

Is een andere (mildere) lezing van HvJ EU 22 december 2010, B9 9306 en BIE 2011, 21, p. 59 e.v. m.nt. Quaedvlieg (Sofwarová asociace) wellicht mogelijk?

1. In HvJ EU 22 december 2010 (Sofwarová asociace) heeft het HvJ EU twee prejudiciële vragen beantwoord. Het arrest is op fraaie wijze geanalyseerd en becommentarieerd door Quaedvlieg in BIE 2011, p. 64-67. In deze bijdrage zal ik enkel aandacht besteden aan (het antwoord) op de tweede prejudiciële vraag: is het tonen van een grafische gebruikersinterface tijdens een televisie-uitzending een mededeling van een auteursrechtelijk beschermd werk aan het publiek in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn?

2. Quaedvlieg merkt op dat het antwoord van het HvJ EU op deze (tweede) vraag met afkeuring en verbijstering is ontvangen (BIE 2011, p. 66). Ik moet eerlijk zeggen dat ook ondergetekende (bij eerste, tweede en zelfs derde lezing) van zijn stoel gevallen is. Wat zegt het HvJ EU namelijk:

“57. Wanneer een grafische gebruikersinterface echter tijdens een televisie-uitzending wordt getoond, nemen de televisiekijkers op zuiver passieve wijze kennis van deze interface, zonder dat zij hierin kunnen ingrijpen. Zij kunnen dus geen gebruik maken van de functie van vornoemde interface, die erin bestaat interactie tussen het computerprogramma en de gebruiker ervan mogelijk te maken. Aangezien de grafische gebruikersinterface, wanneer hij tijdens een televisie-uitzending wordt getoond, niet beschikbaar wordt gesteld aan het publiek, waardoor de leden van dat publiek toegang zouden verkrijgen tot het wezenlijke bestanddeel van deze interface, namelijk de interactie met de gebruiker, vindt er geen mededeling van de grafische gebruikersinterface aan het publiek plaats in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.

58. Bijgevolg dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat het tonen van een grafische gebruikersinterface tijdens een televisie-uitzending geen mededeling van een auteursrechtelijk beschermd werk aan het publiek vormt in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29”.

3. Quaedvlieg schrijft hier onder meer over (BIE 2011, p. 66-67):

“Door de gevolgde uitleg beperkt het hof het begrip ‘mededeling aan het publiek’ van interfaces tot zodanige handelingen die tot een economische relevante mededeling aan het publiek leiden, te weten zodanige die toegang verschaffen tot de functie waar een interface werkelijk voor dient: de interactie tussen het computerprogramma en de gebruiker ervan. TV-uitzending verschaft die toegang niet. Mededeling aan het publiek wordt geëcarteerd, niet omdat er geen mededeling zou zijn of omdat er geen publiek bereikt wordt, maar omdat het (economisch) wezenlijk bestanddeel van de interactiviteit ontbreekt. Door het ontbreken van het wezenlijk bestanddeel kan er geen sprake van ‘exploitatie’ zijn

en zonder ‘exploitatie’ wordt er ook geen corresponderend exploitatierecht geactiveerd; dat lijkt de visie van het Hof.

Al naar gelang de situatie vindt men dus hetzij de omlijning van een werkcategory (software) hetzij de omlijning van exploitatierechten gekoppeld aan datgene wat, in het licht van de functie van het onderhavige werk, economisch relevant is. Het Hof matigt daardoor de bescherming van het auteursrecht. De omvang van het exclusief recht mag bepaald worden in relatie tot hetgeen naar maatstaven van een doelmatige mededinging moet gelden als het wezenlijk bestanddeel van een werk. Daarbuiten kan het auteursrecht haperen en doven. Resulteert een juridischer, gematigder, meer functionele benadering van de omvang van het exclusief recht, afwijkend van de rechtlijnige, technische interpretatie die het kenmerk lijkt te zijn geweest van het wetgevende gebouw van de commissie. Komt er een omwenteling in de teneur van het Europese auteursrecht? Nieuwsgierigheid komt op.

Maar naast nieuwsgierigheid rijst ook bezorgdheid. Het HvJEU corrigeert hier aan de hand van een soort van wezenlijke functietoets wat wel of niet een mededinging aan het publiek van een interface is. (...) Dat gaat toch echt wel ver. Op hoeveel meer spookvaart moeten wij ons voorbereiden? Wordt het vaste routine dat keiharde wettelijke exploitatierechten au plaisir de la Cour al dan niet toepassing vinden, afhankelijk van de goocheltruc van het wezenlijk bestanddeel?”

4. Al eerder heeft Van Gelderen zich in zijn noot op Boek 9 (9330) kritisch uitgelaten over de beslissing van het HvJ EU:

“Moeite heb ik met de conclusie dat het tonen van een GUI tijdens een televisieuitzending – kennelijk anders dan bij andere werken – géén mededeling aan het publiek vormt. Het HvJ EU werpt namelijk een extra en – voor mij althans – nieuwe drempel op voor dit specifieke soort werken. Namelijk door vast te stellen dat het publiek geen gebruik kan maken van de functie van de GUI en om die reden te concluderen dat er geen sprake is van een mededeling aan het publiek. Dit werk wordt volgens het HvJ EU niet beschikbaar gesteld aan het publiek. Ik zie niet in waarom een mededeling aan het publiek tevens zou moeten betekenen dat het werk ter beschikking wordt gesteld aan het publiek in de letterlijke (fysieke) betekenis van het woord. Als op televisie een design stoel of tafel wordt getoond, dan kan het televisiekijkende publiek ook geen gebruik maken van de (gebruiksfunctie van de) stoel of tafel”.

5. In de commentaren (en zo heb ik het arrest aanvankelijk in ieder geval ook gelezen) wordt de nadruk gelegd op het feit dat het HvJ EU met de gevolgde uitleg het begrip *mededeling aan het publiek* beperkt heeft uitgelegd: wil van een mededeling aan het publiek sprake kunnen zijn dan dient het werk in de letterlijke (fysieke) betekenis van het woord aan het publiek ter beschikking gesteld worden.

6. Maar – zo vraag ik mij af – heeft het HvJ EU het begrip *mededeling aan het publiek* wel beperkt uitgelegd? De beslissende r.o. 57-58 komen namelijk in een geheel ander daglicht te staan indien men ook de conclusie van de A-G ‘meeleest’. Voor de duidelijkheid citeer ik daaruit:

“79. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het tonen van een grafische gebruikersinterface tijdens een televisie-uitzending een mededeling van een werk aan het publiek vormt in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.

80. Ter terechtzitting van 2 september 2010 hebben partijen bij wijze van voorbeeld enkele gevallen genoemd waarin een grafische gebruikersinterface op een televisiescherm wordt getoond. Het kan onder meer gaan om het tonen van een tabel met verkiezingsresultaten tijdens een verkiezingsuitzending.

81. De verwijzende rechter twijfelt eraan of een dergelijke interface een mededeling aan het publiek kan vormen in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, aangezien deze interface op passieve wijze op een televisiescherm wordt getoond, zonder dat de kijkers de interface kunnen gebruiken of zelfs maar toegang hebben tot de computer of een ander apparaat dat ermee kan worden bestuurd.

82. Volgens mij vormt het loutere feit dat een grafische gebruikersinterface wordt getoond tijdens een televisie-uitzending geen mededeling *van een werk* (curs., P.G.) aan het publiek in de zin van de artikelen 2, sub a, en 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.

83. Zoals ik reeds in punt 56 van de onderhavige conclusie heb betoogd, beoogt de grafische gebruikersinterface immers interactie tussen het computerprogramma en de gebruiker ervan mogelijk te maken. De bestaansreden van een dergelijke interface ligt in het vergemakkelijken van het gebruik van het programma door de gebruiker.

84. De grafische gebruikersinterface onderscheidt zich dus door zijn bijzondere aard van andere door het gemeenrechtelijk auteursrecht beschermde werken. De oorspronkelijkheid ervan ligt in het ontwerp en in de manier waarop wordt gecommuniceerd met de gebruiker, die bijvoorbeeld commandoknoppen kan gebruiken of vensters kan openen.

85. Wanneer deze interface op een televisiescherm wordt getoond, verliest hij echter zijn oorspronkelijk karakter, doordat het wezenlijke bestanddeel ervan, namelijk de interactie met de gebruiker, onmogelijk wordt.

86. Wanneer de grafische gebruikersinterface is ontdaan van het wezenlijke bestanddeel dat hem kenmerkt, beantwoordt hij dus niet meer aan de definitie van een werk in de zin van artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29. Hetgeen de televisieomroep via de televisieschermen toont en aan het publiek meedeelt, *vormt dus niet langer een werk* (curs., P.G.)”

87. Daarom ben ik van mening dat het tonen van een grafische gebruikersinterface tijdens een televisie-uitzending geen mededeling van een werk aan het publiek vormt in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, aangezien de interface hierdoor zijn hoedanigheid van werk in de zin van artikel 2, sub a, van deze richtlijn verliest.

V – Conclusie

88. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de Nejvyšší správní soud te antwoorden als volgt: (...)

3) Het tonen van een grafische gebruikersinterface tijdens een televisie-uitzending vormt geen mededeling van een werk aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, aangezien de interface hierdoor zijn hoedanigheid *van werk* (curs., P.G.) in de zin van artikel 2, sub a, van deze richtlijn verliest”.

7. Wat springt nu in het oog? De A-G zegt dat vanwege het feit dat tijdens een televisie-uitzending het wezenlijke bestanddeel (namelijk de interactie met de gebruiker) niet wordt getoond de interface *zijn oorspronkelijke karakter en zijn hoedanigheid van werk verliest*. En als er geen werk (meer) is/wordt getoond kan vanzelfsprekend ook niet (meer) gesproken worden van een “mededeling *van een auteursrechtelijk beschermd werk* (curs., P.G.) aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29”.¹

8. De A-G legt dus de nadruk op het feit dat *geen werk* wordt getoond. Dat is een hele andere benadering dan die van Quaedvlieg en Van Gelderen. De stoel van Van Gelderen verliest door het tonen in een televisie-uitzending in de benadering van de A-G niet zijn oorspronkelijke karakter (van de bijzonderheden die de grafische gebruikersinterface kenmerken is bij dit en andere werken geen sprake; zie nr. 84 conclusie A-G) zodat sprake is van een “mededeling *van een auteursrechtelijk beschermd werk* (curs., P.G.) aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29”, ook al kan het publiek dat thuis naar de televisie-uitzending zit te kijken op die stoel niet zitten. Let op: of er ook sprake is van een auteursrechtinbreuk is (nog) afhankelijk van de vraag of de openbaarmaker een beroep kan doen op een beperking van het auteursrecht.

9. Het prangende punt is natuurlijk dat het HvJ EU in zijn arrest belangrijke woorden/passages uit de conclusie van de A-G niet heeft overgenomen. Waarom - zo kan men zich afvragen - heeft het HvJ EU niet uitdrukkelijk overwogen dat de televisieomroep geen werk toont? Waarom heeft het HvJ EU in zijn dictum bij de beantwoording van vraag 2 letterlijk het eerste deel van conclusie 3 van de A-G overgenomen, maar niet het tweede deel na de komma? Allemaal vragen waarop ik helaas geen antwoord kan geven en waarvan ik alleen kan zeggen dat het opmerkelijk is.

¹ Zie het antwoord van het HvJ EU op de tweede prejudiciële vraag.

10. Maar moet daaruit worden afgeleid dat het HvJ EU de redenering van zijn A-G niet heeft willen volgen? Dat kan evenmin met zekerheid worden gezegd. Sterker nog, de tekst van r.o. 57-58 laat toe dat die gelezen kan worden op de manier die de A-G voor ogen heeft gehad: er wordt geen auteursrechtelijk beschermd werk getoond zodat van een mededeling aan het publiek geen sprake kan zijn. Deze lezing van het arrest zou ook veel beter aansluiten bij r.o. 53-55 waar nota bene overwogen wordt dat aan het begrip “mededeling aan het publiek” een ruime betekenis moet worden gegeven (r.o. 54) en dat het tonen *van een werk* tijdens een televisie-uitzending in beginsel een mededeling aan het publiek vormt (r.o. 55). In de visie dat het HvJ EU de zienswijze van zijn A-G niet zou hebben gevolgd komt r.o. 57 als een bom uit de lucht vallen.

11. Kortom: er zijn – als ik het goed zie – meerdere lezingen van het arrest mogelijk. Voor mij is de keuze snel gemaakt: het arrest lezen tegen de achtergrond van de conclusie van de A-G en dat betekent dat het HvJ EU het begrip mededeling aan het publiek *niet* beperkt heeft uitgelegd, maar ‘slechts’ geoordeeld heeft dat er in casu geen sprake was van het tonen van een werk. Niet meer en niet minder. Waar het mij dus vooral om gaat is vaststellen dat het nog lang niet zeker is dat wij door het HvJ EU met een welhaast onwerkbaar openbaarmakingsbegrip zijn opgezaagd. Voor mij staat niet vast dat voor een relevante openbaarmaking vereist is dat toegang wordt verschaft tot de functie van het werk.

12. Nu maar hopen dat ik geen spoken zie.

Paul Geerts

Annen, 1 april 2011