen verdere handeling vereist is.⁹ Globaal gesproken is dit dezelfde toets als de toets die artikel 93 Gw voor de Nederlandse rechtsorde voorschrijft.

Met betrekking tot het WTO-Verdrag, waarvan het TRIPs-Verdrag een onderdeel is, heeft het Hof reeds in 1999 geoordeeld dat het niet rechtstreeks werkt, omdat het deels gebaseerd is op een onderhandelingsstelsel tussen de WTO-leden. Dit stelsel houdt in dat die leden onderling bepaalde verplichtingen kunnen uitruilen of wegonderhandelen, hetgeen in het gedrang zou komen als dat verdrag rechtstreeks zou werken.¹⁰ Hierdoor heeft het TRIPs-Verdrag geen rechtstreekse werking.¹¹

Conform zijn eerdere rechtspraak heeft het Hof echter geoordeeld dat communautaire en nationale rechters niettemin verplicht zijn het communautaire recht zoveel mogelijk TRIPs-conform uit te leggen en toe te passen.¹²

Via deze omweg is het dus logisch dat het Hof bij de BC uitkomt als bron voor de uitleg van de Richtlijn. Hoewel de motivering die het Hof aanbiedt voor het trekken van bepaalde conclusies uit de ‘opzet’ van artikel 2 BC wat karig is, verrast de uitkomst niet: het moet bij werken gaan om ‘scheppingen van de geest’.

Als gezegd volgde dat reeds, voor bepaalde types werken, uit een drietal eerdere richtlijnen.

7. Zie noot 3.

8. S. Ricketson: *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1886*, Londen: Kluwer 1987.

9. Vaste rechtspraak, zie bijv. HvJ EG 12 december 1972, gev. zaken 21/72 t/m 24/72, *International Fruit Company*, Jur. 1972, p. 1219, r.o. 20; HvJ EG 26 oktober 1982, zaak 104/81, *Kupferberg*, Jur. 1982, p. 3641, r.o. 17; HvJ EG 30 september 1987, zaak 12/86, *Demirel*, Jur. 1987, p. 3719, r.o. 14; HvJ EG 4 mei 1999, zaak C-262/96, *Sürül*, Jur. 1999, p. I-2685, r.o. 60.

10. HvJ EG 23 november 1999, zaak C-149/96, *Portugal/Raad*, Jur. p. I-8395, punt 47.

11. HvJ EG 14 december 2000, gev. zaken C-300/99 en C-392/98, *Dior en Tuk*, Jur. 2000, p. I-11307, r.o. 44.

12. HvJ EG 24 november 1992, zaak C-286/90, *Poulsen en Diva Navigation*, Jur. p. I-6019, punt 9; HvJ EG 16 juni 1998, zaak C-53/96, *Hermès*, Jur. 1998, p. I-3603, r.o. 28 en 33; HvJ EG, reeds aangehaald, *Dior en Tuk*, r.o. 47 en HvJ EG 13 september 2001, zaak C-89/99, *Schieving Nijstad*, Jur. 2001, p. I-5851, r.o. 54.

Het onderdeel van een werk als voorwerp van bescherming

De vraag waar het eigenlijk om ging is vervolgens die naar de reikwijdte van het begrip ‘gedeeltelijke reproductie’. De belangenafweging was pregnant door de A-G geschetst: enerzijds moet de bescherming effectief zijn, anders moet zij niet uitmonden in bescherming van onderdelen die, op zichzelf beschouwd, geen onderscheidende kracht hebben.

Zoals hiervóór beschreven heeft de A-G in antwoord hierop een tweestappentoets ontwikkeld, die niet leunt op het werkbegrip: de identificatiefactor (is de gedeeltelijke reproductie identiek aan het betrokken gedeelte?) en de herkenbaarheidsfactor (kan het hele werk worden herkend door middel van het betrokken gedeelte?), beide terug te vinden in punt 58.

Artikel 9 lid 1 BC, dat niet door het Hof wordt genoemd, regelt op internationaal vlak het reproductierecht maar geeft geen verduidelijking als het gaat om het begrip ‘gedeeltelijke reproductie’:

‘De door deze Conventie beschermde auteurs van werken van letterkunde of kunst genieten het uitsluitende recht om toestemming te verlenen tot het verveelvoudigen van deze werken, ongeacht op welke wijze en in welke vorm.’

Het Hof had dus zijn handen vrij om dit begrip zonder enige volkenrechtelijke inkadering zelf in te vullen.

Het Hof haakt daarbij als gezegd aan bij het werkbegrip: sprake is van een relevante gedeeltelijke reproductie als in het betrokken gedeelte iets terug te vinden is van datgene wat het geheel tot een werk maakte, namelijk de schepping van de geest (r.o. 38 en 39).

Hoewel ook dit gedeelte van het arrest, dat het conceptuele hart ervan vormt, eigenlijk niet nader gemotiveerd is, heeft het de charme van de eenvoud. Op zich is het ook logisch dat een gedeelte van een werk alleen auteursrechtelijk wordt beschermd wanneer het relevant is in het licht van de beschermingswaardigheid van het werk als geheel. De vraag is natuurlijk hoe de praktijk met deze toets zal omgaan. De bedoeling is immers niet dat het betrokken gedeelte zelf beschermenswaardig is als werk: het geheel is immers een werk, en de effectieve bescherming van dat geheel vereist dat onder omstandigheden ook reproducties van gedeeltes van dat geheel verboden kunnen worden, zonder dat die gedeeltes, op zichzelf beschouwd, beschermingswaardig zouden moeten zijn als werk.

De Nederlandse rechtspraak

Gedeeltelijke reproductie

Hoe stond het nu in Nederland met de gedeeltelijke reproductie?

Artikel 1 Aw verwijst meteen naar het reproductierecht:

‘Het auteursrecht is het uitsluitend recht van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst,

(...) om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen bij wet gesteld.’

Artikel 13 werkt dit recht vervolgens uit op een manier die ons niet verder brengt als het gaat om de noodzakelijke omvang van de gedeeltelijke reproductie:

‘Onder de verveelvoudiging van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt mede verstaan de vertaling, de muziekschikking, de verfilming of tooneelbewerking en in het algemeen iedere gehele of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigden vorm, welke niet als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt.’

Blijkens de MvT bij de Auteurswet dekt het begrip verveelvoudiging twee soorten handelingen: enerzijds het maken van exacte kopieën, anderzijds het maken van bewerkingen van het oorspronkelijke werk. Met name de rechtspraak met betrekking tot deze tweede variant is verhelderend voor de vraag wanneer sprake is van een gedeeltelijke reproductie. Die rechtspraak begint bij het arrest *Van Gelder/Van Rijn* uit 1946, waarin de Hoge Raad oordeelde dat: ‘alleen de vormgeving, die de uiting van datgene wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen, de bescherming van het auteursrecht geniet.’¹³

Uit die rechtspraak vloeit de regel voort dat de auteursrechtelijke bescherming slechts betrekking heeft op de auteursrechtelijke beschermde trekken van het werk.¹⁴ Deze regel is als gezegd niet ontwikkeld in het kader van de loutere reproductie, maar van de bewerking of nabootsing die enigszins afstand neemt. Zij kan niettemin worden overgezet naar de gedeeltelijk loutere reproductie, waarvoor geen richtinggevende rechtspraak van de Hoge Raad bestaat.

Van deze regel kan worden gezegd dat zij volledig in overeenstemming is met de regel die het Hof nu in Infopaq heeft geformuleerd. Op dit punt niets zorgwekkends, dus.

De Werktoets

Daarmee komen wij toe aan de Nederlandse werktoets. Als gezegd verwijst artikel 1 Aw, in het kielzog van artikel 1 BC, naar ‘werken van letterkunde, wetenschap of kunst’. Artikel 10 lid 1 Aw werkt die definitie nader uit in een opsomming die mede geïnspireerd is op artikel 2 lid 1 BC:

‘Onder werken van letterkunde, wetenschap of kunst verstaat deze wet:

(opsomming);

en in het algemeen ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze of in welke vorm het ook tot uitdrukking zij gebracht.

Uit de rechtspraak blijkt dat in deze definitie de omschrijving ‘letterkunde, wetenschap of kunst’ geen zelfstandige betekenis heeft. Zij duidt met name niet op een kwaliteitsvereiste:

13. HR 18 juni 1946, *NJ* 1946, 712.

14. Zie bijvoorbeeld HR 29 december 1995, *NJ* 1996, 546 m.nt. Verkade.

ook niet-kunstzinnige, wetenschappelijke of literaire uitingen worden beschermd, als zij maar voldoende oorspronkelijk zijn.¹⁵ Of, in de woorden van Verkade: '(D) Auteurswet (schrijft) "letterkunde, wetenschap of kunst" juist niet met een grote L. W en K.'¹⁶

Hoewel de Auteurswet, anders dan een generieke verwijzing naar het 'werk', geen oorspronkelijkheidsvereiste voorschrijft, is deze sinds jaar en dag ontwikkeld in de rechtspraak van de Hoge Raad.

In *Van Gelder/Van Rijn*, het oudste arrest in deze rechtspraak, dat betrekking had op kunstnijverheidsvoorwerpen, oordeelde de Hoge Raad als gezegd dat: 'alleen de vormgeving, die de uiting is van datgene, wat den maker tot zijn arbeid heeft bewogen, de bescherming van het auteursrecht geniet.'¹⁷

Hoewel het in deze zaak eerder om de beschermingsinhoud ging dan om het beschermingsvoorwerp, vormde die uitspraak de eerste definitie van de werktuets. Daarna, in *Screenoprints/Citroën*, heeft de Hoge Raad, in een zaak die betrekking had op het ontwerp van een autojaloezie, voor het eerst de maatstaf geformuleerd die als 'EOK&PS'-toets bekend zou worden: het werk moet een eigen, oorspronkelijk karakter hebben en de persoonlijke stempel van de maker dragen.¹⁸ Dit criterium werd na verwijzing – het betrof een BTMW-zaak – overgenomen door het Benelux Gerechtshof, dat daaraan toevoegde dat voor auteursrechtelijke bescherming geen verdergaande eisen gesteld kunnen worden, zoals het bezitten van enig kunstzinnig karakter.¹⁹

In *Van Dale/Romme*, dat betrekking had op de woordenlijst van de Grote Van Dale, heeft de Hoge Raad deze toets uitgebreid tot alle soorten van werken.²⁰ Tot voor kort was dit de stand van het recht, en bestond er met name onzekerheid over de vraag of het hier in feite om één toets ging, of om een toets met twee afzonderlijke elementen.²¹

De lang verwachte verduidelijking kwam met het recente standaardarrest van de Hoge Raad in de zaak van de *Endstra-tapes*, die betrekking had op de vraag of voor een werk is vereist dat de maker bewust bezig is met het scheppen van een werk. In cassatie had uitgever Nieuw Amsterdam, die geen toestemming had verkregen van de erven Endstra om de transcriptie van diens achterbankgesprekken te publiceren, betoogd dat die gesprekken geen werk vormden omdat Endstra tijdens die gesprekken niet bewust bezig was met het 'conciipiëren van een coherente creatie', terwijl dit vereiste volgens Nieuw Amsterdam opgesloten

zou liggen in de EOK&PS-toets. Nadat niet minder dat vier hoogleraren over deze zaak hadden geadviseerd en A-G Verkade daar nog dunnetjes overheen had geconcludeerd casseerde de Hoge Raad het arrest van het Hof Amsterdam waarin dit Hof deze eis had erkend.²² Het gaf daarbij de volgende uitleg:

'4.5.1 Het hof heeft aldus terecht de beide elementen van de aan te leggen maatstaf onderscheiden: dat het voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter moet bezitten, houdt, kort gezegd, in dat de vorm niet ontleend mag zijn aan die van een ander werk (vgl. art. 13 Aw). De eis dat het voortbrengsel het persoonlijk stempel van de maker moet dragen betekent dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en die aldus voortbrengsel is van de menselijke geest. Daarbuiten valt in elk geval al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt te aan te wijzen. 4.5.2 Het gaat hierbij evenwel om een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen. Daarom mag niet de eis worden gesteld dat de maker bewust een werk heeft willen scheppen en bewust creatieve keuzes heeft gemaakt, welke eis betrokkenen bovendien voor onoverkomelijke bewijsproblemen kan stellen. Om dezelfde reden kan niet worden geëist dat de maker bewust voor de vorm heeft gekozen die het werk heeft gekregen. Het in 4.5.1 overwogene brengt voorts mee dat een schepping, om een werk in auteursrechtelijke zin te kunnen zijn, niet het karakter van een coherente creatie behoeft te hebben. Waar het hof in andere zin heeft overwogen geeft het bestreden arrest dus blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Hetgeen is beslist in HR 28 juni 1946, *NJ* 1946, 712 kan, anders dan het hof oordeelde, niet dienen ter ondersteuning van de bewustheidsseis, aangezien in de door het hof aangehaalde zinsnede tot uitdrukking is gebracht dat het (slechts) de vorm van de afzonderlijke door Van Gelder vervaardigde voorwerpen was, die voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking kwam, niet het "bijzondere kunsteffect" daarvan. De bijzin 'die uiting is van datgene, wat den maker tot zijn arbeid heeft bewogen' bedoelde de voorafgaande term "vormgeving" dus niet te beperken.'

Vraag is nu of de EOK&PS-toets, zoals uitgewerkt in het arrest *Endstra-tapes*, achterhaald is door *Infofaq*.

Aan de onderkant van de lat zijn er geen problemen: *Infofaq* eist dat sprake is van een intellectuele schepping van de maker, en die eis is ook onderdeel van de EOK&PS-toets.

Aan de bovenkant van de lat is de situatie minder duidelijk: laat de eis dat sprake is van een intellectuele schepping van de maker een tweeledige EOK&PS-toets toe? Het laatste woord daarover is natuurlijk nog niet gesproken, maar mijn indruk is van wel: op zich is het criterium 'intellectuele schepping van de maker' al tweeledig en sluit het aan bij EOK&PS, in die zin dat het zijn van een

15. *T&C Intellectuele eigendom*, commentaar bij artikel 10 Aw en WIPO-gids bij de BC, eerder aangehaald, commentaar bij artikel 2 lid 1: 'The content of a work is never a condition for protection.' (punt 2.2).

16. Conclusie voor HR 30 mei 2008, LJN BC2153 (*Endstra-tapes*), *NJ* 2008, 556 m.nt. Dommering; *IER* 2008, m.nt. Seignette en *AMI* 2008, 12, m.nt. Senftleben, punt 4.6.

17. Zie noot 13.

18. HR 29 November 1985, *NJ* 1987, 880; *AMI* 1986, p. 13 en *BIE* 1986, p. 55.

19. BenGH 22 mei 1987, *NJ* 1987, 881 m.nt. Wichers Hoeth; *AMI* 1987, p. 78 m.nt. Spoor; *BIE* 1987, p. 196 m.nt. Steinhäuser en *IER* 1987, 40.

20. HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608 m.nt. Verkade; *AMI* 1991, p.177 m.nt. Spoor en *IER* 1991, 38 m.nt. Grosheide.

21. Zie *T&C Intellectuele eigendom*, commentaar bij artikel 10 Aw, aantekening 5 en Spoor, Verkade en Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer, 2005, par. 3.12.

22. Zie noot 16.

‘schepping’ enerzijds veronderstelt dat geen sprake is van ontleening (EOK), terwijl anderzijds het zijn van een ‘intellectuele schepping van de auteur’ verwijst naar het menselijk scheppen waarbij creatieve keuzes zijn gemaakt (PS). Mijns inziens is *Endstra-tapes* dus helemaal niet achterhaald door *Infopaq*. Zie aldus ook Visser in ‘Endstra ingehaald door *Infopaq*’ in Boek 9, nr. 8122.

Slot

Wat de harmonisatievraag betreft is de slotsom dat het werkbegrip weliswaar niet in de Auteursrechtlijn is gedefinieerd, maar dat het daarin wel voorkomt als voorwerp van ieder der in deze Richtlijn geregelde rechten. Het is daarmee niet geharmoniseerd in de zin dat de Richtlijngever een voor alle lidstaten bindende definitie van het werkbegrip heeft gegeven, maar wel in die zin dat dat begrip in de Richtlijn wordt gebruikt en in die context in voorkomend geval moet worden uitgelegd door het Hof van Justitie EG. Zowel wanneer het gaat om de invulling die dat Hof aan het werkbegrip geeft als bij de uitleg van het begrip ‘gedeeltelijke reproductie’ komt het Hof met summier gemotiveerde doch systematisch correcte en goed toepasbare rechtsregels.

Voor de Nederlandse rechtspraak zullen deze rechtsregels echter geen baanbrekende veranderingen teweeg brengen. Het criterium van de intellectuele schepping van de auteur biedt ruimte voor het Nederlandse EOK&PS-criterium, terwijl ook de Nederlandse rechtspraak over de gedeeltelijke reproductie langs dezelfde lijnen loopt als *Infopaq*. Wij waren in Nederland dus richtlijnconform *avant la lettre*.