CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL V. TRSTENJAK van 12 april 2011[1]

Inhoud

I — Inleiding ..... I - 12540

II — Toepasselijke bepalingen ..... I - 12540

A — Verordening nr. 44/2001 ..... I - 12540

B — Richtlijn 93/98 en richtlijn 2006/116 ..... I - 12542

C — Richtlijn 2001/29 ..... I - 12544

III — Feiten ..... I - 12546

IV — Procesverloop voor de nationale rechterlijke instanties ..... I - 12547

V — Prejudiciële vragen ..... I - 12548

VI — Procesverloop voor het Hof ..... I - 12549

VII — Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing en van de afzonderlijke prejudiciële vragen ..... I - 12549

VIII — Eerste prejudiciële vraag ..... I - 12550

A — Voornaamste argumenten van partijen ..... I - 12551

B — Ontvankelijkheid ..... I - 12553

C — Juridische beoordeling ..... I - 12553

1. Stelsel van verordening nr. 44/2001 ..... I - 12554

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2. Systematische samenhang met bepalingen met een vergelijkbaar doel .... I - 12555

a) Aansluiting bij artikel 34, sub 3, van verordening nr. 44/2001? ..... I - 12555

b) Aansluiting bij artikel 28 van verordening nr. 44/2001 ..... I - 12557

3. Rechtspraak van het Hof ..... I - 12559

4. Gegronde bezwaren ..... I - 12560

5. Nauwe band in de zin van artikel 6, sub 1, van verordening nr. 44/2001 .. I - 12562

a) Band tussen de hoofdvordering en de andere vordering of vorderingen ..... I - 12562

b) Hetzelfde feitencomplex ..... I - 12563

c) Voldoende nauwe juridische samenhang ..... I - 12565

d) Geen aparte beoordeling of voorspelling of in het specifieke geval het gevaar van onverenigbare beslissingen dreigt ..... I - 12566

D — Conclusie ..... I - 12566

IX — Overige prejudiciële vragen ..... I - 12567

A — Vierde prejudiciële vraag ..... I - 12567

1. Voornaamste argumenten van partijen ..... I - 12568

2. Ontvankelijkheid ..... I - 12570

3. Juridische beoordeling ..... I - 12570

a) Bescherming van portretfoto's ..... I - 12571

b) Het begrip reproductie ..... I - 12572

c) Conclusie ..... I - 12574

B — Derde prejudiciële vraag ..... I - 12574

1. Voornaamste argumenten van partijen ..... I - 12575

2. Juridische beoordeling ..... I - 12577

a) Bij artikel 5, lid 3, van richtlijn 2001/29 gehanteerde wetgevingstechniek ..... I - 12577

b) Eerste deelvraag ..... I - 12578

c) Tweede deelvraag ..... I - 12580

d) Derde deelvraag ..... I - 12581

C — Tweede prejudiciële vraag ..... I - 12581

1. Argumenten van partijen ..... I - 12582

2. Juridische beoordeling ..... I - 12583

a) Eerste deelvraag ..... I - 12584

b) Tweede deelvraag ..... I - 12586

i) Onmogelijkheid de naam te vermelden ..... I - 12586

ii) Rechtsgevolgen als er geen sprake is van onmogelijkheid ..... I - 12587

iii) Conclusie ..... I - 12589

c) Aanvullende opmerkingen ..... I - 12589

i) Citeren ten behoeve van kritieken of recensies ..... I - 12589

ii) Aanhaling van volledige werken ..... I - 12590

iii) Overige voorwaarden ..... I - 12591

X — Conclusie ..... I - 12591

I — Inleiding

1. Met dit prejudicieel verzoek ex artikel 267 VWEU stelt het Handelsgericht Wien (hierna: „verwijzende rechter") ons in de eerste plaats een uitleggingvraag over het forum connexitatis van artikel 6, sub 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. [2] Dit biedt het Hof de gelegenheid om zijn rechtspraak op dit terrein [3] verder te ontwikkelen.

2. De overige prejudiciële vragen hebben met name betrekking op 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. [4] Allereerst is daar de vraag of een montagefoto die aan de hand van een foto is gemaakt, zonder toestemming van de auteur van de foto in kranten en tijdschriften en op internet openbaar mag worden gemaakt. De andere vragen betreffen de door artikel 5, lid 3, sub d en e, van de richtlijn aan de lidstaten geboden mogelijkheid om voor citaten respectievelijk in het belang van de openbare veiligheid in beperkingen of restricties op het reproductierecht te voorzien.

3. Feitelijk houdt het hoofdgeding verband met de ontvoering van de Oostenrijkse Natascha K., met de opsporingsmaatregelen van de politie in die zaak en met de berichtgeving in de media nadat Natascha K. aan haar ontvoerder had weten te ontkomen.

II — Toepasselijke bepalingen [5]

A — *Verordening nr. 44/2001*

4. Volgens artikel 68, lid 1, van verordening nr. 44/2001 komt deze verordening in de betrekkingen tussen alle lidstaten, met uitzondering van Denemarken, in de plaats van het Verdrag van Brussel van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van

2 — PB L 12, blz. 1.

3 — Zie met name arresten van 27 september 1988, Kalfelis (189/87, Jurispr. blz. 5565), en 13 juli 2006, Roche Nederland e.a. (C-539/03, Jurispr. blz. I-6535), die echter betrekking hebben op de voorloper van artikel 6, sub 1, van verordening nr. 44/2001, namelijk artikel 6, sub 1, van het Executieverdrag, alsmede arrest van 11 oktober 2007, Freeport (C-98/06, Jurispr. blz. I-8319).

4 — PB L 167, blz. 10.

5 — Overeenkomstig de in het VEU en het VWEU gebruikte aanduidingen wordt het begrip „Unierecht" als overkoepelende term voor het gemeenschapsrecht en het Unierecht gebruikt. Voor zover hierna specifieke primairrechtelijke bepalingen worden aangehaald, zullen de ratione temporis toepasselijke voorschriften worden genoemd.

beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: „Executieverdrag").

5. De punten 11, 12 en 15 van de considerans van verordening nr. 44/2001 luiden als volgt:

„(11) De bevoegdheidsregels moeten in hoge mate voorspelbaar zijn, waarbij als beginsel geldt dat de bevoegdheid in het algemeen gegrond wordt op de woonplaats van de verweerder; de bevoegdheid moet altijd op die grond kunnen worden gevestigd, behalve in een gering aantal duidelijk omschreven gevallen waarin het voorwerp van het geschil of de autonomie van de partijen een ander aanknopingspunt wettigt. [...]

(12) Naast de woonplaats van de verweerder moeten er alternatieve bevoegdheidsgronden mogelijk zijn, gebaseerd op de nauwe band tussen het gerecht en de vordering of de noodzaak een goede rechtsbedeling te vergemakkelijken.

[...]

(15) Met het oog op een harmonische rechtsbedeling in de Gemeenschap moeten parallel lopende processen zo veel mogelijk worden beperkt en moet worden voorkomen dat in twee lidstaten onverenigbare beslissingen worden gegeven. [...]"

6. De bevoegdheidsregels staan in hoofdstuk II van verordening nr. 44/2001, dat bestaat uit de artikelen 2 tot en met 31.

7. Artikel 2, lid 1, van de verordening bepaalt:

„Onverminderd deze verordening worden zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat, ongeacht hun nationaliteit, opgeroepen voor de gerechten van die lidstaat."

8. Artikel 3, lid 1, van de verordening luidt als volgt:

„Degenen die op het grondgebied van een lidstaat woonplaats hebben, kunnen slechts voor het gerecht van een andere lidstaat worden opgeroepen krachtens de in de afdelingen 2 tot en met 7 van dit hoofdstuk gegeven regels."

9. Artikel 6, sub 1, van de verordening, dat in afdeling 2 („Bijzondere bevoegdheid") van hoofdstuk II staat, bepaalt:

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

[...] indien er meer dan één verweerder is: voor het gerecht van de woonplaats van een hunner, op voorwaarde dat er tussen de vorderingen 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; [...]"

10. Artikel 28 van de verordening, dat in afdeling 9 („Aanhangigheid en samenhang") van hoofdstuk II staat, luidt:

„1. Wanneer samenhangende vorderingen aanhangig zijn voor gerechten van verschillende lidstaten, kan het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht, zijn uitspraak aanhouden.

2. Wanneer deze vorderingen in eerste aanleg aanhangig zijn, kan dit gerecht, op verzoek van een der partijen, ook tot verwijzing overgaan mits het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht bevoegd is van de betreffende vorderingen kennis te nemen en zijn wetgeving de voeging ervan toestaat.

3. Samenhangend in de zin van dit artikel zijn vorderingen waartussen 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."

11. Artikel 34, sub 3, van de verordening, dat in hoofdstuk III („Erkenning en tenuitvoerlegging") staat, luidt:

„Een beslissing wordt niet erkend indien:

[...]

de beslissing onverenigbaar is met een tussen dezelfde partijen in de aangezochte lidstaat gegeven beslissing;"

B — *Richtlijn 93/98 en richtlijn 2006/116*

12. Punt 17 van de considerans van 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 [6], luidt als volgt:

„Overwegende dat voor de bescherming van foto's in de lidstaten uiteenlopende regelingen gelden; 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, het bij deze richtlijn vereiste

6 — PB L 290, blz. 9.

oorspronkelijkheidsgehalte moet worden omschreven; dat een fotografisch werk in de zin van de Berner Conventie als oorspronkelijk moet 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 verdienstelijkheid of de bedoeling ervan; dat de bescherming van andere foto's aan de nationale wetgever dient te worden overgelaten;"

13. Artikel 6 van deze 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."

14. De bepalingen van richtlijn 93/98 zijn gecodificeerd in 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. [7]

15. Punt 16 van de considerans van richtlijn 2006/116 luidt als volgt:

„Voor de bescherming van foto's gelden in de lidstaten uiteenlopende regelingen. 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 verdienstelijkheid of de bedoeling ervan. De bescherming van andere foto's dient aan de nationale wetgever te worden overgelaten."

16. Artikel 6 van deze 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."

7 — PB L 372, blz. 12.

C — *Richtlijn 2001/29*

17. De punten 9, 21, 32 en 44 van de considerans van richtlijn 2001/29 luiden als volgt:

„(9) Bij een harmonisatie van het auteursrecht en de naburige rechten moet steeds van een hoog beschermingsniveau worden uitgegaan, omdat die rechten van wezenlijk belang zijn voor scheppend werk. De bescherming van deze rechten draagt bij tot de instandhouding en ontwikkeling van de creativiteit in het belang van auteurs, uitvoerend kunstenaars, producenten, consumenten, cultuur, industrie en het publiek in het algemeen. De intellectuele eigendom is dan ook als een geïntegreerd deel van de eigendom erkend.

[...]

(21) In deze richtlijn moet worden bepaald welke handelingen ten aanzien van de verschillende rechthebbenden onder het reproductierecht vallen. Dit dient in overeenstemming met het acquis communautaire te geschieden. Een brede omschrijving van deze handelingen is noodzakelijk om voor rechtszekerheid in de interne markt te zorgen.

[...]

(32) Deze richtlijn bevat een uitputtende opsomming van de beperkingen en restricties op het reproductierecht en het recht van mededeling aan het publiek. Sommige beperkingen en restricties zijn enkel van toepassing op het reproductierecht, wanneer dit passend is. Bij het opstellen van deze lijst is zowel rekening gehouden met de verschillende rechtstradities in de lidstaten als met het vereiste van een goed functionerende interne markt. De lidstaten passen deze beperkingen en restricties op coherente wijze toe. Dit zal worden beoordeeld bij het onderzoek van de uitvoeringswetgeving in de toekomst.

[...]

(44) Gebruik van de bij deze richtlijn bepaalde beperkingen of restricties dient te geschieden in overeenstemming met de ter zake geldende internationale verplichtingen. Dergelijke beperkingen en restricties mogen niet op zodanige wijze worden toegepast dat de wettige belangen van de rechthebbende worden geschaad of afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van zijn werk of andere zaak. De lidstaten moeten, wanneer zij in dergelijke beperkingen of restricties voorzien, daarbij met name naar behoren rekening houden met de sterkere economische uitwerking welke die beperkingen of restricties in de nieuwe elektronische omgeving kunnen hebben. Bijgevolg zal het toepassingsgebied van bepaalde beperkingen of restricties nog beperkter dienen te zijn, wanneer het gaat om bepaalde nieuwe vormen van gebruik van door het auteursrecht beschermde werken en ander materiaal."

18. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/29 bepaalt:

„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."

19. Artikel 2, sub a, van deze richtlijn, dat betrekking heeft op het reproductierecht, luidt:

„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."

20. Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 heeft betrekking op het recht van mededeling van werken aan het publiek en op het recht van beschikbaarstelling van ander materiaal voor het publiek. Het bepaalt:

„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."

21. Artikel 5 van dezelfde richtlijn („Beperkingen en restricties") bepaalt met name:[...]

„3. 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;

[...]

5) 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."

III — Feiten

22. Verzoekster in het hoofdgeding (hierna: „verzoekster") is zelfstandig fotograaf. Zij fotografeert onder meer kinderen op kleuterscholen en kinderdagverblijven. In het kader van haar beroepsactiviteit heeft zij portretfoto's gemaakt van de Oostenrijkse Natascha K. (hierna: „de litigieuze foto's") vóór haar ontvoering in 1998. Zij heeft daarbij de achtergrond van de foto's ontworpen, de pose en de gezichtsuitdrukking bepaald alsook de foto's gemaakt en ontwikkeld.

23. Sinds meer dan 17 jaar voorziet verzoekster de door haar gemaakte foto's van haar naam en haar zakelijk adres. Zij heeft dit in de loop der jaren op verschillende manieren gedaan, door de betrokken gegevens met behulp van een etiket en/of rechtstreeks aan te brengen op de mapjes of passe-partouts waarin de foto's worden aangeboden. Hoe dan ook blijken verzoeksters naam en haar zakelijk adres steeds duidelijk uit deze aanduidingen.

24. Verzoekster heeft de door haar gemaakte werken 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 werken.

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

26. Verweersters in het hoofdgeding (hierna: „verweersters") zijn krantenuitgevers. Alleen de eerste verweerster is gevestigd in Wenen, Oostenrijk. Verweersters 2 tot en met 5 hebben hun zetel in Duitsland.

27. De eerste en de derde verweerster geven (ook) in Oostenrijk verschijnende dagbladen (*Der Standard* respectievelijk *Süddeutsche Zeitung*) uit en de vierde verweerster geeft een weekblad uit dat ook in Oostenrijk verschijnt (*Der Spiegel*). De vijfde verweerster geeft een dagblad uit dat uitsluitend in Duitsland verschijnt (*Express*). De tweede verweerster geeft een dagblad (*Bild*) uit waarvan de Duitse federale uitgave niet in Oostenrijk wordt verkocht. De Münchener uitgave van deze krant verschijnt echter ook in Oostenrijk. Daarnaast geeft de tweede verweerster

nog een andere krant (*Die Welt*) uit, die ook in Oostenrijk verkrijgbaar is, en verzorgt zij internet-nieuwssites.

28. In 2006 wist Natascha K. aan haar ontvoerder te ontkomen. Het hoofdgeding heeft betrekking op de berichtgeving door verweersters na Natascha's vlucht en vóór haar eerste openbare televisieoptreden op 5 september 2006. In die periode waren er geen actuele foto's van Natascha K. voorhanden. In het kader van hun verslaggeving publiceerden verweersters de litigieuze foto's in de genoemde kranten en tijdschriften en op de genoemde internetsites zonder aanduiding als maker dan wel met een onjuiste aanduiding als maker, namelijk onder vermelding van een andere naam dan die van verzoekster. De berichtgeving in de diverse media verschilde ten aanzien van de keuze van de foto's en de begeleidende tekst. Verweersters voeren aan dat zij de litigieuze foto's van een persagentschap hadden gekregen zonder vermelding van verzoeksters naam dan wel onder vermelding van een andere naam dan die van verzoekster.

29. Bij sommige van de berichten werd ook een montagefoto gepubliceerd om een indruk te geven van hoe Natascha K. er vermoedelijk inmiddels zou uitzien (hierna: „litigieuze montagefoto"). Een graficus had deze montagefoto met behulp van een computerprogramma gemaakt aan de hand van de litigieuze foto's.

IV — Procesverloop voor de nationale rechterlijke instanties

30. Verzoekster heeft bij het Handelsgericht Wien in Oostenrijk een procedure aanhangig gemaakt tegen verweersters. Zij vordert met name [8] dat het verweersters wordt verboden de litigieuze foto's en de litigieuze montagefoto zonder haar toestemming dan wel zonder dat zij als auteur van de foto's wordt vermeld, te reproduceren, alsmede dat zij worden veroordeeld om haar een passende beloning te betalen en schadeloos te stellen.

31. Verzoekster heeft tegelijkertijd een voorlopige voorziening gevraagd, waarover inmiddels door de hoogste rechter is beslist.

8 — De vordering is ook gericht tegen de distributie van de foto's, maar aangezien dit punt niet van wezenlijk belang is voor deze prejudiciële procedure, zal ik er hierna niet apart op ingaan. Ik wijs er echter op dat de door artikel 5, lid 3, sub d en e, van richtlijn 2001/29 geboden mogelijkheid om beperkingen en restricties te stellen, enkel geldt voor de in de artikelen 2 en 3 van deze richtlijn bedoelde rechten en dus niet voor het in artikel 4 van de richtlijn geregelde distributierecht.

V — Prejudiciële vragen

32. Met zijn verzoek om een prejudiciële beslissing van 8 maart 2010 legt de verwijzende rechter het Hof de volgende vragen voor:

„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 beschermde tekst is?

2 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 veiligheidstaken 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?

3 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?

3 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 te 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 EVRM en op artikel 17 van het Handvest van de grondrechten, 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?"

VI — Procesverloop voor het Hof

33. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 22 maart 2010 ter griffie van het Hof ingeschreven.

34. Partijen in het hoofdgeding, de Oostenrijkse, de Italiaanse en de Spaanse regering en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

35. Aangezien geen der belanghebbenden om een terechtzitting heeft verzocht, kon in deze zaak na de algemene vergadering van het Hof op 14 december 2010 de onderhavige conclusie worden genomen.

VII — Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing en van de afzonderlijke prejudiciële vragen

36. Verweersters vragen zich af of het prejudicieel verzoek als geheel wel ontvankelijk is. Zij zijn van mening dat de verwijzende rechter de feiten niet toereikend heeft vastgesteld en zijn twijfels omtrent de juiste uitlegging van het Unierecht onvoldoende heeft onderbouwd. De verwijzende rechter zou bovendien de samenhang tussen de

op het hoofdgeding toe te passen nationale wettelijke bepalingen en de bepalingen van Unierecht onvoldoende duidelijk hebben gemaakt; met name zou hij hebben nagelaten de toepasselijke bepalingen van nationaal recht aan te halen.

37. Deze grieven kunnen niet worden aanvaard.

38. Zoals uit de verwijzingsbeslissing blijkt, wordt het hoofdgeding gekenmerkt door de bijzonderheid dat er een kortgedingprocedure aan is voorafgegaan. In het kader daarvan heeft het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof (hierna: „OGH") rechtsopvattingen vertolkt waarvan de verenigbaarheid met het Unierecht tussen partijen in het hoofdgeding ter discussie staat. Voor een prejudicieel verzoek overeenkomstig artikel 267 VWEU volstaat het dat de verwijzende rechter de rechtsopvattingen van het OGH uiteenzet en duidelijk maakt dat hij zich wegens de uiteenlopende standpunten van partijen in het hoofdgeding afvraagt of die rechtsopvattingen met het Unierecht verenigbaar zijn. Voor het overige heeft de verwijzende rechter bij zijn uiteenzetting van de door het OGH vertolkte rechtsopvattingen de toepasselijke bepalingen van nationaal recht met voor de onderhavige procedure voldoende nauwkeurigheid weergegeven.

VIII — Eerste prejudiciële vraag

39. De eerste prejudiciële vraag gaat over het forum connexitatis van artikel 6, sub 1, van verordening nr. 44/2001. De verwijzende rechter vraagt zich af of hij ingevolge deze bepaling ook bevoegd is ten aanzien van de tegen de tweede en de vijfde verweerster ingestelde vorderingen, voor zover deze betrekking hebben op de verslaggeving in de kranten die alleen in Duitsland zijn verschenen (dat wil zeggen het dagblad *Express* en de federale uitgave van de *Bild*). [9]

40. Feitelijk en juridisch wordt de onderhavige zaak onder meer hierdoor gekenmerkt, dat de verwijzende rechter ingevolge artikel 2 van verordening nr. 44/2001 bevoegd is om kennis te nemen van de vordering die is ingesteld tegen de eerste verweerster, die in Wenen is gevestigd en het in Oostenrijkse verschijnende dagblad *Der Standard* uitgeeft. Volgens de verwijzende rechter is op deze vordering, die is ingesteld wegens inbreuk op verzoeksters auteursrecht, Oostenrijks recht van toepassing. Aan de vorderingen respectievelijk de vordering die tegen de vijfde en de tweede verweerster zijn ingesteld wegens de berichtgeving in de artikelen in het dagblad *Express* en in de federale uitgave van de *Bild*, liggen vergelijkbare inbreuken op verzoeksters auteursrecht ten grondslag. Mocht de verwijzende rechter ten aanzien van die vorderingen bevoegd zijn, dan zou naar zijn mening de openbaarmaking van de foto's in deze dagbladen, die niet in Oostenrijk zijn verschenen, naar Duits recht moeten worden

9 — Zie punt 27 van deze conclusie. De verwijzende rechter stelt deze vraag niet voor de overige kranten, het tijdschrift en de internetsites.

beoordeeld. De verwijzende rechter merkt verder op dat ondanks de tussen de Duitse en de Oostenrijkse wetgeving bestaande verschillen, de volgens die wettelijke regelingen geldende voorwaarden in essentie vergelijkbaar zijn.

identiek zijn. Voor een dergelijke uitlegging pleiten ook proceseconomische overwegingen. Bovendien moet een auteur in het internettijdperk doeltreffend kunnen optreden tegen in verschillende lidstaten gemaakte inbreuken op zijn auteursrecht.

A — *Voornaamste argumenten van partijen*

41. Volgens *verzoekster* is in casu aan de voorwaarden voor toepassing van de forum connexitatis-regel voldaan. Een gelijktijdige behandeling en berechting zijn noodzakelijk om te vermijden dat ondanks een identieke feitelijke situatie en een nagenoeg identieke rechtssituatie in afzonderlijke procedures onverenigbare beslissingen worden gegeven. Enkele kleine uitzonderingen daargelaten, zijn de tegen alle verweersters ingestelde vorderingen identiek. De feiten zijn vergelijkbaar, aangezien in alle gevallen de litigieuze foto's zonder verzoeksters toestemming zijn gebruikt. De toepasselijkheid van artikel 6, sub 1, van verordening nr. 44/2001 is niet uitgesloten als op de afzonderlijke vorderingen weliswaar verschillend nationaal recht van toepassing is, maar de aan de aanspraken ten grondslag liggende bepalingen in wezen

42. Volgens *verweersters* is de vraag nietontvankelijk omdat alleen rechterlijke instanties waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, het Hof om uitlegging van verordening nr. 44/2001 kunnen verzoeken. Zij menen bovendien dat artikel 6, sub 1, van de verordening in casu niet van toepassing is, omdat de volgens deze bepaling vereiste nauwe samenhang ontbreekt. Ten eerste moet elk geval van openbaarmaking van de litigieuze foto's op zichzelf worden beoordeeld. Ten tweede kan de rechtssituatie in de onderscheiden lidstaten verschillend zijn, waardoor onverenigbare beslissingen zijn uitgesloten. In het arrest Roche Nederland [10] heeft het Hof in een vergelijkbaar geval het bestaan van een voldoende nauwe band ontkend. In die zaak behoorden de verschillende verweerders zelfs tot hetzelfde concern en hadden zij op nagenoeg dezelfde wijze gehandeld overeenkomstig een gemeenschappelijk beleidsplan. Dit betekent volgens verweersters dat in deze zaak van een nauwe band tussen de vorderingen al helemaal geen sprake kan zijn.

10 — Aangehaald in voetnoot 3.

43. De *Oostenrijkse regering* en de Commissie betogen dat de toepasselijkheid van artikel 6, sub 1, van de verordening niet reeds is uitgesloten op grond dat de vordering tegen de eerste verweerster, die haar zetel in Oostenrijk heeft, ander nationaal recht van toepassing is dan op de overige vorderingen.

44. De Commissie wijst er om te beginnen op dat het in artikel 6, sub 1, van de verordening gebezigde begrip onverenigbare beslissing niet op dezelfde wijze kan worden uitgelegd als het overeenkomstige begrip in artikel 34, sub 3, van de verordening. Daarentegen bestaat er wel een nauwe samenhang tussen artikel 6, sub 1, en artikel 28, lid 3, van de verordening, die immers beide onverenigbare beslissingen willen vermijden. Toch komen de doelstellingen van deze beide bepalingen niet volledig overeen.

45. De Oostenrijkse regering betoogt verder dat artikel 6, sub 1, van de verordening geen onverenigbare beslissingen wil tegengaan die het gevolg zouden kunnen zijn van de toepasselijkheid van verschillend nationaal recht. Deze bepaling beoogt integendeel uit een verschillende beoordeling van de feiten voortvloeiende tegenstrijdigheden tussen twee beslissingen te vermijden. Om deze reden kan artikel 6, sub 1, van de verordening ook worden toegepast ten aanzien van vorderingen waarop verschillend nationaal recht van toepassing is, zolang de volgens de twee betrokken rechtsstelsels geldende voorwaarden maar in grote lijnen vergelijkbaar zijn.

46. Ook volgens de Commissie is het geen voorwaarde voor de toepassing van artikel 6, sub 1, van de verordening dat de vorderingen op dezelfde rechtsgrond berusten. Anders zou namelijk de nuttige werking van deze bepaling voor een groot deel worden tenietgedaan. Voor de toepasselijkheid van deze bepaling is niet doorslaggevend of het gevaar van tegenstrijdige beslissingen dreigt. Het gaat er integendeel om dat alle omstandigheden van het betrokken geval worden beoordeeld, waarbij in het bijzonder de doelstellingen van versterking van de rechtsbescherming en van het tegengaan van parallelle procedures, alsook de belangen van eiser en verweerders in aanmerking moeten worden genomen. Bovendien moet worden gewaarborgd dat er passende mogelijkheden voor de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten voorhanden zijn. In casu moet in relatie tot de tweede verweerster verzoeksters belang bij een effectieve rechtsbescherming tegen inbreuken op haar auteursrecht het zwaarst wegen, zodat artikel 6, sub 1, van de verordening moet worden toegepast. Voor de vijfde verweerster, die haar krant uitsluitend in Duitsland heeft verkocht, was een dergelijke vordering echter onvoldoende voorzienbaar, zodat toepassing van artikel 6, sub 1, van de verordening hier niet aan de orde is.

B — *Ontvankelijkheid*

47. Verweersters' argument dat de eerste vraag niet-ontvankelijk is omdat alleen rechterlijke instanties waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, het Hof om uitlegging van verordening nr. 44/2001 kunnen verzoeken, kan niet worden aanvaard.

48. Deze in artikel 68, lid 1, EG opgenomen beperking is namelijk niet overgenomen in het VWEU, dat op 1 december 2009 in werking is getreden en dus ratione temporis van toepassing is op het op 22 maart 2010 bij het Hof ingediende prejudicieel verzoek.

C — *Juridische beoordeling*

49. Met zijn eerste prejudiciële vraag wil de verwijzende rechter weten of de forum connexitatis-regel van artikel 6, sub 1, van de verordening kan worden toegepast ten aanzien van de tweede en de vijfde verweerster, voor zover het gaat om de openbaarmaking van de litigieuze foto's en van de litigieuze montagefoto in de uitsluitend in Duitsland verkochte dagbladen, dat wil zeggen in de federale uitgave van de *Bild* en in de *Express*.

50. Volgens artikel 6, sub 1, van de verordening kan een eiser die een persoon voor het gerecht van diens woonplaats oproept (hierna: „hoofdvordering") [11], ook een andere persoon voor dit gerecht oproepen. Voorwaarde daarvoor is wel dat er tussen de twee vorderingen 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.

51. Een hoofdvordering is in casu gegeven met de vordering tegen de eerste verweerster, die haar zetel in Wenen heeft.

52. De verwijzende rechter betwijfelt echter of ook de tweede voorwaarde van artikel 6, sub 1, van de verordening is vervuld, dat wil zeggen of er een nauwe band bestaat tussen de hoofdvordering enerzijds en de vorderingen tegen de tweede en de vijfde verweerster anderzijds. Deze tweede voorwaarde vindt haar oorsprong in de rechtspraak van het Hof over de voorloper van artikel 6, sub 1, van de verordening in het Executieverdrag. In artikel 6, sub 1, van het Executieverdrag was een dergelijke eis van samenhang niet geformuleerd.

11 — Zie voor dit begrip Althammer, C., „Die Anforderungen an die „Ankerklage" am forum connexitatis", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2006, blz. 558 e.v.

Het Hof achtte toetsing aan deze bijkomende voorwaarde echter noodzakelijk opdat het in artikel 2 van het Executieverdrag geformuleerde forum rei-beginsel niet op losse schroeven zou komen te staan. [12] In het kader van verordening nr. 44/2001 heeft de Uniewetgever deze door het Hof ontwikkelde voorwaarde in de tekst van de bepaling overgenomen. Er is dus sprake van continuïteit tussen artikel 6, sub 1, van de verordening en artikel 6, sub 1, van het Executieverdrag.

53. De verwijzende rechter vraagt zich af of van een nauwe band in de zin van artikel 6, sub 1, van de verordening sprake kan zijn in een geval waarin

— met alle drie de vorderingen inhoudelijk vergelijkbare inbreuken op het auteursrecht worden gesteld en vergelijkbare aanspraken geldend worden gemaakt,

— op de hoofdvordering Oostenrijks recht en op de vorderingen tegen de tweede en de vijfde verweerster wegens de in Duitsland verkochte kranten Duits recht van toepassing is,

— de voorwaarden voor de geldend gemaakte aanspraken naar Oostenrijks en naar Duits recht in wezen identiek zijn.

54. Ik zal bij de beantwoording van deze vraag stapsgewijs te werk gaan. Eerst zal ik ingaan op de plaats van het forum connexitatis in het stelsel van de bevoegdheidsregeling van verordening nr. 44/2001 (1). Daarna zal ik onderzoeken hoe artikel 6, sub 1, van deze verordening, dat primair bedoeld is om onverenigbare beslissingen te vermijden, zich verhoudt tot andere bepalingen die hetzelfde beogen (2). Vervolgens zal ik ingaan op de uitlegging die het Hof aan de eis van nauwe samenhang heeft gegeven (3). Aangezien ik de bezwaren tegen de rechtspraak van het Hof ten dele gerechtvaardigd acht (4), zal ik het Hof in overweging geven zijn benadering iets te wijzigen (5).

1. Stelsel van verordening nr. 44/2001

55. Volgens artikel 2 van verordening nr. 44/2001 geldt als algemeen beginsel dat de rechter van de lidstaat op het grondgebied waarvan de verweerder zijn woonplaats heeft, bevoegd is. De verordening voorziet echter als uitzondering op dit beginsel in een

12 — Arrest Kalfelis (aangehaald in voetnoot 3, punten 6-12), en arrest van 27 oktober 1998, Réunion européenne e.a. (C-51/97, Jurispr. blz. I-6511, punten 47 e.v.).

limitatieve reeks bijzondere bevoegdheidsregels. Volgens vaste rechtspraak moeten deze bijzondere bevoegdheidsregels, waartoe ook artikel 6, sub 1, van de verordening behoort, strikt worden uitgelegd. [13]

56. Bij de uitlegging van artikel 6, sub 1, van verordening nr. 44/2001 moet ook punt 11 van de considerans van deze verordening in aanmerking worden genomen. Daarin wordt overwogen dat de bevoegdheidsregels in hoge mate voorspelbaar moeten zijn, waarbij als beginsel geldt dat de bevoegdheid in het algemeen gegrond wordt op de woonplaats van de verweerder. Van dit beginsel dient slechts te worden afgeweken in een gering aantal duidelijk omschreven gevallen waarin het voorwerp van het geschil of de autonomie van de partijen een ander aanknopingspunt wettigt.

2. Systematische samenhang met bepalingen met een vergelijkbaar doel

57. Artikel 6, sub 1, van de verordening beoogt primair te vermijden dat vorderingen die nauw met elkaar in verband staan, tot onverenigbare beslissingen leiden. [14] Het ligt dan ook voor de hand om voor de uitlegging van deze bepaling aansluiting te zoeken bij andere bepalingen van de verordening die een vergelijkbaar doel nastreven. Ook artikel 34, sub 3, van de verordening (a) en artikel 28 van de verordening (b) gaan over onverenigbaarheid van twee rechterlijke beslissingen.

a) Aansluiting bij artikel 34, sub 3, van verordening nr. 44/2001?

58. Om te beginnen rijst de vraag of voor de uitlegging van artikel 6, sub 1, van de verordening aansluiting moet worden gezocht bij artikel 34, sub 3, van de verordening en bij de op deze bepaling betrekking hebbende rechtspraak. Volgens deze bepaling wordt een in een lidstaat tussen twee partijen gegeven beslissing in de lidstaat waar de erkenning ervan wordt gevraagd, niet erkend als zij onverenigbaar is met een in die staat tussen dezelfde partijen gegeven beslissing.

59. Het Hof heeft met betrekking tot de voorloper van artikel 34, sub 3, van de verordening, artikel 27, sub 3, van het Executieverdrag, vastgesteld dat onverenigbaarheid van twee beslissingen in de zin van deze bepaling slechts kan worden aangenomen indien deze beslissingen rechtsgevolgen hebben die elkaar uitsluiten. [15] Dit is bijvoorbeeld het geval als tussen twee personen eerst een beslissing wordt gegeven waarbij de ene partij wordt veroordeeld om aan de andere partij uit hoofde van haar uit het huwelijk

13 — Arrest Freeport (aangehaald in voetnoot 3, punt 35), en arrest van 13 juli 2006, Reisch Montage (C-103/05, Jurispr. blz. I-6827, punt 23).

14 — Aan artikel 6, sub 1, van de verordening liggen ook proceseconomische overwegingen ten grondslag.

15 — Arrest van 4 februari 1988, Hoffmann (145/86, Jurispr. blz. 645, punt 22).

voortvloeiende verplichtingen alimentatie te betalen, en vervolgens een beslissing waarbij tussen de betrokkenen de echtscheiding wordt uitgesproken. [16]

60. Sommigen zijn van mening dat voor de uitlegging van artikel 6, sub 1, van de verordening aansluiting moet worden gezocht bij artikel 34, sub 3, van deze verordening en dat de aangehaalde rechtspraak dus ook op eerstgenoemde bepaling moet worden toegepast. [17] Daartegen pleiten evenwel de volgende argumenten.

61. Ten eerste hebben artikel 34, sub 3, en artikel 6, sub 1, van de verordening betrekking op verschillende situaties en hebben zij dus ook een verschillend doel.

62. Artikel 34, sub 3, van de verordening speelt een rol in de fase van de erkenning en tenuitvoerlegging van door gerechten van andere lidstaten gegeven beslissingen. Het is een bepaling die bedoeld is om een conflict tussen twee, tussen dezelfde partijen gegeven rechterlijke beslissingen op te lossen, dat volgens het systeem van de verordening eigenlijk helemaal niet zou mogen ontstaan. [18] Niet-erkenning overeenkomstig artikel 34, sub 3, van de verordening is dus een uitzonderingsgeval waarin een afwijking van het beginsel van de nagenoeg automatische erkenning van door gerechten van andere lidstaten gegeven beslissingen, en daarmee van een „hoeksteen" van verordening nr. 44/2001, bij wijze van uitzondering gerechtvaardigd is. Daarom moet deze bepaling strikt worden uitgelegd en alleen worden toegepast ten aanzien van beslissingen waarvan de rechtsgevolgen elkaar uitsluiten. [19]

63. Artikel 6, sub 1, van de verordening ziet daarentegen op een andere situatie. In de eerste plaats beoogt deze bepaling te vermijden dat er überhaupt door gerechten onverenigbare beslissingen worden gegeven. Verder gaat het in deze bepaling niet om onverenigbaarheid van twee tussen dezelfde partijen gegeven beslissingen, maar om potentiële onverenigbaarheid van twee beslissingen waarvan de ene wordt gegeven tussen de eiser en de hoofdverweerder, en de andere tussen de eiser en een andere verweerder. Artikel 6, sub 1, van de verordening biedt de eiser de mogelijkheid om in gevallen waarin tussen de vorderingen een nauwe band bestaat, beide vorderingen door hetzelfde gerecht te laten behandelen, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven. [20]

16 — Ibidem, punt 25.

17 — Zo heeft advocaat-generaal Léger in de punten 107 tot en met 110 van zijn conclusie van 8 december 2005 in de zaak Roche Nederland (aangehaald in voetnoot 3) de voorkeur gegeven aan een dergelijke strikte uitlegging van artikel 6, sub 1, van het Executieverdrag. Het Hof heeft in zijn arrest in die zaak in het midden gelaten of deze opvatting moet worden gevolgd (zie punt 25 van het arrest). Uit het arrest Freeport (aangehaald in voetnoot 3) valt evenwel op te maken dat het Hof deze strikte benadering niet serieus in overweging neemt.

18 — Zie met name de litispendentieregel van artikel 27 van de verordening.

19 — Zie punt 17 van de considerans van de verordening, en arrest van 6 december 1994, Tatry (C-406/92, Jurispr. blz. I-5439, punt 55).

20 — De toepassing van artikel 6, sub 1, kan daarnaast ook proceseconomische voordelen opleveren.

64. Het lijkt mij alleen al gelet op de verschillende situaties die door de twee betrokken bepalingen worden geregeld, niet erg voor de hand te liggen om de rechtspraak inzake de voorloper van artikel 34, sub 3, van de verordening te transponeren naar artikel 6, sub 1, van de verordening.

65. Tegen een dergelijke benadering pleit in de tweede plaats dat daardoor het „effet utile" van artikel 6, sub 1, van de verordening voor een groot deel zou worden uitgehold. Een situatie waarin de rechtsgevolgen van twee beslissingen elkaar uitsluiten, zal zich in de regel enkel voordoen bij twee tussen dezelfde partijen gegeven beslissingen. Aangezien artikel 6, sub 1, van de verordening echter niet ziet op deze situatie, maar op een situatie waarin de ene beslissing wordt gegeven tussen de eiser en de hoofdverweerder, en de andere tussen de eiser en een andere verweerder, zullen die beslissingen doorgaans geen rechtsgevolgen hebben die elkaar uitsluiten in de zin van artikel 34, sub 3, van de verordening. Immers, ook in geval van onverenigbaarheid zullen de beslissingen toch in veel gevallen beide ten uitvoer kunnen worden gelegd. [21]

66. Ik concludeer dan ook dat voor de uitlegging van artikel 6, sub 1, geen aansluiting moet worden gezocht bij artikel 34, sub 3, en dat de rechtspraak inzake de voorloper van laatstgenoemde bepaling niet moet worden getransponeerd naar artikel 6, sub 1. [22]

b) Aansluiting bij artikel 28 van verordening nr. 44/2001

67. Bij de uitlegging van artikel 6, sub 1, van verordening nr. 44/2001 moet daarentegen wel de samenhang met artikel 28 van deze verordening in aanmerking worden genomen. Wanneer samenhangende vorderingen aanhangig zijn voor gerechten van verschillende lidstaten, kan volgens artikel 28, lid 1, van de verordening het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht, zijn uitspraak aanhouden. Als aan de in artikel 28, lid 2, geformuleerde voorwaarden is voldaan, kan het laatst aangezochte gerecht zich zelfs onbevoegd verklaren. De samenhang waarvan sprake moet zijn om overeenkomstig artikel 28, leden 1 en 2, de zaak te kunnen aanhouden respectievelijk verwijzen, wordt in lid 3 van deze bepaling nader gedefinieerd. De formulering van artikel 28, lid 3, komt woordelijk overeen met die van artikel 6, sub 1, van

21 — Zie punt 109 van de conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak Roche Nederland (aangehaald in voetnoot 3).

22 — In die zin ook Gaudemet-Tallon, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4e druk 2010, L.G.D.J., blz. 255.

de verordening. Zoals gezegd [23], is dit toe te schrijven aan het feit dat de formulering van artikel 6, sub 1, van de verordening is ontleend aan de rechtspraak van het Hof inzake artikel 6, sub 1, van het Executieverdrag, bij de uitlegging waarvan het Hof zich heeft georiënteerd op de voorloper van artikel 28, lid 3, van de verordening, te weten artikel 22, lid 3, van genoemd verdrag.

68. Alleen al om deze reden ligt het voor de hand om bij de uitlegging van artikel 6, sub 1, van de verordening de systematische samenhang met artikel 28 van de verordening en dus ook de rechtspraak over de voorloper van deze bepaling in aanmerking te nemen. Volgens s Hofs rechtspraak moet het begrip samenhang in de zin van artikel 22, lid 3, Executieverdrag (het huidige artikel 28, lid 3, van verordening nr. 44/2001) aldus worden uitgelegd, dat er tussen twee vorderingen reeds samenhang bestaat wanneer de afzonderlijke behandeling van die vorderingen een gevaar voor tegenstrijdige beslissingen oplevert, zonder dat dit gevaar dient te leiden tot rechtsgevolgen die elkaar uitsluiten. [24] Deze rechtspraak kan volgens mij naar artikel 6, sub 1, van de verordening worden getransponeerd.

69. Dit betekent echter niet dat alles wat het Hof over artikel 28 van de verordening heeft gezegd, zonder meer ook voor artikel 6, sub 1, van de verordening zou gelden. Want ook al zijn deze twee bepalingen identiek geformuleerd en hebben zij een vergelijkbaar doel, zij vertonen niettemin verschillen waaraan niet mag worden voorbijgegaan.

70. Artikel 28, lid 1, van de verordening biedt de laatst geadieerde rechter de mogelijkheid zijn uitspraak aan te houden. Anders dan bij artikel 6, sub 1, van de verordening, houdt een dergelijke aanhouding echter niet in dat de internationale bevoegdheid wordt verlegd. Het is juist dat een gerecht, indien aan de aanvullende voorwaarden van artikel 28, lid 2, van de verordening is voldaan, zich ook onbevoegd kan verklaren. Aangenomen moet echter worden dat een nationaal gerecht zich bij zijn beslissingen overeenkomstig artikel 28 van de verordening met name zal laten leiden door de noodzaak van een harmonische rechtsbedeling.

71. Het is daarentegen enkel en alleen de eiser die bepaalt of van de forum connexitatis-regel zal worden gebruikgemaakt. Deze zal zich daarbij echter niet laten leiden door de vereisten van een goede rechtsbedeling, maar door de vraag welk forum voor hem het gunstigst is. Om eventueel misbruik te voorkomen, mogen daarom bij de uitlegging van het begrip nauwe band in de zin van artikel 6, sub 1, van de verordening de belangen van de verweerder niet uit het oog worden verloren. Dit betekent dat aan het begrip nauwe band in artikel 6, sub 1, van de verordening iets hogere eisen moeten worden gesteld dan aan

23 — Zie punt 52 van deze conclusie.

24 — Arrest Tatry (aangehaald in voetnoot 19, punt 58).

het overeenkomstige begrip in artikel 28 van de verordening. [25]

3. Rechtspraak van het Hof

72. Na deze uiteenzetting van het met verordening nr. 44/2001 gegeven normatieve kader wil ik thans ingaan op de wijze waarop het Hof het in artikel 6, sub 1, van de verordening gebezigde begrip nauwe band heeft uitgelegd. Om de eerdergenoemde redenen moet daarbij ook de op artikel 6, sub 1, van het Executieverdrag betrekking hebbende rechtspraak in aanmerking worden genomen.

73. Om te beginnen heeft het Hof duidelijk gemaakt dat het begrip nauwe band in de zin van artikel 6, sub 1, van de verordening een Unierechtelijk begrip is, dat autonoom en in alle lidstaten op dezelfde wijze moet worden uitgelegd. [26]

74. Verder gaat het Hof ervan uit dat toepassing van artikel 6, sub 1, van verordening nr. 44/2001 (of van het Executieverdrag) slechts aan de orde is als het gevaar van tegenstrijdige beslissingen in de zin van deze bepaling aanwezig is. Beslissingen kunnen niet reeds tegenstrijdig worden geacht op grond van een divergentie in de beslechting van het geschil. Voor tegenstrijdigheid is bovendien vereist dat deze divergentie zich voordoet in het kader van *eenzelfde feitelijke en rechtssituatie*. [27]

75. Ook blijkt uit het arrest Roche Nederland dat volgens het Hof in het geval van rechtsvorderingen ter zake van inbreuken op een Europees octrooi waarbij verscheidene in verschillende verdragsluitende staten gevestigde vennootschappen zijn gedagvaard voor feiten die zij zouden hebben begaan op het grondgebied van een of meer van deze staten, niet kan worden geconcludeerd dat er sprake is van eenzelfde feitelijke situatie. Het Hof heeft hiervoor aangevoerd dat de verweerders verschillen en de hun ten laste gelegde, in verschillende lidstaten gepleegde octrooiinbreuken niet dezelfde zijn.

76. In dat arrest heeft het Hof bovendien geoordeeld dat er geen sprake is van eenzelfde rechtssituatie als op de twee vorderingen verschillend nationaal recht van toepassing is en dit recht, zoals op het gebied van het octrooirecht het geval is, niet volledig is geharmoniseerd. In een dergelijk geval kunnen van elkaar afwijkende beslissingen volgens het Hof niet als onverenigbaar in de zin van

25 — In die zin Leible, S., in: Rauscher, T., *Europäisches Zivilprozessrecht*, Sellier 2006, artikel 6, punt 8.

26 — Arrest Reisch Montage (aangehaald in voetnoot 13, punt 29).

27 — Arresten Freeport (aangehaald in voetnoot 3, punt 40) en Roche Nederland (aangehaald in voetnoot 3, punt 26)

artikel 6, sub 1, van het Executieverdrag worden aangemerkt. [28]

77. Later heeft het Hof in het arrest Freeport vastgesteld dat voor de toepassing van artikel 6, sub 1, van de verordening niet de voorwaarde geldt dat de tegen de verschillende verweerders ingestelde vorderingen dezelfde rechtsgrondslag hebben. [29] Het is aan de nationale rechter om te beoordelen of tussen de verschillende bij hem ingestelde vorderingen een nauwe band bestaat en of afzonderlijke berechting van de zaken dus het gevaar van onverenigbare beslissingen oplevert. Daarbij dient hij rekening te houden met alle noodzakelijke elementen van het dossier, waartoe hij in voorkomend geval ook de rechtsgrondslagen van de bij hem ingestelde vorderingen in de beschouwing zal moeten betrekken. [30]

28 — Het Hof heeft in dit arrest verklaard dat een Europees octrooi onderworpen blijft aan de nationale regeling van elk van de verdragsluitende staten waarvoor het is verleend (bundeltheorie). Een rechtsvordering ter zake van inbreuk op een Europees octrooi moet derhalve op grond van de toepasselijke nationale regeling worden beoordeeld. Hieruit volgt dat wanneer bij verschillende gerechten van onderscheiden verdragsluitende staten rechtsvorderingen wegens inbreuk op een in elk van deze staten verleend octrooi tegen in deze staten woonachtige verweerders aanhangig zijn gemaakt voor feiten die beweerdelijk op hun grondgebied zijn begaan, eventuele divergenties tussen de beslissingen van de betrokken gerechten zich niet zullen voordoen in het kader van eenzelfde situatie rechtens. Om deze reden is er geen sprake van een vergelijkbare rechtssituatie, zodat in een dergelijk geval het gevaar van tegenstrijdige beslissingen niet aanwezig is.

29 — Arrest Freeport (aangehaald in voetnoot 3, punt 38).

30 — Ibidem, punt 41.

4. Gegronde bezwaren

78. Er zijn tegen bepaalde elementen van deze rechtspraak bezwaren aangevoerd. [31] Wat de door het Hof in het arrest Roche Nederland geformuleerde voorwaarde betreft dat artikel 6, sub 1, van de verordening enkel kan worden toegepast als aan de verschillende vorderingen dezelfde rechtssituatie ten grondslag ligt, lijken deze bezwaren mij gegrond. Deze voorwaarde lijkt namelijk gebaseerd te zijn op de gedachte dat er geen sprake kan zijn van onverenigbare beslissingen in de zin van artikel 6, sub 1, van de verordening als op de vorderingen verschillend nationaal recht van toepassing is en dit recht niet volledig is geharmoniseerd. Dit uitgangspunt is echter onjuist. [32] Het zou slechts correct zijn indien in het geval van twee vorderingen die bij twee verschillende gerechten aanhangig zijn en waarop verschillend recht van toepassing is, *alle* eventuele tegenstrijdigheden tussen de beslissingen zouden zijn terug te voeren op de verschillen tussen de

31 — Kur, A., „A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions GAT v. Luk and Roche Nederland v. Primus and Goldenberg", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2006, blz. 844 e.v.; 849 e.v.; Wilderspin, M., „La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle", *Revue critique de droit international privé* 2006, blz. 777 e.v., 791 e.v., Schlosser, P., „Anmerkung zur EuGH, Urteil v. 13.7.2006 — Rs. C-539/03, Roche Nederland BV u.a./Primus u. Goldenberg", *Juristenzeitung* 2007, blz. 303 e.v., 305 e.v.; Muir Watt, H., in: Magnus, U., Mankowski, P., *Brussels I Regulation*, Sellier 2007, art. 6, punt 25a. In dit verband mag niet onvermeld blijven dat de European Max Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property (http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/clip_brussels_i_dec_06_final.pdf, blz. 11 e.v.) in reactie op het arrest Roche Nederland heeft voorgesteld om artikel 6, sub 1, van verordening nr. 44/2001 te wijzigen in die zin, dat de in dat arrest bedoelde gevallen onder de forum connexitatis-regel vallen.

32 — Uiterst kritisch Kur, A., op. cit. (voetnoot 31), blz. 850, die dit uitgangspunt „kennelijk onjuist" noemt.

twee toepasselijke regelingen. Dit is echter niet het geval.

79. Ten eerste bestaat namelijk altijd de mogelijkheid dat de divergenties die twee door verschillende gerechten gegeven beslissingen vertonen, een gevolg zijn van een verschillende beoordeling van de feiten door die gerechten. Indien, zoals in casu, twee vorderingen wegens inbreuken op het auteursrecht worden ingesteld waarvan de ene naar Oostenrijks recht en de andere naar Duits recht moet worden beoordeeld, kunnen er inderdaad verschillen tussen de beslissingen bestaan die verband houden met de verschillen tussen het Duitse en het Oostenrijkse auteursrecht. Er kunnen echter ook verschillen tussen de beslissingen bestaan die een gevolg zijn van het feit dat twee gerechten die een in essentie vergelijkbare juridische maatstaf aanleggen, tot verschillende conclusies komen omdat zij de feiten verschillend beoordelen.

80. Ten tweede kan het zijn dat ook op een gebied dat niet volledig is geharmoniseerd, toch een zekere minimumharmonisatie tot stand is gebracht. Indien dit het geval is, kan het ook bij vorderingen waarop verschillende nationale regelingen van toepassing zijn, uiteindelijk inhoudelijk om hetzelfde recht gaan, namelijk om het gemeenschappelijke Unierechtelijke voorschrift.

81. Het door het Hof geformuleerde uitgangspunt dat van onverenigbare beslissingen in de zin van artikel 6, sub 1, van de verordening geen sprake kan zijn als op de vorderingen verschillend nationaal recht van toepassing is en dit recht niet volledig is geharmoniseerd, is volgens mij dan ook onjuist.

82. Voor dit standpunt kan ook niet worden aangevoerd dat de gerechten van de lidstaten geen uitspraak zouden kunnen doen over in een andere lidstaat gepleegde inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten overeenkomstig het recht van die lidstaat. Het systeem van verordening nr. 44/2001 is er namelijk op gebaseerd dat de gerechten in beginsel daartoe bevoegd zijn.

83. In de derde plaats doet ook het volgende voorbeeld de vraag rijzen of het een dwingende voorwaarde voor de toepassing van artikel 6, sub 1, van de verordening kan zijn, dat op de hoofdvordering en de andere vordering hetzelfde recht van toepassing is. In een geval van aansprakelijkheid voor het compenseren van tekorten, of van alternatieve aansprakelijkheid, waarin de ene verweerder slechts aansprakelijk is als de andere verweerder dit niet is, is het naar mijn mening volkomen duidelijk dat de zaak door een en hetzelfde gerecht moet worden behandeld om onverenigbare uitkomsten te vermijden. [33] De juridische samenhang tussen beide vorderingen

33 — Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn als de ene rechter beslist dat de ene verweerder, die de primaire schuldenaar is, niet aansprakelijk is, terwijl de andere rechter concludeert dat de andere verweerder, die de subsidiaire schuldenaar is, niet aansprakelijk is omdat in zijn ogen de primaire schuldenaar aansprakelijk had moeten zijn.

hangt in een dergelijk geval niet af van de vraag of op beide vorderingen hetzelfde recht van toepassing is.

84. Gelet op bovenstaande overwegingen moet worden betwijfeld of toepassing van artikel 6, sub 1, van de verordening echt alleen gerechtvaardigd is als op beide vorderingen hetzelfde recht van toepassing is.

85. Het is waar dat het Hof in het arrest Freeport inhoudelijk van de in het arrest Roche Nederland gevolgde benadering lijkt te zijn afgeweken. Toch herhaalt het in dat arrest onder verwijzing naar het arrest Roche Nederland de voorwaarde dat er sprake dient te zijn van dezelfde feitelijke en rechtssituatie [34], zodat zijn uiteindelijke standpunt onduidelijk blijft. [35]

voldoende nauwe band in de zin van artikel 6, sub 1, van verordening nr. 44/2001 bestaat, een iets andere maatstaf aan te leggen. In dit verband wijs ik erop dat het in het kader van deze bepaling van de verordening enkel aankomt op een band tussen de hoofdvordering enerzijds en de andere vordering of vorderingen anderzijds. Dit vereiste moet serieus worden genomen (a). Een eerste voorwaarde voor het bestaan van een dergelijke band is, dat aan de hoofdvordering en aan de andere vordering of vorderingen één feitencomplex ten grondslag ligt (b). Ten tweede moet er ook een voldoende nauwe juridische samenhang tussen de hoofdvordering en de andere vordering of vorderingen bestaan (c). Het is echter niet nodig om apart te onderzoeken of in het specifieke geval het gevaar van onverenigbare beslissingen aanwezig is (d).

a) Band tussen de hoofdvordering en de andere vordering of vorderingen

5. Nauwe band in de zin van artikel 6, sub 1, van verordening nr. 44/2001

86. Gelet op de in mijn ogen terechte kritiek op de bestaande rechtspraak van het Hof stel ik voor om voor de beoordeling of er een

87. Artikel 6, sub 1, van verordening nr. 44/2001 verklaart het forum connexitatis enkel bevoegd ten aanzien van vorderingen die een nauwe band hebben met de hoofdvordering. Deze vorderingen kunnen echter niet op hun beurt als hoofdvordering dienen voor andere vorderingen waarmee zij nauw samenhangen.

34 — Arrest Freeport (aangehaald in voetnoot 3, punt 40).

35 — Roth, H., „Das Konnexitätserfordernis im Mehrparteienge-richtsstand des Art. 6 Ziffer 1 EuGVO", *Die Richtige Ordnung — Festschrift für Jan Kropholler*, Mohr Siebeck 2008, blz. 884 e.v., 887, wijst op tegenstrijdigheden tussen deze twee arresten. Zo ook Gaudemet-Tallon, H., op. cit. (voetnoot 22), blz. 256 e.v. en 258 e.v.

88. Dit volgt in de eerste plaats uit de tekst van artikel 6, sub 1, van de verordening, die een nauwe band tussen de hoofdvordering en de andere vordering of vorderingen eist. Voor

deze opvatting pleit ook dat de bevoegdheidsregels voor de verweerder in hoge mate voorspelbaar moeten zijn.

89. Voor het onderhavige geval betekent dit dat het forum connexitatis alleen dan bevoegd is om kennis te nemen van de vorderingen die tegen de vijfde en de tweede verweerster zijn ingesteld wegens de in Duitsland uitgegeven kranten, indien er tussen elk van deze vorderingen en de hoofdvordering een voldoende nauwe band bestaat. Daarentegen is het in het kader van artikel 6, sub 1, van de verordening irrelevant of de tegen de tweede en de vijfde verweerster ingestelde vorderingen met elkaar in verband staan, aangezien deze verweersters niet in Oostenrijk gevestigd zijn en de tegen hen ingestelde vorderingen dus geen hoofdvorderingen kunnen zijn.

90. Dit betekent dat de verwijzende rechter zijn bevoegdheid ten aanzien van de vordering die tegen de tweede verweerster is ingesteld wegens de in Duitsland verschijnende federale uitgave van de *Bild*, volgens artikel 6, sub 1, van de verordening niet kan baseren op het feit dat bij hem reeds andere vorderingen tegen dezelfde verweerster aanhangig zijn wegens in Oostenrijk verschijnende kranten (de Münchense editie van de *Bild* en *Die Welt*), ten aanzien waarvan hij bevoegd is. Deze andere vorderingen tegen de tweede verweerster zijn namelijk geen hoofdvorderingen in de zin van artikel 6, sub 1, van de verordening, aangezien de tweede verweerster niet in Oostenrijk is gevestigd.

b) Hetzelfde feitencomplex

91. Een eerste voorwaarde voor een band tussen de hoofdvordering en een andere vordering is dat aan deze vorderingen hetzelfde feitencomplex ten grondslag ligt. In dit verband moet worden bedacht dat de toepassing van artikel 6, sub 1, voor de verweerder in hoge mate voorspelbaar dient te zijn. [36] Een minimumvoorwaarde om te kunnen aannemen dat de vorderingen op hetzelfde feitencomplex gebaseerd zijn, moet daarom zijn dat het voor een verweerder op zijn minst duidelijk dient te zijn dat hij als medeverweerder overeenkomstig artikel 6, sub 1, van de verordening ook kan worden opgeroepen voor het gerecht van de woonplaats van de hoofdverweerder.

36 — Zie punt 56 van deze conclusie.

92. Deze minimumvoorwaarde is niet vervuld indien de feiten waarop de eiser zijn hoofdvordering en de andere vordering baseert, van dien aard zijn, dat de gedragingen van de hoofdverweerder en van de andere verweerder weliswaar dezelfde of soortgelijke rechtsgoederen van de eiser betreffen en vergelijkbaar zijn, maar los van elkaar hebben plaatsgevonden zonder dat de verweerders er over en weer weet van hadden. In een dergelijke situatie van niet op elkaar afgestemde parallelle gedragingen is het voor de andere verweerder namelijk onvoldoende voorspelbaar dat hij overeenkomstig artikel 6, sub 1, van de verordening ook voor het gerecht van de woonplaats van de hoofdverweerder kan worden opgeroepen.

93. Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan of er in het hoofdgeding sprake was van niet op elkaar afgestemde parallelle gedragingen van de hoofdverweerder enerzijds en de tweede respectievelijk de vijfde verweerster anderzijds. Het in de verwijzingsbeschikking uiteengezette feitenrelaas lijkt erop te wijzen dat dit in casu het geval was. De toepassing van artikel 6, sub 1, van de verordening zou dan alleen al zijn uitgesloten omdat aan de verschillende vorderingen niet hetzelfde feitencomplex in de zin van deze bepaling ten grondslag ligt.

94. Het mag hier niet onvermeld blijven dat het Hof in het arrest Roche Nederland nog verder is gegaan en de toepassing van artikel 6, sub 1, van het Executieverdrag ook wegens het ontbreken van „dezelfde feitelijke situatie" heeft uitgesloten in een geval waarin in verschillende lidstaten gevestigde vennootschappen die tot hetzelfde concern behoorden, waren gedagvaard wegens inbreuk op een Europees octrooi. Daartoe heeft het met name aangevoerd dat de verweerders verschilden en dat de hun ten laste gelegde, in verschillende verdragsluitende staten gepleegde octrooi-inbreuken niet dezelfde waren. [37] Op deze niet onomstreden rechtspraak wil ik hier niet verder ingaan [38], aangezien in de onderhavige zaak al niet eens sprake is geweest van op elkaar afgestemde parallelle gedragingen. [39]

37 — Arrest Roche Nederland (aangehaald in voetnoot 3, punten 26 e.v.).

38 — Zie met name Wilderspin, M., op. cit. (voetnoot 31), blz. 791 e.v.

39 — Enkel volledigheidshalve wil ik er daarom op wijzen dat de door het Hof in de punten 37 e.v. van het arrest Roche Nederland (aangehaald in voetnoot 3) geuite bezorgdheid dat toepassing van artikel 6, sub 1, van de verordening in een dergelijk geval de voorzienbaarheid van de bevoegdheidsregels zou aantasten en een praktijk van „forum-shopping" zou aanmoedigen, naar mijn mening kan worden weggenomen door strikt vast te houden aan de voorwaarde dat het, zoals ik in de punten 87 tot en met 90 van deze conclusie heb betoogd, om een band met de hoofdvordering moet gaan. Dit zal namelijk gewoonlijk betekenen dat als gemeenschappelijk forum voor alle vorderingen tegen de tot het concern behorende vennootschappen enkel dat van de zetel van de moedermaatschappij in aanmerking komt, indien deze tegelijk met de betrokken dochtermaatschappijen wordt gedagvaard.

c) Voldoende nauwe juridische samenhang

95. Een tweede voorwaarde voor een nauwe band in de zin van artikel 6, sub 1, van de verordening is dat de vorderingen juridisch nauw genoeg met elkaar verband houden. Aangezien in casu echter al geen sprake is van eenzelfde feitencomplex, kan ik over deze tweede voorwaarde kort zijn.

96. Uitgangspunt dient daarbij te zijn of de beide vorderingen juridisch zo nauw met elkaar samenhangen, dat van de eiser in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij de zaken door twee gerechten laat behandelen. Blijkens de tekst van artikel 6, sub 1, van de verordening kan dit met name het geval zijn indien twee vorderingen juridisch zo nauw met elkaar zijn verweven, dat tegenstrijdige beslissingen onaanvaardbaar zouden zijn. Verder mogen in dit verband tot op zekere hoogte ook proceseconomische overwegingen een rol spelen, zij het dat daarbij het belang van de verwerende partijen bij de voorspelbaarheid van de bevoegdheidsregels niet uit het oog mag worden verloren.

97. Gevallen waarin twee vorderingen juridisch zo nauw met elkaar samenhangen dat tegenstrijdige beslissingen onaanvaardbaar zouden zijn, zijn in de eerste plaats die waarin de uitkomst van de ene zaak afhankelijk is van die in de andere zaak. Ik verwijs in dit verband naar het in punt 83 van deze conclusie genoemde voorbeeld van aansprakelijkheid voor het compenseren van tekorten. Verder is er met name sprake van een voldoende nauwe juridische samenhang indien de verweerders hoofdelijke medeschuldenaren of mede-eigenaren zijn dan wel een rechtsgemeenschap vormen.

98. In gevallen waarin vergelijkbare aanspraken geldend worden gemaakt en de voorwaarden volgens het op de verschillende vorderingen toepasselijke recht in wezen vergelijkbaar zijn, pleit voor toepassing van artikel 6, sub 1, van de verordening in de eerste plaats dat daarmee tegenstrijdigheden kunnen worden vermeden die een gevolg zouden kunnen zijn van het feit dat twee gerechten de feiten verschillend beoordelen. Voor zover er gemeenschappelijke Unierechtelijke voorschriften gelden, pleit daarvoor bovendien dat op die manier juridische tegenstrijdigheden worden vermeden. Daarnaast spelen in dit verband ook proceseconomische overwegingen een rol. In dergelijke gevallen komt echter aan de voorwaarde dat aan de hoofdvordering en de andere vordering hetzelfde feitencomplex ten grondslag moet liggen, beslissende betekenis toe. Het gevaar van uiteenlopende feitelijke en juridische beoordelingen kan een verlegging van de bevoegdheid overeenkomstig artikel 6, sub 1, van de verordening namelijk alleen rechtvaardigen indien dit voor de verweerder voorzienbaar is.

99. Aangezien in casu een dergelijk uniform feitencomplex al ontbreekt, hoeft in het kader van de onderhavige procedure niet verder op

dit punt te worden ingegaan. Wel moet ik er nog op wijzen dat ik met de genoemde voorbeelden van gevallen waarin vorderingen juridisch nauw genoeg met elkaar samenhangen, geen uitputtende opsomming heb gegeven.

d) Geen aparte beoordeling of voorspelling of in het specifieke geval het gevaar van onverenigbare beslissingen dreigt

100. Anders dan met name het arrest Roche Nederland lijkt te suggereren [40], behoeft naast het bestaan van één feitencomplex en van een voldoende nauwe juridische samenhang niet ook nog te worden onderzocht of voorspeld of het gevaar van onverenigbare beslissingen dreigt.

101. De regeling van artikel 6, sub 1, van de verordening gaat namelijk uit van het *abstracte gevaar* van onverenigbare beslissingen indien twee beslissingen door twee verschillende gerechten worden gegeven. [41] Zoals ik reeds heb uiteengezet, dreigt namelijk in elk geval waarin twee gerechten beslissen over twee vorderingen die gebaseerd zijn op vergelijkbare feiten, op zijn minst het gevaar dat de twee beslissingen verschillen vertonen die zijn terug te voeren op een verschillende beoordeling van de feiten door de twee gerechten. Zo gezien heeft artikel 6, sub 1, van de verordening weliswaar tot *doel* tegenstrijdigheden te vermijden, maar stelt het, aangezien dit een abstract gevaar is, als *voorwaarde* enkel het bestaan van een voldoende nauwe band met de hoofdvordering. [42]

102. Aan een dergelijke interpretatie staan ook de bewoordingen van artikel 6, sub 1, van de verordening niet in de weg. De zinsnede „teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven" kan worden opgevat als een loutere omschrijving van het doel van deze bepaling, zonder dat daarmee een aparte voorwaarde wordt geformuleerd.

D — *Conclusie*

103. Het in artikel 6, sub 1, van verordening nr. 44/2001 gebezigde begrip nauwe band moet derhalve aldus worden uitgelegd, dat het een en hetzelfde feitencomplex en een voldoende juridische samenhang tussen de hoofdvordering en de andere vordering onderstelt. In het onderhavige geval is dus enkel

40 — Zie punt 32 van het arrest Roche Nederland (aangehaald in voetnoot 3).

41 — Voor een vergelijkbare gedachte zie Roth, H., op. cit. (voetnoot 35), blz. 892 e.v.

42 — In die zin ook Roth, H., op. cit. (voetnoot 35), blz. 893.

een nauwe band met de vordering tegen de eerste verweerster vereist.

104. Dat aan de vorderingen een en hetzelfde feitencomplex ten grondslag ligt, kan in een geval als het onderhavige niet worden aangenomen indien de aan de hoofdverweerder respectievelijk de andere verweerder ten laste gelegde gedragingen niet op elkaar afgestemde parallelle gedragingen zijn.

105. Van een voldoende juridische samenhang kan ook sprake zijn indien op de hoofdvordering en de andere vordering verschillend nationaal recht van toepassing is, dat niet volledig is geharmoniseerd.

IX — Overige prejudiciële vragen

106. Ik zal hierna de tweede, de derde en de vierde prejudiciële vraag beantwoorden, waarbij ik allereerst zal ingaan op de vierde vraag, waarmee de verwijzende rechter wil weten of de openbaarmaking van een montagefoto kan worden beschouwd als een reproductie van het voor de vervaardiging ervan gebruikte fotomateriaal in de zin van artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29 (A). Overeenkomstig de opzet van de richtlijn gaat deze vraag namelijk vooraf aan de tweede en de derde prejudiciële vraag, die betrekking hebben op de uitlegging van artikel 5, lid 3, sub d en e, van richtlijn 2001/29. Volgens deze bepalingen kunnen de lidstaten beperkingen of restricties aan het reproductierecht stellen voor maatregelen op het gebied van de openbare veiligheid (B) of voor citaten (C).

A — *Vierde prejudiciële vraag*

107. Met zijn vierde prejudiciële vraag wil de verwijzende rechter weten of artikel 1, lid 1, juncto artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 en artikel 12 van de herziene Berner Conventie [43], met name gelet op artikel 1 van het eerste aanvullende protocol bij het EVRM [44] en artikel 17 van het Handvest van de grondrechten aldus moeten worden uitgelegd, dat portretfoto's een „zwakkere" of in het geheel geen auteursrechtelijke bescherming tegen bewerkingen genieten omdat zij als „realistische opname" te weinig vormgevingsmogelijkheden bieden.

108. Zoals uit de verwijzingsbeslissing blijkt, moet de vierde vraag worden gezien tegen

43 — Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst (herzien te Parijs op 24 juli 1971), zoals gewijzigd op 28 september 1979.

44 — Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950; eerste aanvullende protocol van 20 maart 1952.

de achtergrond van de rechtsopvatting die het OGH in de kortgedingprocedure heeft vertolkt.[45] Deze rechterlijke instantie heeft namelijk beslist dat verweersters volgens de toepasselijke nationale bepalingen voor de openbaarmaking van de litigieuze montagefoto niet verzoeksters toestemming nodig hadden. Het OGH erkent dat de foto die als basis voor de litigieuze montagefoto heeft gediend, auteursrechtelijke bescherming geniet. De vervaardiging en openbaarmaking van de montagefoto vormden volgens het OGH echter geen bewerking waarvoor verzoekster als auteur van de foto toestemming had moeten verlenen, maar een vrij gebruik waarvoor die toestemming niet nodig was. Of er sprake is geweest van een bewerking of van vrij gebruik, hangt af van de mate waarin de foto die als basis voor de montagefoto heeft gediend, het resultaat van een scheppende activiteit was. Hoe meer de foto een scheppend werk is, des te minder ruimte er is om de foto vrij te gebruiken. Bij een portretfoto als die waarom het in het hoofdgeding gaat, heeft de fotograaf volgens het OGH maar weinig mogelijkheden om de foto zelf vorm te geven. Om deze reden zou de litigieuze portretfoto slechts een beperkte auteursrechtelijke bescherming genieten. Het OGH meent bovendien dat de montagefoto die aan de hand van de betrokken portretfoto is gemaakt, een nieuw en zelfstandig werk is, dat zelf auteursrechtelijk beschermd is.

45 — Zie punt 38 van deze conclusie.

1. Voornaamste argumenten van partijen

109. Volgens *verzoekster* is een benadering volgens welke portretfoto's een zwakkere of in het geheel geen auteursrechtelijke bescherming genieten, onverenigbaar met de door de verwijzende rechter in zijn prejudiciële vraag genoemde bepalingen. Gewone foto's en fotowerken genieten overeenkomstig artikel 1 van richtlijn 2001/29 dezelfde bescherming tegen bewerking. De omstandigheid dat er bij het maken van portretfoto's minder ruimte is om de foto zelf vorm te geven, leidt er niet toe dat dergelijke foto's slechts een zwakke bescherming genieten. Zij kunnen namelijk niet worden opgesplitst in een beschermd en een onbeschermd deel. Hoe dan ook moet worden bedacht dat montagefoto's te allen tijde en eenvoudig te maken zijn. De benadering van het OGH strookt ook niet met de driestappentoets van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 en met artikel 12 van de Berner Conventie, noch met het eigendomsrecht zoals dit is gewaarborgd door artikel 1 van het eerste aanvullende protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest van de grondrechten. Ten eerste is er namelijk geen sprake van nauwkeurig afgebakende bijzondere gevallen. Ten tweede wordt volgens deze benadering in aanzienlijke mate afbreuk gedaan aan de normale exploitatie van de foto op basis waarvan de montagefoto is gemaakt. En ten derde wordt de economische waarde van het auteursrecht uitgehold zonder dat

dit door een legitiem algemeen belang wordt gerechtvaardigd.

110. *Verweersters* zijn overigens van mening dat de vierde prejudiciële vraag niet-ontvankelijk is omdat hij duidelijk geen verband houdt met het hoofdgeding. De vraag in hoeverre de litigieuze foto auteursrechtelijke bescherming geniet, moet volgens hen namelijk in het hoofdgeding door de verwijzende rechter worden beantwoord met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. De door de verwijzende rechter gestelde uitleggingsvraag is in dit verband irrelevant.

111. Verweersters zijn ook van mening dat de door het OGH gevolgde benadering juist is. Bij een portretfoto zijn de creatieve mogelijkheden beperkt, waardoor een dergelijke foto minder het persoonlijk stempel van de maker draagt. Daarom genieten portretfoto's een zwakkere of zelfs in het geheel geen auteursrechtelijke bescherming. Bovendien moet rekening worden gehouden met de creatieve arbeid die moet worden verricht voor een montagefoto. Hoe dan ook kent artikel 5, lid 3, sub i, van richtlijn 2001/29 een restrictiemogelijkheid voor het incidentele verwerken van een werk in ander materiaal.

112. Naar het oordeel van de *Italiaanse regering* volgt uit de door de verwijzende rechter genoemde bepalingen niet dat een portretfoto vergeleken met een op basis daarvan gemaakte montagefoto een zwakkere of zelfs in het geheel geen auteursrechtelijke bescherming geniet. Voor portretfoto's geldt geen beperktere auteursrechtelijke bescherming. Bovendien kan een montagefoto met een computerprogramma eenvoudig worden gemaakt. Een dergelijke benadering strookt ook niet met de driestappentoets van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29.

113. De *Oostenrijkse regering* en de *Commissie* wijzen erop dat niet de door de verwijzende rechter genoemde bepalingen relevant zijn, maar artikel 6 van richtlijn 93/98 respectievelijk richtlijn 2006/116. Evenals de Spaanse regering voeren zij aan dat foto's auteursrechtelijk beschermd zijn voor zover het eigen scheppingen zijn. Of een portretfoto bescherming geniet, hangt dus af van de mate waarin hij een eigen karakter heeft en de vrucht is van creatieve arbeid. Het is aan de nationale rechter om aan de hand van deze criteria in het hoofdgeding te beoordelen, of de foto die als basis voor de montagefoto heeft gediend, aan deze eisen voldoet. Dat het hier om een portretfoto gaat, betekent niet dat volgens richtlijn 2001/29 de auteursrechtelijke bescherming tegen bewerkingen geringer is. Of de vervaardiging van een montagefoto als een reproductiehandeling in de zin van artikel 2 van richtlijn 2001/29 moet worden beschouwd, hangt ervan af of de kenmerken op grond waarvan de originele foto als een

eigen schepping moet worden beschouwd, in de montagefoto terugkomen.

2. Ontvankelijkheid

114. De vierde prejudiciële vraag moet aldus worden opgevat, dat de verwijzende rechter wil weten of de in punt 108 van deze conclusie uiteengezette rechtsopvatting van het OGH verenigbaar is met de toepasselijke Unierechtelijke en eventueel ook volkenrechtelijke bepalingen.

115. De aldus opgevatte prejudiciële vraag is ontvankelijk.

116. Anders dan verweersters menen, is de vraag namelijk niet hypothetisch. De verwijzende rechter wil integendeel weten of het door het OGH op basis van het nationale recht gemaakte onderscheid tussen een vrij gebruik van de litigieuze foto en een reproductie van de foto waarvoor toestemming is vereist, zich met het Unierecht verdraagt. Deze vraag is voor het door hem te beslechten geschil relevant.

117. Het doet ook niet ter zake dat het antwoord op de aldus opgevatte prejudiciële vraag niet voortvloeit uit de in de vraag genoemde bepalingen, maar uit artikel 6 van richtlijn 93/98, dat in artikel 6 van richtlijn 2006/116 is gecodificeerd, en uit artikel 2 van richtlijn 2001/29. Aangezien de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU tot een doeltreffende samenwerking tussen de nationale rechter en het Hof dient te leiden en het Hof de verwijzende rechter dus alle aanwijzingen kan verstrekken die voor de oplossing van het hoofdgeding van nut zijn, kan het de betrokken prejudiciële vraag aan de hand van de toepasselijke bepalingen beantwoorden. [46]

3. Juridische beoordeling

118. Aangezien het in artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29 geregelde reproductierecht het bestaan van een auteursrechtelijk beschermd werk onderstelt [47], rijst in casu allereerst de vraag onder welke voorwaarden een portretfoto auteursrechtelijke bescherming kan genieten (a). Verder moet worden

46 — Arresten van 28 februari 1984, Einberger (294/82, Jurispr. blz. 1177, punt 6), en 16 juli 1992, Belovo (C-187/91, Jurispr. blz. I-4937, punt 13).

47 — Zie arrest van 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, Jurispr. blz. I-6569, punten 33 e.v.). Kritisch over de benadering van het Hof, volgens welke ook voor soorten werken ten aanzien waarvan de beschermingsvoorwaarden niet zijn geharmoniseerd, de eis van een eigen schepping wordt gesteld, Schulze, G., „Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs?", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2009, blz. 1019 e.v. In casu is dit niet van belang, aangezien de voorwaarden waaronder foto's auteursrechtelijke bescherming genieten, in artikel 6 van richtlijn 93/98 respectievelijk richtlijn 2006/116 zijn geharmoniseerd.

nagegaan of de openbaarmaking van een montagefoto die aan de hand van een auteursrechtelijk beschermde portretfoto is gemaakt, als een reproductie in de zin van artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29 moet worden beschouwd (b).

a) Bescherming van portretfoto's

119. Artikel 6 van richtlijn 93/98, dat in artikel 6 van richtlijn 2006/116 is gecodificeerd, regelt de voorwaarden waaronder foto's volgens het Unierecht [48] auteursrechtelijke bescherming genieten. Volgens de eerste zin van dit artikel is bepalend of de foto's oorspronkelijk zijn in de zin dat zij een eigen schepping van de auteur zijn. Om te bepalen of de foto's voor bescherming in aanmerking komen, mogen volgens de tweede zin van artikel 6 geen andere criteria worden aangelegd.

120. De verwijzende rechter zal dus moeten onderzoeken of de foto aan de hand waarvan de montagefoto is gemaakt, als een eigen schepping van verzoekster is te beschouwen. Dit begrip, dat in de richtlijnen 93/98 en 2006/116 niet wordt gedefinieerd, is een autonoom uit te leggen Unierechtelijk begrip. [49] Uit punt 17 van de considerans van richtlijn 93/98 en punt 16 van de considerans van richtlijn 2006/116, waarin wordt gerefereerd aan de herziene Berner Conventie, volgt dat er sprake is van een oorspronkelijk fotografisch werk wanneer het gaat om een eigen schepping van de auteur, die de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid.

121. Volgens de eerste zin van artikel 6 van richtlijn 93/98 respectievelijk richtlijn 2006/116 wordt dus slechts het resultaat van de creatieve arbeid beschermd, waarbij het niet van belang is of de betrokkene bij die arbeid een technisch hulpmiddel, zoals een fotocamera, heeft gebruikt.

122. Verder moet de foto een eigen schepping van de maker zijn. [50] Dit is het geval als de fotograaf beschikbare vormgevingsmogelijkheden benut en daarmee zijn persoonlijk stempel op het werk drukt.

48 — Volgens artikel 6, derde zin, van richtlijn 93/98 respectievelijk richtlijn 2006/116 kunnen lidstaten ook voorzien in de bescherming van andere foto's.

49 — Dit volgt uit punt 17 van de considerans van richtlijn 93/98.

50 — Zie arrest Infopaq (aangehaald in voetnoot 47, punt 35), waarin het Hof heeft gerefereerd aan de voorwaarden van artikel 6 van richtlijn 2006/16.

123. Andere criteria mogen — zoals de tweede zin van artikel 6 van richtlijn 93/98 respectievelijk richtlijn 2006/116 met zoveel woorden bepaalt — niet worden aangelegd. Het is dus niet vereist dat de foto een bepaalde artistieke kwaliteit heeft of vernieuwend is. De bedoeling en de waarde van een fotografisch werk zijn in dit verband evenmin relevant.

124. Volgens artikel 6 van richtlijn 93/98 respectievelijk richtlijn 2006/116 zijn de eisen voor auteursrechtelijke bescherming van een foto dus niet al te hoog. [51] Toepassing van de in artikel 6 gehanteerde maatstaf betekent dat een portretfoto overeenkomstig deze bepaling auteursrechtelijk beschermd kan zijn, ook als de fotograaf het portret in opdracht heeft gemaakt. Ofschoon de essentie van een dergelijke foto met de persoon van de geportretteerde reeds vaststaat, blijft er voor de fotograaf genoeg ruimte over om de foto zelf vorm te geven. De fotograaf kan namelijk onder meer de invalshoek, de houding en de gezichtsuitdrukking van de geportretteerde, de achtergrond, de scherpte alsook het licht en de belichting bepalen. Het gaat er dus eigenlijk om dat de fotograaf de foto een „persoonlijke noot geeft".

125. Het is aan de verwijzende rechter om aan de hand van dit criterium in het hoofdgeding vast te stellen of de foto die als basis voor de montagefoto heeft gediend, overeenkomstig de eerste zin van artikel 6 van richtlijn 93/98 respectievelijk richtlijn 2006/116 auteursrechtelijke bescherming geniet.

b) Het begrip reproductie

126. Als een foto overeenkomstig artikel 6 van richtlijn 93/98 respectievelijk richtlijn 2006/116 auteursrechtelijk beschermd is, beschikt de maker volgens artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29 over een reproductierecht. Dit betekent dat hij de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van de foto, met welke middelen en in welke vorm ook, kan toestaan of

51 — Zie Nordemann, A., in: Loewenheim, U., *Handbuch der Urheberrechts*, 2e druk 2010, Beck, § 9, punt 149. Leistner, M., „Copyright Law in the EC: Status quo, recent case law and policy perspectives", *Common Market Law Review* 2009, blz. 847 e.v., 849 e.v., wijst erop dat de in artikel 6 van richtlijn 93/98 respectievelijk richtlijn 2006/116 gehanteerde maatstaf ertoe heeft geleid dat een in bepaalde lidstaten geldende strengere maatstaf is versoepeld om aan de eisen van de richtlijn te voldoen. In het kader van de onderhavige procedure behoeft daarom niet dieper te worden ingegaan op het onderscheid tussen enerzijds het uit de *common law* en dus uit de rechtsorden van het Verenigd Koninkrijk en van Ierland bekende criterium van „*sweat of the brow*" en anderzijds het in de continentale rechtsorden gehanteerde criterium van „*originalité*" en „*Schöpfungshöhe*".

verbieden. Volgens deze zeer ruime formulering [52] is er dus sprake van reproductie in zoverre verweersters de litigieuze foto's in ongewijzigde vorm openbaar hebben gemaakt. In casu rijst echter de vraag of ook de openbaarmaking van de litigieuze montagefoto kan worden beschouwd als een reproductie van de foto aan de hand waarvan die montagefoto is gemaakt.

127. Voor zover de montagefoto met de computer aldus is vervaardigd, dat eerst de litigieuze foto is ingescand [53] en vervolgens deze scan met behulp van een programma is gewijzigd, ligt het voor de hand om van een reproductiehandeling in de zin van artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29 uit te gaan. Onder deze bepaling vallen namelijk uitdrukkelijk ook openbaarmakingen in een gewijzigde vorm. Daarvoor pleit ook punt 21 van de considerans van richtlijn 2001/29, waarin wordt verklaard dat het begrip reproductiehandelingen breed moet worden omschreven.

128. Dwingend is deze conclusie echter niet. Bij de uitlegging van het begrip reproductie mag namelijk niet uitsluitend te rade worden gegaan bij de tekst van artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29, maar moet ook het met deze bepaling beoogde doel in aanmerking worden genomen. Dit doel is bescherming van het auteursrechtelijk beschermde werk. In dit verband moet onderscheid worden gemaakt tussen het werk en het werkstuk. Het w*erk* is de eigen schepping, die auteursrechtelijk beschermd is. Het *werkstuk* is de uiterlijke verschijningsvorm waarin het auteursrechtelijk beschermde werk zich manifesteert. Het in artikel 2, sub a, van de richtlijn bedoelde reproductierecht beschermt het auteursrechtelijk beschermde werk. De uiterlijke verschijningsvorm wordt door dit recht echter slechts beschermd in zoverre de mogelijkheid bestaat dat afbreuk wordt gedaan aan het werk.

129. Dit betekent dat de openbaarmaking van een montagefoto alleen een reproductie van de voor de vervaardiging van die montagefoto gebruikte portretfoto is, indien in de montagefoto nog steeds de eigen schepping is belichaamd op grond waarvan de oorspronkelijke foto auteursrechtelijke bescherming geniet. Als de montagefoto op basis van een scan van de oorspronkelijke foto is gemaakt, lijkt dat in beginsel het geval te zijn. Het is echter niet uitgesloten dat bij een montagefoto die bedoeld is om op basis van een foto van een tienjarig kind het vermoedelijke uiterlijk van een achttienjarige volwassene weer te geven, de elementen die de oorspronkelijke foto tot een eigen schepping maken, bij de vervaardiging van de montagefoto voor een groot deel worden weggelaten. Wordt de portretfoto bijvoorbeeld alleen gebruikt om de biometrische kenmerken van een persoon vast te leggen, en wordt dan aan de hand van deze kenmerken een montagefoto gemaakt,

52 — Het in artikel 2 van richtlijn 2001/29 gebezigde reproductiebegrip is een combinatie van de in de voorgaande richtlijnen gehanteerde reproductiebegrippen. Zie hierover Reinbothe, J., „Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht — Internationaler Teil* 2001, blz. 733 e.v., 736, en Lewinsky, S., „Der EG-Richtlinienvorschlag zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten in der Informationsgesellschaft", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht — Internationaler Teil* 1998, blz. 637 e.v., 638.

53 — In dit geval zou het scannen zelf een reproductiehandeling zijn waarvan de toelaatbaarheid overeenkomstig artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 zou moeten worden beoordeeld.

dan is de openbaarmaking van deze montagefoto geen reproductie in de zin van artikel 2, sub a, van de richtlijn.

c) Conclusie

132. Concluderend moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat een portretfoto overeenkomstig artikel 6 van richtlijn 93/98 respectievelijk richtlijn 2006/116 auteursrechtelijke bescherming geniet als hij een eigen schepping van de fotograaf is, wat het geval is als de fotograaf de beschikbare vormgevingsmogelijkheden benut en daarmee de portretfoto een persoonlijke noot geeft.

130. Volgens de bepalingen van de richtlijn lijkt het mij daarentegen geen zelfstandig relevant criterium te zijn in hoeverre de montagefoto zelf een scheppend werk is en dus auteursrechtelijke bescherming geniet. Hoe meer de montagefoto echter van de oorspronkelijke foto verschilt, des te eerder zal kunnen worden aangenomen dat de elementen die de oorspronkelijke foto tot een eigen schepping maken, in de montagefoto zo ver zijn teruggedrongen dat zij niet meer van belang zijn en dus ook niet meer in aanmerking hoeven te worden genomen.

133. In de tweede plaats moet worden geconstateerd dat de openbaarmaking van een montagefoto die aan de hand van een auteursrechtelijk beschermde portretfoto is gemaakt, een reproductiehandeling in de zin van artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29 vormt indien de elementen die de oorspronkelijke foto tot een eigen schepping maken, ook in de montagefoto zijn belichaamd.

B — *Derde prejudiciële vraag*

131. Het is aan de verwijzende rechter om met inachtneming van deze constateringen in het hoofdgeding te onderzoeken, of de openbaarmaking van de montagefoto een reproductiehandeling in de zin van artikel 2, sub a, van de richtlijn is.

134. De derde prejudiciële vraag betreft de uitlegging van de door artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 geboden mogelijkheid om het auteursrecht te beperken. Volgens deze bepaling kunnen de lidstaten beperkingen of restricties op het reproductierecht en

op het recht van mededeling van werken aan het publiek stellen ten aanzien van het gebruik ten behoeve van de openbare veiligheid of om het goede verloop van een administratieve, parlementaire of gerechtelijke procedure of de berichtgeving daarover te waarborgen.

1. Voornaamste argumenten van partijen

135. De verwijzende rechter vraagt zich om te beginnen af of het een voorwaarde voor de toepassing van deze bepaling is dat de met veiligheidstaken belaste autoriteiten een concrete actuele en uitdrukkelijke oproep hebben gedaan om de litigieuze foto's openbaar te maken, dat wil zeggen of de openbaarmaking van de foto's officieel door opsporingsdoeleinden moet zijn ingegeven. Voor het geval deze voorwaarde niet geldt, vraagt de verwijzende rechter zich in de tweede plaats af of media ook een beroep op artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 kunnen doen wanneer zij zonder een desbetreffend opsporingsverzoek van een autoriteit eigenmachtig beslissen dat de openbaarmaking van een foto „in het belang van de openbare veiligheid" is. Voor het geval dit mogelijk is, vraagt de verwijzende rechter zich in de derde plaats af of het voor de toepassing van artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 volstaat dat media achteraf verklaren dat de openbaarmaking van de foto's opsporingsdoeleinden heeft gediend, dan wel of in elk geval een concrete oproep aan de lezer moet zijn gedaan om mee te helpen bij het oplossen van een strafbaar feit dat rechtstreeks met die openbaarmaking in verband moet staan.

136. *Verzoekster* en de *Spaanse regering* zijn van mening dat artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 enkel kan worden toegepast in geval van een concrete actuele en uitdrukkelijke oproep van de met veiligheidstaken belaste autoriteiten om een foto openbaar te maken. Zij wijzen erop dat het aan de betrokken nationale administratieve en gerechtelijke autoriteiten is om uit te maken of en op welke wijze de door deze bepaling geboden mogelijkheid wordt toegepast. De bescherming van de openbare veiligheid behoort tot de exclusieve bevoegdheidssfeer van de overheid, zodat het aan de overheidsinstanties is om uit te maken in welke media en in welke vorm foto's voor opsporingsdoeleinden openbaar mogen worden gemaakt. Daarvoor pleit volgens verzoekster ook dat richtlijn 2001/29 een hoog beschermingsniveau van het auteursrecht en de naburige rechten wil bereiken. Als media zelf konden beslissen dat de openbaarmaking van foto's in het belang van de openbare veiligheid is, zouden zij auteursrechtelijk beschermde werken zonder toestemming van de auteur kunnen exploiteren. Volgens verzoekster stelt artikel 5, lid 3, sub e, van de richtlijn bovendien als voorwaarde dat de openbaarmaking van de foto's gepaard gaat met een oproep om mee te helpen bij het oplossen van een misdrijf. Het volstaat haars inziens niet dat media achteraf verklaren dat de openbaarmaking van een foto opsporingsdoeleinden heeft gediend.

137. *Verweersters,* de *Oostenrijkse regering* en de *Commissie* menen daarentegen dat media ook zonder een actueel en uitdrukkelijk opsporingsverzoek een beroep op artikel 5, lid 3, sub e, van de richtlijn kunnen doen. Huns inziens valt uit deze bepaling niet op te maken dat de met veiligheidstaken belaste autoriteiten een concrete en uitdrukkelijke oproep moeten hebben gedaan om een foto openbaar te maken.

138. Voor het overige lopen de door deze partijen aangevoerde argumenten uiteen.

139. Verweersters wijzen erop dat artikel 5, lid 3, sub e, van de richtlijn de lidstaten ook de mogelijkheid biedt, het vrije gebruik van een werk toe te staan om het goede verloop van een administratieve, parlementaire of gerechtelijke procedure te waarborgen. De Commissie meent daarentegen dat deze bepaling ziet op twee op zichzelf staande situaties en dat het in de onderhavige zaak uitsluitend gaat om het gebruik van een werk ten behoeve van de openbare veiligheid.

140. Verweersters stellen ook dat media zich rechtstreeks op artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 kunnen beroepen als de openbaarmaking van de foto's in het belang van de openbare veiligheid is. Zij wijzen in dit verband met name op het belang van de persvrijheid. Media moeten zelfstandig en dus zonder oproep van de autoriteiten de beslissing kunnen nemen om ergens over berichten of aan een onderzoek mee te werken. Overigens zal de enkele uiteenzetting van de feiten in de media de lezer al ertoe aanzetten zich tot de strafrechtelijke autoriteiten te wenden met belangrijke informatie die tot de oplossing van het misdrijf zou kunnen bijdragen.

141. De Oostenrijkse regering en de Commissie zijn daarentegen de mening toegedaan dat het aan de bevoegde nationale autoriteiten is voorbehouden om in beperkingen ten aanzien van het gebruik ten behoeve van de openbare veiligheid te voorzien. Die beperkingen moeten wel aan de vereisten van artikel 5, lid 3, sub e, van de richtlijn en aan de driestappentoets voldoen. Media kunnen dus niet naar eigen goeddunken beslissen wanneer de openbare veiligheid in het geding is.

142. De Commissie voert verder aan dat de reproductie van de foto's noodzakelijk moet zijn ten behoeve van de openbare veiligheid en in verhouding moet staan tot het ermee beoogde doel. Als de politie de media heeft verzocht een foto openbaar te maken, bestaat er een sterk vermoeden dat het gebruik van de foto met het oog op de openbare veiligheid noodzakelijk is. Wanneer daarentegen de openbaarmaking van de foto en van de begeleidende tekst niet duidelijk verband houdt met de openbare veiligheid en de uitgever pas achteraf aanvoert dat de foto in het belang van de openbare veiligheid openbaar is gemaakt, bestaat er een sterke verdenking dat de openbare veiligheid bij de openbaarmaking geen rol heeft gespeeld.

143. Volgens de Oostenrijkse regering volstaat het als de openbaarmaking van de foto's objectief gezien tot de oplossing van misdrijven kan bijdragen.

2. Juridische beoordeling

144. Zoals uit de verwijzingsbeslissing blijkt, moet ook de derde prejudiciële vraag worden gezien tegen de achtergrond van de rechtsopvattingen die het OGH in de kortgedingprocedure heeft verdedigd. [54] Daarin heeft het OGH namelijk beslist dat volgens de nationale wettelijke bepalingen voor een vrij gebruik van de litigieuze foto's ten behoeve van de openbare veiligheid niet de voorwaarde geldt dat de met veiligheidstaken belaste autoriteiten een uitdrukkelijke oproep moeten hebben gedaan om de foto's openbaar te maken. Volgens het OGH volstaat het integendeel dat die autoriteiten foto's voor openbaarmaking beschikbaar hebben en dat in verband met de openbaarmaking van de foto's wordt gewezen op nog lopende strafrechtelijke onderzoeken.

145. De verwijzende rechter wil met zijn drie deelvragen weten of deze benadering verenigbaar is met het bepaalde in artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29.

54 — Zie punt 38 van deze conclusie.

146. Alvorens de drie deelvragen te beantwoorden, wil ik eerst ingaan op de wetgevingstechniek die bij artikel 5, lid 3, van de richtlijn en dus ook bij artikel 5, lid 3, sub e, is gehanteerd.

a) Bij artikel 5, lid 3, van richtlijn 2001/29 gehanteerde wetgevingstechniek

147. Artikel 5 van richtlijn 2001/29 voorziet in een reeks beperkingen van het auteursrecht. Volgens punt 32 van de considerans van de richtlijn is de door de richtlijn gegeven opsomming uitputtend, aangezien met betrekking tot de toegestane beperkingen een minimale mate van overeenstemming moet worden bereikt. De in artikel 5, lid 3, van de richtlijn gebezigde begrippen zijn dus autonome Unierechtelijke begrippen.

148. De in artikel 5, lid 3, van de richtlijn opgenomen beperkingen zijn facultatief: de lidstaten nemen ze in beginsel alleen in hun nationale recht op indien zij dit wensen. Als de lidstaten vrij zijn om te beslissen of zij een in lid 3 genoemde beperking invoeren, kunnen zij overeenkomstig het adagium *qui potest majus, potest et minus* in beginsel ook zelf uitmaken hoe zij een dergelijke beperking vormgeven. Daarbij dienen zij echter wel bepaalde voorwaarden in acht te nemen. De lidstaten mogen in de eerste plaats weliswaar zelf bepalen of zij een bepaalde beperking in hun wetgeving willen opnemen, maar als zij van die bevoegdheid gebruikmaken, moeten zij zich wel aan bepaalde minimumeisen

houden. Bovendien moeten de beperkingen hoe dan ook aan de driestappentoets van artikel 5, lid 5, van de richtlijn voldoen. De lidstaten mogen de beperkingen dus slechts toepassen in bepaalde bijzondere gevallen (*eerste stap*), waarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken (*tweede stap*) en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad (*derde stap*). [55] Daarnaast kunnen ook uit andere Unierechtelijke regels voorwaarden voortvloeien. Tot slot volgt uit punt 32 van de considerans van de richtlijn dat de lidstaten hun bevoegdheid op coherente wijze moeten uitoefenen.

149. Artikel 5, lid 3, van de richtlijn vormt derhalve een normatief kader dat door een lidstaat moet worden gerespecteerd. Binnen dit kader is een lidstaat echter vrij om te bepalen op welke wijze hij een in deze bepaling voorziene beperking vormgeeft.

150. Voor de toepassing van artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 betekent dit dat een lidstaat door deze bepaling gebonden is in zoverre daarin de grenzen zijn vastgelegd van wat kan worden beschouwd als een geval van openbare veiligheid dat een beperking van het auteursrecht kan rechtvaardigen. Binnen deze grenzen is een lidstaat echter in beginsel vrij om te bepalen in welke gevallen hij een dergelijke beperking gerechtvaardigd acht.

b) Eerste deelvraag

151. Gelet op de bij artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 gehanteerde wetgevingstechniek moet de eerste deelvraag aldus worden opgevat, dat de verwijzende rechter wil weten of een gerecht van een lidstaat bij de uitlegging van de toepasselijke nationale bepalingen de in artikel 5, lid 3, sub e, van de richtlijn vastgelegde grenzen te buiten gaat, door vast te stellen dat in een geval als het onderhavige auteursrechtelijk beschermde foto's ook bij gebreke van een actuele en uitdrukkelijke oproep van de met veiligheidstaken belaste autoriteiten zonder toestemming openbaar mogen worden gemaakt.

152. Kenmerkend voor het onderhavige geval is dat in het verleden in verband met de ontvoering van Natascha K. in 1998 opsporingshandelingen zijn verricht en dat de met veiligheidstaken belaste autoriteiten om die

55 — Zie over de driestappentoets punt 134 van mijn conclusie van 12 februari 2009 in de zaak Infopaq International (C-5/08, aangehaald in voetnoot 47).

reden de litigieuze foto's voor openbaarmaking beschikbaar hadden. Nadat Natascha K. in 2006 aan haar ontvoerder wist te ontkomen, is er echter geen actuele en uitdrukkelijke opsporingsoproep meer gedaan.

153. Om te beginnen moet erop worden gewezen dat volgens de tekst van artikel 5, lid 3, sub e, van de richtlijn beslissend is dat de beperking of restrictie op het reproductierecht wordt toegepast ten behoeve van de openbare veiligheid. Relevant criterium is derhalve of de reproductie objectief beschouwd de openbare veiligheid kan dienen. [56]

154. Ook moet worden vastgesteld dat met een opsporingsoproep, die bedoeld is om een ontvoerd persoon en eventueel ook diens ontvoerder of ontvoerders te vinden, een doelstelling van openbare veiligheid in de zin van artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 wordt beoogd.

155. Verder gaat een lidstaat de door artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 getrokken grenzen niet te buiten door zich op het standpunt te stellen dat ook een opsporingsoproep die reeds lang geleden is gedaan, de openbare veiligheid nog steeds raakt. Het valt namelijk niet uit te sluiten dat een persoon naar wie wordt gezocht, pas jaren na de oproep wordt gevonden.

156. Ondanks dat een nationale met veiligheidstaken belaste autoriteit in het verleden een opsporingsoproep heeft gedaan en in dit verband foto's voor openbaarmaking beschikbaar heeft gehad, kan openbaarmaking van de foto's echter niet meer worden geacht objectief gezien de openbare veiligheid te dienen indien het doel van de opsporingsoproep reeds is bereikt. De verwijzende rechter zal dus dienen na te gaan wat er met de oorspronkelijke opsporingsoproep werd beoogd en of deze doelstellingen met de vlucht van Natascha K. en de zelfdoding van haar ontvoerder meteen daarna niet reeds zijn verwezenlijkt.

157. Mocht de verwijzende rechter tot de conclusie komen dat met de opsporingsoproep nog andere doelen werden beoogd, die nog niet zijn bereikt, zoals bijvoorbeeld de opsporing van een eventuele handlanger [57], dan zal hij nog moeten onderzoeken of de openbaarmaking van de litigieuze foto's in de kranten en in het tijdschrift objectief gezien dit andere opsporingsdoel kon helpen te verwezenlijken. Ofschoon niet is uitgesloten dat ook krantenartikelen waarin zelf geen opsporingsoproep wordt gedaan, objectief gezien de met veiligheidstaken belaste autoriteiten bij een opsporingsonderzoek kunnen helpen, moet in het betrokken artikel op zijn

56 — Los van het onderhavige geval moet dus worden vastgesteld dat het begrip openbare veiligheid in artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 niet enkel ziet op gevallen waarin een opsporingsoproep is gedaan.

57 — Dit wordt door verweersters aangevoerd.

minst aan een nog lopend opsporingsonderzoek worden gerefereerd. Bovendien moet de openbaarmaking van de foto's objectief beschouwd tot de verwezenlijking van dit andere opsporingsdoel kunnen bijdragen. De verwijzende rechter zou in dit geval dus met name dienen na te gaan of de openbaarmaking van acht jaar oude foto's en van een montagefoto van de ontvoerde persoon objectief gezien kan bijdragen tot het opsporen van een eventuele handlanger die met behulp van dezelfde foto's al acht jaar lang niet is gevonden.

158. Voor het geval de verwijzende rechter op basis van het genoemde criterium zou concluderen dat aan de voorwaarden van artikel 5, lid 3, sub e, is voldaan, dan moet hij daarnaast nog nagaan of ook de voorwaarden van de driestappentoets in acht zijn genomen. In casu zal hij met name moeten onderzoeken of aan de derde stap van die toets is voldaan, dat wil zeggen of de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad. Daarvan zou met name sprake kunnen zijn als de reproductie van de litigieuze foto's primair bedoeld was ter illustratie van een artikel over Natascha K. en medewerking aan een opsporingsoproep van de met veiligheidstaken belaste autoriteiten vergeleken met dit doel van minder belang was.

c) Tweede deelvraag

159. Met zijn tweede deelvraag wil de verwijzende rechter weten of media eigenmachtig kunnen beslissen dat de openbaarmaking van een foto in het belang van de openbare veiligheid is, dat wil zeggen of zij zich „over het hoofd van de bevoegde met veiligheidstaken belaste autoriteiten heen" rechtstreeks op artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 kunnen beroepen.

160. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord.

161. Zoals reeds uiteengezet [58], bepaalt artikel 5, lid 3, sub e, van de richtlijn dat de lidstaten ten behoeve van de openbare veiligheid beperkingen of restricties aan het auteursrecht *kunnen* stellen. Een lidstaat is volgens deze bepaling dus niet verplicht om een dergelijke beperking überhaupt in te voeren. En als hij daartoe dan besluit, kan hij de beperking binnen de door het Unierecht bepaalde grenzen zelf vormgeven. Het is dus in beginsel aan de lidstaten om uit te maken in welke van de door artikel 5, lid 3, sub e, van de richtlijn bestreken gevallen een beperking van het auteursrecht gerechtvaardigd is.

58 — Zie de punten 148-150 van deze conclusie.

162. Media kunnen zich daarom ter rechtvaardiging van de reproductie van auteursrechtelijk beschermde foto's alleen al niet rechtstreeks op artikel 5, lid 3, sub e, van de richtlijn beroepen, omdat deze bepaling in zoverre onvoldoende specifiek en onvoorwaardelijk is.

d) Derde deelvraag

165. Aangezien de derde vraag enkel is gesteld voor het geval het antwoord op de tweede vraag bevestigend zou luiden, behoeft deze vraag geen beantwoording.

163. Voor zover verweersters zich in dit verband op de persvrijheid beroepen en stellen dat zij in hun verslaggevingmogelijkheden zijn beperkt, faalt dit betoog. Artikel 5, lid 3, sub e, van de richtlijn verleent de lidstaten bevoegdheden met het oog op het waarborgen van de openbare veiligheid. Deze bepaling gaat dus niet over de afweging tussen bescherming van de intellectuele eigendom en persvrijheid. Deze afweging komt integendeel met name in de artikelen 5, lid 3, sub c (persvrijheid) en d (citeervrijheid), van richtlijn 2001/29 tot uitdrukking en moet dan ook bij de uitlegging van deze bepalingen in aanmerking worden genomen.

C — *Tweede prejudiciële vraag*

166. De tweede vraag van de verwijzende rechter betreft de uitlegging van artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29. Volgens deze bepaling kunnen de lidstaten beperkingen of restricties aan het reproductierecht stellen ten aanzien van het citeren ten behoeve van kritieken en recensies en voor soortgelijke doeleinden, mits het een werk betreft dat reeds op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld. Een andere voorwaarde is dat 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.

164. Concluderend moet daarom worden vastgesteld dat media zich niet rechtstreeks op artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 kunnen beroepen om de reproductie van auteursrechtelijk beschermde foto's te rechtvaardigen.

167. De verwijzende rechter wil in de eerste plaats weten of deze bepaling ook kan worden toegepast indien het persartikel waarin wordt geciteerd, zelf geen auteursrechtelijk

beschermde tekst is. In de tweede plaats vraagt hij of toepassing van de bepaling ook mogelijk is indien bij het geciteerde werk de naam van de auteur of van de uitvoerend kunstenaar niet vermeld staat.

1. Argumenten van partijen

168. Verweersters achten de *eerste deelvraag* niet-ontvankelijk wegens irrelevantie voor de beslechting van het hoofdgeding, aangezien de verwijzende rechter niet heeft vastgesteld of de artikelen al dan niet auteursrechtelijk beschermd zijn.

169. Inhoudelijk voeren verzoekster en de Italiaanse regering aan dat artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29 niet kan worden toegepast als het persartikel waarin een werk wordt geciteerd, zelf geen auteursrechtelijk beschermde tekst is. Volgens de Italiaanse regering volgt dit uit de bewoordingen van de bepaling. Verder beroepen de Italiaanse regering en verzoekster zich op de doelstellingen van een hoog beschermingsniveau voor auteursrechten en van een passende beloning voor de auteur.

170. Verweersters, de Oostenrijkse regering en de Commissie menen daarentegen dat voor de toepassing van artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn niet de voorwaarde geldt dat het persartikel waarin wordt geciteerd, zelf een auteursrechtelijk beschermde tekst is, aangezien een citeerrrecht ook gerechtvaardigd kan zijn indien dat niet het geval is. De Commissie verwijst in dit verband naar de tekst van de bepaling en naar het feit dat de in artikel 5 van richtlijn 2001/29 gegeven opsomming van uitzonderingen uitputtend is. Bovendien moet een passend evenwicht worden gevonden tussen de bescherming van de intellectuele eigendom en het publieke belang om vrijelijk uit een werk te mogen citeren.

171. Verweersters en de Spaanse regering voeren subsidiair aan dat ook een kort persartikel auteursrechtelijk beschermd kan zijn.

172. Met betrekking tot de *tweede deelvraag* voeren verzoekster, de Oostenrijkse, de Italiaanse en de Spaanse regering alsook de Commissie aan, dat artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn niet kan worden toegepast indien bij het geciteerde beschermde werk of andere materiaal niet de correcte naam van de auteur vermeld staat, tenzij dit niet mogelijk blijkt. De Oostenrijkse regering wijst in dit verband op de duidelijke tekst van de bepaling.

173. Volgens verweersters is deze vraag niet-ontvankelijk omdat het antwoord reeds uit de tekst van de bepaling volgt. Inhoudelijk voeren zij aan dat artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn ook kan worden toegepast indien bij het geciteerde werk of andere materiaal niet de naam van de auteur of van de uitvoerend kunstenaar vermeld staat. Zij stellen bovendien dat het voor hen normaliter ook niet mogelijk was geweest om verzoeksters naam of bedrijfsnaam te achterhalen. Het agentschap dat hun de litigieuze foto's heeft verstrekt, beschikte namelijk al langer over de foto's, die het voor opsporingsdoeleinden of op persconferenties van de politie had gekregen zonder enige aanwijzing wie de maker ervan was.

174. Verzoekster en de Italiaanse regering menen daarentegen dat het feit dat verweersters de betrokken foto's van een persagentschap hebben gekregen, hen niet van de verplichting heeft ontslagen om de naam van de werkelijke auteur te vermelden.

175. *Daarnaast* laten de partijen zich ook over de andere voorwaarden van artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn uit. Verzoekster, de Oostenrijkse en de Spaanse regering alsook de Commissie wijzen erop dat deze bepaling alleen kan worden toegepast indien de foto's zijn gebruikt als citaat en dus een ondersteunende functie hadden. Voor de toepassing van die bepaling volstaat niet dat de foto's louter zijn gebruikt om de aandacht van de lezer op het bericht te vestigen.

176. Naar het oordeel van de Oostenrijkse regering en de Commissie kan volgens artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn ook het citeren van hele foto's zijn toegestaan, indien het doel van het citaat dit noodzakelijk maakt. In een dergelijk geval komt echter bijzondere betekenis toe aan de driestappentoets van artikel 5, lid 5, van de richtlijn. De Italiaanse regering en de Commissie betwijfelen of in het hoofdgeding aan de voorwaarden van deze toets, in het bijzonder aan de tweede en de derde stap, is voldaan.

177. Verweersters zijn daarentegen de mening toegedaan dat ook de overige voorwaarden van artikel 5, lid 3, sub d, zijn vervuld. Met name is de openbaarmaking van de foto's naar billijkheid geschied, aangezien de gepubliceerde foto's zijn betrokken van betrouwbare derden. Bovendien dient het recht van vrije meningsuiting in aanmerking te worden genomen.

2. Juridische beoordeling

178. Zoals uit de verwijzingsbeslissing blijkt, moet ook de tweede prejudiciële vraag worden gezien tegen de achtergrond van de rechtsopvattingen die het OGH in de

kortgedingprocedure heeft vertolkt.[59] Het OGH heeft in zijn beslissing overwogen dat volgens de nationale wettelijke bepalingen werken vrij mogen worden gebruikt om er in kranten en tijdschriften uit te citeren, met dien verstande dat het overnemen van hele foto's slechts is toegestaan indien het doel van het citaat dit noodzakelijk maakt en de economische waarde van de foto daardoor niet aanzienlijk vermindert.

a) Eerste deelvraag

179. Met zijn eerste deelvraag wil de verwijzende rechter weten of artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29 kan worden toegepast indien het medium waarin het citaat voorkomt, zelf geen auteursrechtelijke bescherming geniet.

180. Deze vraag is voor de beslechting van het hoofdgeding relevant. Anders dan verweersters stellen, is het niet nodig dat de verwijzende rechter eerst nagaat of de betrokken artikelen auteursrechtelijk beschermd zijn. Het prejudicieel verzoek van artikel 267 VWEU heeft namelijk geen subsidiair karakter in die zin, dat een nationale rechter het Hof pas een vraag over de uitlegging van het Unierecht zou mogen voorleggen als alle andere geschilpunten zijn opgelost.

181. Ook in dit verband moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat de in artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29 bedoelde beperking voor de lidstaten facultatief is, zodat de lidstaten in beginsel vrij zijn om te bepalen of zij deze beperking in hun nationale recht opnemen en op welke wijze zij deze binnen het door het Unierecht bepaalde kader vormgeven, zij het met inachtneming van de in punt 148 van deze conclusie vermelde voorbehouden.

182. De vraag van de verwijzende rechter moet derhalve aldus worden verstaan, dat hij ertoe strekt te vernemen of een lidstaat de door artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29 getrokken grenzen te buiten gaat door in zijn nationale recht aan het citeerrecht niet de voorwaarde te verbinden dat het artikel waarin het citaat voorkomt, zelf auteursrechtelijk beschermd moet zijn.

183. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord.

184. Ten eerste volgt een dergelijke beperkende voorwaarde niet uit de tekst van artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn.

59 — Zie punt 38 van deze conclusie.

185. Ten tweede bevat de richtlijn ook geen andere elementen waaruit een dergelijke voorwaarde kan worden afgeleid. Uit de systematische samenhang met de overige in artikel 5, lid 3, van de richtlijn voorziene beperkingen volgt veeleer dat daaraan niet de gedachte ten grondslag ligt dat het auteursrecht op een werk uitsluitend ten gunste van een ander werk kan worden beperkt.

186. Ten derde kan volgens mij voor een dergelijke uitlegging ook geen steun worden gevonden in het doel van de betrokken bepaling. De beperking van artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn moet worden gezien in het licht van het belang van de vrijheid om gedachten tot uitdrukking te brengen. Zij is dus met name bedoeld om de vrijheid van meningsuiting en van drukpers te waarborgen. Uitingen die zelf auteursrechtelijk beschermd zijn, kunnen echter zeer wel onder de bescherming van deze grondrechten vallen.

187. Ten vierde biedt ook de herziene Berner Conventie, waaraan de beperking van artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn is ontleend [60] en in het licht waarvan zij dus moet worden uitgelegd, geen aanknopingspunt voor een dergelijke restrictieve uitlegging.

60 — Zie artikel 10, lid 1, van de herziene Berner Conventie.

188. Ten vijfde brengt ook de driestappentoets van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 niet mee dat het citeerrecht slechts voor citaten in auteursrechtelijke beschermde werken zou gelden. In dit verband kan in de eerste plaats worden verwezen naar de hiervóór genoemde argumenten. Verder valt niet in te zien dat citaten in niet auteursrechtelijk beschermde werken in sterkere mate afbreuk zouden doen aan de normale exploitatie van een auteursrechtelijk beschermde foto dan citaten in auteursrechtelijk beschermde teksten.

189. Concluderend moet dan ook worden vastgesteld dat het geen dwingende voorwaarde voor de toepassing van artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29 is, dat het artikel waarin het citaat in de zin van deze bepaling voorkomt, zelf auteursrechtelijk beschermd is.

190. Aangezien artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn voor de lidstaten facultatief is, staat het de lidstaten echter in beginsel vrij om in hun nationale recht strengere voorwaarden aan het citeerrrecht te stellen. Zij moeten daarbij dan wel andere uit het Unierecht voortvloeiende eisen in aanmerking nemen, waaronder met name de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid.

b) Tweede deelvraag

191. Met zijn tweede deelvraag wil de verwijzende rechter weten of de uitzondering van artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn kan worden toegepast indien de auteur van de openbaar gemaakte foto niet in de artikelen is genoemd. Ook deze vraag moet aldus worden opgevat, dat de verwijzende rechter wil weten of een lidstaat het door artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn bepaalde kader te buiten gaat indien volgens zijn nationale recht ook mag worden geciteerd zonder dat daarbij de naam van de auteur van het geciteerde werk wordt vermeld.

192. Anders dan verweersters stellen, is deze vraag ontvankelijk. Uit artikel 104, lid 3, tweede alinea, van het Reglement voor de procesvoering volgt dat ook indien over het antwoord op een prejudiciële vraag redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan, deze vraag niet niet-ontvankelijk is, maar daarover bij beschikking kan worden beslist.

193. Inhoudelijk heeft deze vraag twee aspecten. Aangezien de naam van de auteur volgens artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn slechts vermeld dient te worden voor zover dit niet onmogelijk blijkt, rijst om te beginnen de vraag wanneer het vermelden van de naam moet worden geacht onmogelijk te zijn in de zin van deze bepaling (i). De volgende vraag is welke rechtsgevolgen een lidstaat dient te voorzien voor het geval dat vermelding van de naam van de auteur niet onmogelijk was en deze vermelding toch achterwege is gelaten (ii).

i) Onmogelijkheid de naam te vermelden

194. In artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29 is niet nader bepaald wanneer vermelding van de bron en van de naam van de auteur niet mogelijk blijkt.

195. Enerzijds dient er volgens de tekst van de bepaling sprake te zijn van een onmogelijkheid. Het volstaat dus niet dat de betrokken vermelding in redelijkheid niet kan worden verlangd. Dit wijst erop dat een zeer strenge maatstaf moet worden aangelegd. Daarvoor pleiten ook de door richtlijn 2001/29 beoogde doelstellingen van een hoog beschermingsniveau en een passende beloning. [61] Verder volgt uit het woord „blijkt" [62] dat van degene die het citaat opneemt, op zijn minst bepaalde inspanningen mogen worden verwacht om de bron en de naam van de auteur te achterhalen.

61 — Zie de punten 4, 9 en 10 van de considerans van richtlijn 2001/29.

62 — In het Duits „erweisen"; in het Engels „turns out to be"; in het Frans „s'avère"; in het Portugees „se revele"; in het Sloveens „se [...] izkaže", en in het Spaans „resulte". De Italiaanse taalversie is minder duidelijk: „in caso di".

196. Anderzijds mag niet worden vergeten dat het citeerrecht in het belang van de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid is. Aan de onmogelijkheid mogen dus niet zo hoge eisen worden gesteld, dat er in de praktijk voor het citeerrrecht geen plaats meer is als de auteur niet kan worden achterhaald.

197. Bij de beoordeling of vermelding van de naam van de auteur onmogelijk in de zin van artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn was, moeten bovendien alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen.

198. De verwijzende rechter zal in het onderhavige geval dus met name rekening moeten houden met het feit dat de litigieuze foto's in het kader van een opsporingsoproep zijn gebruikt. In een dergelijk geval kan degene die citeert, niet zonder meer ervan uitgaan dat degene die feitelijk over een foto beschikt, ook de rechten op die foto heeft. Ook moet dan van degene die het citaat opneemt, worden verlangd dat hij zijn best doet om de naam van de fotograaf te achterhalen indien deze niet uit de foto blijkt. In de regel zal namelijk de naam van de fotograaf niet vermeld staan op de foto's die bij een opsporingsoproep worden gebruikt.

199. Ook de driestappentoets van artikel 5, lid 5, van de richtlijn pleit ervoor om aan verweersters verplichtingen hoge eisen te stellen. De tweede en de derde stap verlangen dat geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van het werk en dat de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad. Het onderhavige geval wordt erdoor gekenmerkt dat op verzoeksters auteursrecht reeds inbreuk is gemaakt door opsporingsmaatregelen, dat wil zeggen maatregelen die zijn genomen ten behoeve van de openbare veiligheid, en dat deze maatregelen ertoe hebben geleid dat de litigieuze foto's zonder haar toestemming en zonder dat zij als auteur van de foto's werd vermeld, zijn gereproduceerd. Opdat het auteursrecht in een dergelijk geval niet volkomen wordt uitgehold, kan naar mijn mening slechts in uitzonderingsgevallen worden aangenomen dat degene die van het citeerrecht gebruikmaakt, zich zonder nader onderzoek kan beroepen op de onmogelijkheid om de auteur te vermelden.

200. Zonder te willen vooruitlopen op de door de verwijzende rechter in het concrete geval te verrichten beoordeling, lijkt het mij op grond van de in de verwijzingsbeslissing uiteengezette feiten zeer wel denkbaar dat het voor verweersters niet onmogelijk is gebleken verzoeksters naam bij de foto's te vermelden.

ii) Rechtsgevolgen als er geen sprake is van onmogelijkheid

201. Voor het geval de verwijzende rechter zou concluderen dat vermelding van de naam van de auteur niet onmogelijk is gebleken, rijst nog de vraag welke rechtsgevolgen een lidstaat in een dergelijk geval dient te voorzien.

Een benadering zou kunnen zijn dat dan de openbaarmaking zonder de toestemming van de auteur ongeoorloofd is. Een andere benadering zou kunnen zijn dat in een dergelijk geval de openbaarmaking wel geoorloofd blijft, maar dat de auteur een recht op vermelding van zijn naam kan doen gelden.

202. Mij lijkt alleen de benadering volgens welke het citaat zonder vermelding van de naam en zonder toestemming van de auteur een ongeoorloofde openbaarmaking vormt, met artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29 verenigbaar te zijn.

203. Dit volgt in de eerste plaats uit de tekst van artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29. Volgens deze bepaling kan een lidstaat namelijk alleen een citeerrecht invoeren voor zover de bron, waaronder de naam van de auteur, wordt vermeld. Dit suggereert dat het hierbij gaat om een voorwaarde waar een lidstaat die van de bevoegdheid van artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn gebruikmaakt, niet omheen kan.

204. Voor deze uitlegging pleit in de tweede plaats dat deze voorwaarde in één adem wordt genoemd met andere in de bepaling geformuleerde voorwaarden, die duidelijk een dwingend karakter hebben. Het betreft hier de voorwaarden dat het citeren naar billijkheid moet geschieden en door het bijzondere doel moet zijn gerechtvaardigd.

205. In de derde plaats pleit ook het met deze voorwaarde beoogde doel voor deze benadering. In beginsel is het aan de auteur om over het gebruik van zijn werk te beslissen. Op grond van artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn kan een lidstaat de rechten van de auteur in het belang van de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid beperken. De verplichting om de bron en de naam van de auteur te vermelden, moet echter verzekeren dat de auteur een zekere mate van controle blijft behouden. Op deze wijze moet hij onder meer kunnen controleren of het gebruik van zijn werk niet verder gaat dan dat van een geoorloofd citaat. Een benadering volgens welke een werk ook zonder vermelding van de naam van de auteur zou mogen worden gereproduceerd en er alleen een recht op vermelding van die naam zou bestaan, zou het risico inhouden dat de auteur deze controle niet effectief kan uitoefenen. Als hij niet wordt genoemd, zal hij namelijk in veel gevallen ook helemaal niet van het gebruik van zijn werk op de hoogte zijn.

206. Bovenstaande argumenten pleiten ervoor om de naamsvermelding als een dwingende voorwaarde voor de toepassing van de in artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn bedoelde beperking te beschouwen. Niet-inachtneming van deze voorwaarde leidt er derhalve toe dat de reproductie van een werk

niet met een beroep op deze bepaling kan worden gerechtvaardigd. [63]

iii) Conclusie

207. Concluderend moet worden vastgesteld dat de door artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn bepaalde grenzen waarbinnen zonder toestemming van de auteur mag worden geciteerd, te buiten worden gegaan als de naam van de auteur van een foto niet is vermeld ofschoon dit niet onmogelijk is gebleken. Vermelding van een naam blijkt niet onmogelijk indien degene die het citaat opneemt, niet alle maatregelen heeft genomen die, gelet op de omstandigheden van het geval, van hem mochten worden verwacht om de auteur van het werk te achterhalen.

c) Aanvullende opmerkingen

208. De tweede prejudiciële vraag betreft slechts twee punten die in het kader van artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn van belang zijn. Aangezien het Hof in het kader van de prejudiciële procedure de verwijzende rechter alle aanwijzingen kan verstrekken die voor de oplossing van het hoofdgeding van nut zijn [64], wil ik echter los van de twee door de verwijzende rechter gestelde deelvragen nog ingaan op drie andere punten die betrekking hebben op de grenzen van het door de artikelen 5, lid 3, sub d, en 5, lid 5, van de richtlijn bepaalde Unierechtelijke kader. Het betreft hier in de eerste plaats de vraag onder welke omstandigheden er sprake is van een citaat in de zin van artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn (i). De tweede vraag is of ook de aanhaling van een volledig werk een citaat in de zin van deze bepaling kan zijn (ii). Tot slot wil ik nog ingaan op de vraag in hoeverre de door artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn geboden mogelijkheid wordt beperkt door de voorwaarde dat het gebruik naar billijkheid dient te geschieden, en door de driestappentoets van artikel 5, lid 5, van de richtlijn (iii).

i) Citeren ten behoeve van kritieken of recensies

209. Volgens artikel 5, lid 3, sub d, van richtlijn 2001/29 kunnen de lidstaten in beperkingen of restricties op het reproductierecht voorzien voor citaten ten behoeve van kritieken en recensies. Beslissend is derhalve dat

63 — Zie in die zin ook Götting, H.-P., in: Löwenheim, U., *Handbuch des Urheberrechts*, Beck 2010, § 32, punt 12.

64 — Zie punt 117 van deze conclusie.

het werk wordt gereproduceerd om eruit te citeren.

210. Het begrip „citaat" wordt in de richtlijn niet gedefinieerd. Volgens het normale spraakgebruik is er sprake van een citaat indien het gedachtegoed van een ander in ongewijzigde vorm en herkenbaar wordt weergegeven. Zoals blijkt uit de in artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn genoemde voorbeelden, volgens welke het moet gaan om citaten ten behoeve van kritieken of recensies, is dit op zich niet voldoende. Er moet integendeel ook sprake zijn van een inhoudelijke terugkoppeling naar het geciteerde werk, in de vorm van een beschrijving, een commentaar of een beoordeling. Het citaat moet derhalve de basis voor een betoog vormen.

211. Het is aan de verwijzende rechter om vast te stellen of verweersters met de openbaarmaking van de litigieuze foto's een dergelijk doel voor ogen hebben gehad. Van een citaat in de zin van artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn is echter geen sprake als in de artikelen de vereiste inhoudelijke terugkoppeling ontbreekt. Met name wanneer de betrokken foto's slechts zouden zijn gebruikt als „blikvanger", dat wil zeggen om de aandacht van de lezer te trekken, zonder dat er in de begeleidende tekst zelf aan wordt gerefereerd, kan geen gebruik voor citaten in de zin van artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn worden aangenomen.

ii) Aanhaling van volledige werken

212. Verder rijst de vraag in hoeverre artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn ook geldt voor het aanhalen van volledige werken. Citeren houdt in beginsel in dat slechts een fragment van een werk wordt aangehaald. Bij foto's lijkt het mij echter niet uitgesloten dat ook het overnemen van het gehele werk een citaat in de zin van deze bepaling kan zijn. In het geval van een foto kan een volledige weergave namelijk noodzakelijk zijn om de vereiste inhoudelijke terugkoppeling tot stand te brengen. Als volgens artikel 5, lid 3, sub d, van de richtlijn alleen gedeelten van foto's openbaar konden worden gemaakt, dan zou deze bepaling voor foto's dus aanzienlijk aan betekenis inboeten.

213. Aangezien het aanhalen van een volledig werk tot een forse inbreuk op het auteursrecht leidt, komt in een dergelijk geval echter bijzondere betekenis toe aan de overige voorwaarden, zoals die volgens welke het citeren naar billijkheid dient te geschieden, en aan de driestappentoets van artikel 5, lid 5, van de richtlijn.

iii) Overige voorwaarden

214. De verwijzende rechter zal in het hoofdgeding ook moeten onderzoeken of de openbaarmaking van de litigieuze foto's naar billijkheid is geschied en aan de driestappentoets van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 voldoet. Hij zal in dit verband met name dienen na te gaan of het feit dat de betrokken foto's in de kranten en tijdschriften en op de internetsites van verweersters volledig zijn overgenomen, de mogelijkheden om die foto's te verkopen, aanzienlijk heeft beperkt en daarmee verzoeksters belangen op onredelijke wijze heeft geschaad.

X — Conclusie

215. Tegen deze achtergrond geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

„1) Het begrip nauwe band in artikel 6, sub 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 aan de vordering tegen de verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van het gerecht (hoofdvordering) en de andere vordering hetzelfde feitencomplex ten grondslag moet liggen en dat tussen deze vorderingen een voldoende juridische samenhang moet bestaan. Een en hetzelfde feitencomplex kan in een geval als het onderhavige niet worden aangenomen indien de aan de hoofdverweerder en de aan de andere verweerder ten laste gelegde gedragingen niet op elkaar afgestemde parallelle gedragingen zijn. Van een voldoende juridische samenhang kan ook sprake zijn indien op de twee vorderingen verschillend nationaal recht van toepassing is, dat niet volledig is geharmoniseerd.

2 a) Artikel 5, lid 3, sub d, 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, moet aldus worden uitgelegd, dat een lidstaat het citeren van een werk zonder toestemming van de auteur ook mag toestaan indien het persartikel waarin het citaat voorkomt, zelf niet auteursrechtelijk beschermd is.

2 b) Verder is het volgens deze bepaling een dwingende voorwaarde dat degene die het citaat opneemt, de naam van de auteur van een auteursrechtelijk beschermde foto vermeldt, voor zover dit niet onmogelijk blijkt. Vermelding van een naam blijkt niet onmogelijk indien degene die het citaat opneemt, niet alle maatregelen heeft genomen die, gelet op de omstandigheden van het geval, van hem mochten worden verwacht om de auteur van het werk te achterhalen.

3 a) Artikel 5, lid 3, sub e, van richtlijn 2001/29 moet aldus worden uitgelegd, dat een lidstaat in geval van een opsporingsoproep die in het belang van de openbare veiligheid in de zin van deze bepaling is gedaan, de reproductie van auteursrechtelijk beschermde foto's door de media ook zonder toestemming van de auteur kan toestaan voor zover de met die oproep beoogde doelen nog niet zijn bereikt en de reproductie van de foto's objectief beschouwd tot de verwezenlijking van die doelen kan bijdragen.

3 b) Media kunnen zich niet rechtstreeks op deze bepaling beroepen om de reproductie van een werk zonder toestemming van de auteur te rechtvaardigen.

4) Overeenkomstig artikel 6 van 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, respectievelijk 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, geniet een portretfoto auteursrechtelijke bescherming indien hij een eigen schepping van de fotograaf is, waarvoor is vereist dat de fotograaf door benutting

van de voorhanden zijnde vormgevingsmogelijkheden de foto een persoonlijke noot heeft gegeven.

De openbaarmaking van een montagefoto die aan de hand van een auteursrechtelijk beschermde portretfoto is gemaakt, vormt een reproductiehandeling in de zin van artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29 indien de elementen die de oorspronkelijke foto tot een eigen schepping maken, ook in de montagefoto zijn belichaamd."