



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 25 april 2018¹

Zaak C-161/17

**Land Nordrhein-Westfalen
tegen
Dirk Renckhoff**

[verzoek van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland)
om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij – Begrip ‚mededeling aan het publiek’ – Beschikbaarstelling op een website van een voor alle internetgebruikers op een andere website toegankelijk beschermd werk – Geval waarin het werk zonder toestemming van de houder van het auteursrecht op een server is gekopieerd”

1. Nog niet zo lang geleden maakten leerlingen in scholen werkstukken over een bepaald thema op kartonnen platen, die zij gewoonlijk met foto's, afbeeldingen en tekeningen uit boeken en tijdschriften illustreerden. Wanneer deze werkstukken klaar waren, werden zij in de scholen tentoongesteld (tot genoegen van de ouders), gewoonlijk zonder dat de auteurs van die afbeeldingen voor dat gebruik een vergoeding eisten.
2. Thans maken leerlingen gebruik van de huidige technologie en illustreren zij hun werkstukken ook met foto's en tekeningen, met dit verschil dat die werkstukken en de afbeeldingen die zij voor de uitvoering ervan gebruiken, digitaal zijn. Op internet zijn er duizenden grafische mogelijkheden om een schoolwerkstuk te voorzien van afbeeldingen en is het redelijk eenvoudig om dat werkstuk, wanneer het klaar is, te uploaden naar een voor alle internetgebruikers toegankelijke website.
3. Dat is precies wat in het onderhavige geval is gebeurd. Een leerlinge van de Gesamtschule Waltrop in het Land Nordrhein-Westfalen (deelstaat Noordrijn-Westfalen)² van de Bondsrepubliek Duitsland vond op internet een foto van de Spaanse stad Cordoba, die zij gebruikte in een werkstuk voor het vak Spaans. Nadat zij haar werkstuk had voltooid, uploadde zij het op de website van de school en toen de professionele fotograaf die de foto had gemaakt, ervan kennisnam dat deze zonder zijn toestemming was gebruikt, meende hij dat zijn auteursrecht was geschonden (in dat verband verzocht hij om stopzetting van het gedrag en om schadevergoeding).

¹ Oorspronkelijke taal: Spaans.

² Hierna, zonder onderscheid: „Land” of „deelstaat Noordrijn-Westfalen”.

4. In deze context verzoekt het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) het Hof de contouren te preciseren van de „beschikbaarstelling voor het publiek” (op internet), die vereist is om de vermeende schending vast te stellen. Aangezien de *beschikbaarstelling* in de digitale wereld de tegenhanger is van de „handeling bestaande in een mededeling” in de analoge wereld³, dient de rechtspraak met betrekking tot het begrip „handeling bestaande in een mededeling”⁴, dat in artikel 3 van richtlijn 2001/29/EG⁵ wordt gebruikt, mutatis mutandis erop te worden toegepast.

5. De verwijzende rechter wenst te vernemen of het downloaden van de foto van Cordoba, gevolgd door de invoeging ervan in een werkstuk dat op de website van de school is geplaatst, onder dit begrip valt. Het Hof heeft de uitdrukking „handeling bestaande in een mededeling aan het publiek” weliswaar reeds in verschillende arresten uitgelegd in antwoord op vragen over nieuwe publicatietechnieken en -methoden voor beschermde werken, maar uit de onderhavige verwijzing blijkt dat er bij de nationale rechterlijke instanties nog steeds een behoefte aan uitlegging ter zake bestaat.⁶

6. De verwijzende rechter twijfelt aan een van de door het Hof uitgewerkte criteria: hij vraagt zich in concreto af, of de foto die was ingevoegd in het op de schoolwebsite geüploade werkstuk, beschikbaar was gesteld aan een „nieuw” publiek. Ik ben echter van mening dat het voor de oplossing van het geding wellicht gepast is ook rekening te houden met andere technische aspecten en met de omstandigheden waarin het fotografische werk is gebruikt, die beide verschillend zijn van de overige in de rechtspraak vermelde criteria.

I. Toepasselijke bepalingen

A. Internationaal recht

1. WIPO-verdrag inzake het auteursrecht

7. Op 20 december 1996 heeft de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom (WIPO) te Genève het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht vastgesteld, dat op 6 maart 2002 in werking is getreden en namens de Europese Gemeenschap bij besluit 2000/278/EG van de Raad⁷ is goedgekeurd.

8. Artikel 1, lid 4, ervan verplicht de verdragsluitende partijen om te voldoen aan de artikelen 1 tot en met 21 van de Berner Conventie.⁸

3 Arrest van 11 september 2014, Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196, punt 42). Zie de toelichting over hoe de uitdrukking „beschikbaarstelling” haar intrede heeft gedaan in het internationale auteursrecht, vanwaar zij in richtlijn 2001/29 is opgenomen, in Walter, M.M., „Article 3 – Right of communication to the public”, in Walter, M.M., Von Lewinski, S., *European Copyright Law – A Commentary*, Oxford, 2010, blz. 978.

4 De partijen die opmerkingen hebben ingediend in deze prejudiciële procedure delen deze opvatting, aangezien zij hun respectieve argumenten op de rechtspraak met betrekking tot de handeling bestaande in een mededeling hebben gebaseerd.

5 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PB 2001, L 167, blz. 10).

6 De zin „niets is erger dan het scherpe beeld van een vaag begrip”, dat aan de Amerikaanse fotograaf Ansel Adams wordt toegeschreven, helpt misschien om deze reeks geschillen te begrijpen.

7 Besluit van 16 maart 2000 (PB 2000, L 89, blz.6).

8 Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst (Akte van Parijs van 24 juli 1971), zoals gewijzigd op 28 september 1979 (hierna: „Berner Conventie”).

2. *Berner Conventie*

9. Artikel 2, lid 1, van de Berner Conventie bepaalt:

„De term ‚werken van letterkunde en kunst‘ omvat alle voortbrengselen op het gebied van letterkunde, wetenschap en kunst, welke ook de wijze of de vorm van uitdrukking zij, zoals [...] fotografische werken, waarmee volgens een soortgelijke werkwijze uitgedrukte werken worden gelijkgesteld; [...]”.

10. In artikel 11 bis, lid 1, punt 2, van die Conventie is het volgende bepaald:

„1) Auteurs van werken van letterkunde en kunst genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot:

[...]

2.º elke openbare mededeling, hetzij met of zonder draad, van het door de radio uitgezonden werk, wanneer deze mededeling door een andere organisatie dan de oorspronkelijke geschiedt”.

B. Unierecht: richtlijn 2001/29

11. De toenadering tussen de rechtsorden van de lidstaten op het gebied van intellectuele eigendom is hoofdzakelijk tot stand gekomen via richtlijn 93/98/EEG⁹, die vervolgens is gewijzigd en ingetrokken bij richtlijn 2006/116/EG¹⁰, die de voorgaande versies codificeert. Een van deze wijzigingen had als doel om via richtlijn 2001/29 de bescherming van het auteursrecht en de naburige rechten in de zogenoemde informatiemaatschappij te regelen.

12. In overweging 23 van richtlijn 2001/29 staat te lezen:

„Deze richtlijn moet het recht van de auteur van mededeling van werken aan het publiek verder harmoniseren. Aan dit recht moet een ruime betekenis worden gegeven die iedere mededeling omvat die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan. Dit recht dient zich uit te strekken tot elke dergelijke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending. Dit recht heeft geen betrekking op enige andere handeling.”

13. In overweging 31 wordt verklaard:

„Er moet een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen worden gewaarborgd tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal. De in de lidstaten geldende beperkingen en restricties op de rechten moeten opnieuw worden bezien in het licht van de nieuwe elektronische omgeving. [...]”

⁹ Richtlijn van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten (PB 1993, L 290, blz. 9; hierna: „richtlijn 93/98”).

¹⁰ Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 (PB 2006, L 372, blz. 12).

14. Overweging 34 luidt:

„Er moet aan de lidstaten de mogelijkheid worden geboden om in bepaalde beperkingen of restricties te voorzien, onder meer ten behoeve van onderwijs en wetenschappelijk onderzoek alsmede openbare instellingen zoals bibliotheken en archieven, en voor verslaggeving over nieuwsfeiten, citaten, gebruik door mensen met een handicap, gebruik ten behoeve van de openbare veiligheid en gebruik in het kader van administratieve en gerechtelijke procedures.”

15. Artikel 2 („Reproductierecht”) bepaalt:

„De lidstaten voorzien ten behoeve van:

a) auteurs, met betrekking tot hun werken,

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

16. Artikel 3 („Recht van mededeling van werken aan het publiek en recht van beschikbaarstelling van ander materiaal voor het publiek”), lid 1, luidt:

„1. 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.”

17. Artikel 5 („Beperkingen en restricties”), leden 3 en 5, bepaalt:

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

a) het gebruik uitsluitend als toelichting bij het onderwijs of ten behoeve van het wetenschappelijk onderzoek, de bron, waaronder de naam van de auteur, wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt, en voor zover het gebruik door het beoogde, niet-commerciële doel wordt gerechtvaardigd;

[...]

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.”

C. Nationaal recht: Urheberrechtsgesetz (wet op het auteursrecht)¹¹

18. § 2, betreffende de werkingssfeer, vermeldt uitdrukkelijk zowel fotografische werken (Lichtbildwerke) als werken die op soortgelijke wijze zijn gecreëerd.

¹¹ Wet van 9 september 1965 (BGBl. I, blz. 1273), laatstelijk gewijzigd op 1 september 2017 (BGBl. I, blz. 3346). Hierna: „UrhG”.

19. In de versie die gold op het tijdstip van de feiten bepaalde § 52:

„Mededeling van een gepubliceerd werk aan het publiek is toegestaan voor zover de organisator zonder winstoogmerk handelt, het publiek kosteloos deelneemt en, in geval van een conferentie of voorstelling van het werk, geen van de uitvoerende kunstenaars een bijzondere vergoeding ontvangt. Voor de mededeling wordt een redelijke vergoeding betaald. De vergoeding is niet verschuldigd voor evenementen in het kader van [...] of schoolevenementen, voor zover zij wegens het sociale of educatieve karakter waarvoor zij bestemd zijn, enkel toegankelijk zijn voor een beperkt en bepaald aantal personen.”

20. Volgens § 64, dat van toepassing is op fotografische werken, strekt het auteursrecht zich uit tot zeventig jaar na de dood van de auteur. Daarentegen is het auteursrecht op „andere” foto’s, hoewel zij op grond van § 72, leden 1 en 2, mutatis mutandis dezelfde bescherming genieten als fotografische werken, beperkt tot vijftig jaar na de openbaarmaking ervan of, indien eerder, na de eerste mededeling ervan (lid 3 van dezelfde §).

II. Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële vraag

A. Feiten

21. Dirk Renckhoff, beroepsfotograaf, stelde een vordering tegen het Land¹² en de stad Waltrop wegens de publicatie vanaf 25 maart 2009 op de website van de Gesamtschule Waltrop van een werkstuk van een leerlinge voor het vak Spaans, waarin volgens de verwijzingsbeslissing de volgende foto van Cordoba was opgenomen, die in die beslissing wordt weergegeven:



22. Onder de afbeelding, die door de leerlinge was gekopieerd van de website „www.schwarzauflweiss.de” (die toebehoort aan een digitaal reis magazine met dezelfde naam), had de leerlinge de verwijzing naar die website opgenomen, zonder de naam van de fotograaf te vermelden.¹³

23. Renckhoff voert aan dat hij uitsluitend aan de exploitanten van het online portaal van het magazine een eenvoudig gebruiksrecht op de foto had verleend. Hij is derhalve van mening dat het feit dat de afbeelding op de website van de school is geplaatst, zijn (auteurs)recht schendt om de reproductie en de mededeling aan het publiek van de genoemde foto toe te staan.

¹² De deelstaat Noordrijn-Westfalen is belast met de onderwijsinspectie met betrekking tot de gemeentelijke instantie waarvan de school afhangt en die werkgever is van het onderwijzend personeel van die school.

¹³ Ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van Renckhoff erop gewezen dat het „Impressum” van het onlinereis magazine een waarschuwing bevatte over de auteursrechtelijke bescherming van de inhoud van dat magazine. In het feitenrelaas van de verwijzingsbeslissing wordt hierover echter niets vermeld. Het staat aan de verwijzende rechter om in voorkomend geval deze feitelijke gegevens te beoordelen.

B. Procedure bij de nationale rechterlijke instanties

24. De vordering van Renckhoff bij de rechter in eerste aanleg werd gedeeltelijk toegewezen. In dat verband werd het Land veroordeeld tot verwijdering van de foto, alsook tot betaling van 300 EUR, vermeerderd met rente.

25. Nadat beide partijen tegen dat vonnis hoger beroep hadden ingesteld, hervormde de rechter in beroep dat vonnis alleen in de zin dat hij de reproductie van de foto voor het uploaden ervan verbood. Volgens die rechter beschikte de verzoeker ten aanzien van het Land krachtens § 97, lid 1, van het UrhG en op grond van de indirecte aansprakelijkheid (Störerhaftung) over een vordering tot staking.

26. Zowel het Land (dat aandringt op de volledige afwijzing van de vordering) als Renckhoff (die zijn vordering volledig gegrond wil horen verklaren) stelde tegen dat arrest beroep in „Revision” in bij het Bundesgerichtshof.

27. De verwijzende rechter twijfelt eraan of het kopiëren van het beschermde werk op een computer en het uploaden ervan naar de schoolwebsite onder het begrip „mededeling aan het publiek” valt in de betekenis die het Hof in zijn rechtspraak aan artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 heeft gegeven.

28. De verwijzende rechter is van mening dat veel van de vereisten waaraan moet zijn voldaan om het litigieuze feit als „mededeling aan het publiek” te kunnen aanmerken, zijn vervuld. In het bijzonder, wat de *mededeling* betreft:

- de publicatie op de website veronderstelt geen rechtstreeks fysiek contact tussen de personen die het werk uitvoeren en het publiek waarvoor het is bestemd¹⁴;
- evenmin vond die publicatie plaats met een ander specifiek technisch middel dan de eerste plaatsing van de foto op internet; en
- de leerlinge en haar leerkracht hebben, door aan de gebruikers van de schoolwebsite toegang te verlenen tot het werk, met inbegrip van de foto – een toegang die gebruikers nooit zouden hebben gekregen zonder de interventie van eerstgenoemden –, met volledige kennis van de gevolgen van hun gedrag gehandeld¹⁵.

29. Met betrekking tot het andere element, te weten het *publiek*, stelt de verwijzende rechter om te beginnen dat „moet [...] worden betwijfeld of de [...] foto [...] in de gegeven omstandigheden op de website van de school is meegedeeld aan een nieuw publiek, dat wil zeggen aan een publiek dat de houder van de auteursrechten niet in gedachten had toen hij toestemming gaf voor de oorspronkelijke mededeling van zijn werk aan het publiek”.¹⁶

30. Zijn slotsom is echter dat „niet [kan] worden aangenomen dat de houder van een auteursrecht die toestemming verleent voor het plaatsen van zijn werk op een vrij toegankelijke website, daarbij als publiek niet alleen internetgebruikers die de website rechtstreeks of via een link op een andere website bezoeken, in aanmerking neemt, maar ook internetgebruikers die een andere website bezoeken waarop zijn werk zonder zijn toestemming is geplaatst. Bij laatstgenoemde internetgebruikers gaat het derhalve in de ogen van de Senat om een nieuw publiek in de zin van de rechtspraak van het Hof”.

¹⁴ Zie arrest van 24 november 2011, Circul Globus București (C-283/10, EU:C:2011:772, punten 35 en 36, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

¹⁵ Hij verwijst onder meer naar het arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

¹⁶ Hij verwijst onder meer naar het arrest van 8 september 2016, GS Media (C-160/15, hierna, zonder onderscheid: „arrest GS Media” of „zaak GS Media”, EU:C:2016:644, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De verwijzende rechter is van mening dat de mededeling in ieder geval via dezelfde techniek heeft plaatsgevonden, zodat moet worden onderzocht of de mededeling al dan niet aan dat nieuwe publiek is gedaan, aangezien dit aspect subsidiair is ten opzichte van het eerste.

31. Hij meent ook dat het feit dat de houder van het auteursrecht geen toestemming heeft gegeven om de foto op de schoolserver te kopiëren en daarna te publiceren op internet, deze zaak onderscheidt van de zaken waarin is gebruikgemaakt van hyperlinks of „framing”.¹⁷ Derhalve heeft het auteursrecht van artikel 17, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) voorrang boven het recht van de gebruikers op de vrijheid van meningsuiting en van informatie van artikel 11 ervan.

32. Hij wijst ook op de centrale rol van de gebruiker bij de mededeling ervan, wanneer die het werk op zijn eigen website plaatst en beschikbaar stelt, aangezien hij beslist over de beschikbaarstelling van het werk aan het publiek en de duur ervan, in strijd met het reproductierecht van de auteur. Daarentegen wordt bij een naar een website verwijzende hyperlink de link zonder voorwerp wanneer het werk van de oorspronkelijke website wordt verwijderd.

33. Tot slot meent hij dat het feit dat de foto door het plaatsen ervan op de schoolwebsite zonder winsttoegmerk is gebruikt, niet doorslaggevend is.¹⁸

34. In die omstandigheden heeft het Bundesgerichtshof besloten het Hof de volgende prejudiciële vraag voor te leggen:

„Moet het plaatsen van een op een website van een derde met toestemming van de houder van het auteursrecht voor alle internetgebruikers vrij toegankelijk werk op een eigen openbaar toegankelijke website worden beschouwd als beschikbaarstelling voor het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn [2001/29], wanneer het werk in eerste instantie op een server wordt gekopieerd en van daaruit op de eigen website wordt geüpload?”

III. Procedure bij het Hof en argumenten van partijen

A. Procedure

35. De verwijzingsbeslissing is op 31 maart 2017 bij de griffie van het Hof ingekomen.

36. De deelstaat Noordrijn-Westfalen, de Italiaanse regering en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

37. Op 7 februari 2018 heeft een terechtzitting plaatsgevonden, waaraan de vertegenwoordigers van het Land, van Renckhoff, de Italiaanse en de Franse regering, alsook de Commissie hebben deelgenomen.

38. Het Hof heeft partijen verzocht ter terechtzitting hun standpunt kenbaar te maken over de gevolgen van het arrest GS Media, alsook over de uitlegging van artikel 5, lid 3, onder a), van richtlijn 2001/29.

¹⁷ Hij vermeldt het arrest GS Media, punten 31 en 45.

¹⁸ Naar zijn mening is „[h]et commerciële karakter van de doorgifte van een beschermd werk [...] voor de kwalificatie ervan als ‚mededeling aan het publiek’ weliswaar niet irrelevant – onder meer ter bepaling van de hoogte van de vergoeding voor een dergelijke doorgifte (zie arrest van [4 oktober 2011,] Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631, punten 204-206), – maar zeker niet doorslaggevend ([zie] arrest [van 31 mei 2016], Reha Training (C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379, punt 49); zie echter ook arrest GS Media, [...] punt 55)”.

B. Samenvatting van de argumenten van partijen

39. Voor de deelstaat Noordrijn-Westfalen en de Italiaanse regering is er in de onderhavige zaak geen sprake van mededeling aan het publiek, aangezien de door de rechtspraak vereiste factoren ontbreken. In het bijzonder hebben de leerlinge en haar leerkracht niet opzettelijk en met volledige kennis van de gevolgen van hun gedrag gehandeld.¹⁹ Bovendien bood de plaatsing van de foto op de schoolwebsite, gelet op het feit dat deze foto reeds voor alle internetgebruikers beschikbaar was op de website van het reismagazine, geen enkele mogelijkheid van toegang (tot de foto) waarover deze gebruikers nog niet beschikten. Volgens de rechtspraak is er dan ook evenmin sprake van een mededeling aan een *nieuw* publiek.²⁰

40. Het Land betoogt dat bij de beoordeling van de met elkaar strijdige belangen naast artikel 17, lid 2, van het Handvest inzake de bescherming van de intellectuele eigendom en artikel 11 ervan inzake de vrijheid van meningsuiting en van informatie, rekening moet worden gehouden met het in artikel 14 daarvan verankerde recht op onderwijs, op grond waarvan de leerlinge de foto als illustratie in haar werkstuk heeft opgenomen. Het meent dat het recht om websites te creëren, net zoals links, ook bijdraagt tot de goede werking van het internet, ten minste wanneer de werken er reeds vrij beschikbaar zijn.

41. Ten slotte heeft het Land een ander standpunt dan de verwijzende rechter wat de rol van de gebruiker betreft. In het onderhavige geval is het werk losgekoppeld van de auteur ervan, die toestemming heeft gegeven voor de publicatie ervan, toegankelijk voor alle internetgebruikers, op een door een derde beheerde website. Door zo te werk te gaan heeft hij vrijwillig afstand gedaan van zijn zeggenschap over het gebruik van de foto. Bovendien betekent het feit dat de eigenaar van het werk geen verwijzing naar zijn auteursrecht heeft opgenomen, dat hij ermee instemt dat de gebruiker ervan dit aldus opvat dat het werk niet door een specifiek recht is beschermd. Tot slot wijst het Land erop dat de leerlinge in haar werkstuk de bron van de foto heeft vermeld en dat er geen sprake was van een winstogmerk.

42. De Italiaanse regering betoogt dat het werk niet was beschermd door enige vorm van beperkte toegang tot internet, zodat het onbeperkt toegankelijk was. Van de leerlinge en haar leerkracht kon niet worden geëist dat zij zich ten volle bewust waren van de onrechtmatigheid van hun daden, aangezien die daden niet onrechtmatig waren.

43. Volgens de Italiaanse regering is er dus geen sprake van mededeling aan een „nieuw” publiek in de zin van de rechtspraak²¹ en verschilde de techniek die de leerlinge had gebruikt, niet van die welke oorspronkelijk was gebruikt. Ten slotte stelt zij dat de oorspronkelijke toestemming de toegang tot de foto in het onlinereismagazine omvatte en dat deze toegang niet was beperkt tot bepaalde categorieën internetgebruikers.

¹⁹ In tegenstelling tot hetgeen in het arrest *GS Media*, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak, wordt vereist.

²⁰ Anders dan de verwijzende rechter meent het Land dat de rechtspraak van het Hof over hyperlinks en „framing” van toepassing is op het onderhavige geval. Het verwijst in dat verband naar het arrest *GS Media*, punt 52; het arrest van 13 februari 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 18), en de beschikking van 21 oktober 2014, *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315, punt 15).

²¹ Zij verwijst in het bijzonder naar de arresten van 26 april 2017, *Stichting Brein* (C-527/15, EU:C:2017:300, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 14 juni 2017, *Stichting Brein* (C-610/15, hierna: „arrest *Stichting Brein II*”, EU:C:2017:456, punten 31 en 44).

44. De Commissie daarentegen meent dat de publicatie van de foto op de schoolwebsite een mededeling aan het publiek is, aangezien is voldaan aan de in de rechtspraak gestelde vereisten: a) er is een beschermd werk doorgegeven²²; b) het begrip mededeling dient ruim te worden opgevat, zodat elke doorgifte daaronder valt, ongeacht het gebruikte technische middel of procedé²³; c) het technische middel kan verschillend²⁴ of hetzelfde²⁵ zijn; d) niet vereist is dat het publiek waarvoor het werk beschikbaar is, werkelijk gebruik maakt van die mogelijkheid²⁶; en e) het publiek bestaat uit een onbepaald, maar aanzienlijk aantal potentiële kijkers, en niet uit een kleine groep personen²⁷.

45. De Commissie, die de toepassing van de rechtspraak over hyperlinks²⁸ op de onderhavige zaak in haar schriftelijke opmerkingen heeft afgewezen, nam ter terechtzitting een veel genuanceerder standpunt in. Zij heeft niet aangedrongen op haar bewering dat de houder van het auteursrecht in geval van doorverwijzing via hyperlinks zijn zeggenschap behoudt, als relevant verschil met de onderhavige zaak. Zij voerde daarentegen aan dat het noodzakelijk was om, net zoals in de zaak GS Media, een afzonderlijke beoordeling te maken van de mededelingshandeling, waarbij rekening wordt gehouden met aspecten inzake het volledige bewustzijn van de leerlinge van haar gedrag, in het bijzonder inzake het feit dat zij kon vermoeden dat de foto vrij beschikbaar was voor het publiek.

46. Zoals de Italiaanse regering vestigt de Commissie de aandacht op de eventuele toepassing, op de onderhavige zaak, van de beperking van artikel 5, lid 3, onder a), van richtlijn 2001/29, die de Bondsrepubliek Duitsland in § 52 van het UrhG had ingevoerd.²⁹

47. Ter terechtzitting heeft Renckhoff aangevoerd dat de criteria van het arrest GS Media niet op de onderhavige zaak konden worden toegepast. De fotograaf had geen toestemming gegeven voor het plaatsen van de foto op de schoolwebsite. Zijn recht om zeggenschap uit te oefenen op het gebruik van zijn werk was hem dus ontzegd. Bovendien was het publiek van internetgebruikers dat die website bezocht, verschillend van dat van het onlinereismagazine.

48. Met de Franse regering wijst Renckhoff de toepassing van artikel 5, lid 3, onder a), van richtlijn 2001/29 af, aangezien het gebruik van de foto niet verplicht, noch noodzakelijk was en de plaatsing ervan op de schoolwebsite verder ging dan het strikte onderwijskader. De Franse regering voegt daaraan toe dat het gedrag in strijd is met lid 5 van dat artikel, aangezien het een onevenredige exploitatie van het werk betreft.

49. Volgens de Franse regering gaat het in casu in de eerste plaats om het reproductierecht, aangezien de afbeelding op de schoolserver was gekopieerd (artikel 2 van richtlijn 2001/29), en pas in de tweede plaats om de mededeling aan het publiek. De toepassing van de beginselen van het arrest GS Media is strijdig met het doel om een hoge mate van bescherming van het auteursrecht te garanderen.

22 Onder verwijzing naar het arrest van 31 mei 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punt 38).

23 Zij beroept zich op het arrest van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 193).

24 Arrest van 7 maart 2013, ITV Broadcasting e.a. (C-607/11, EU:C:2013:147, punt 26).

25 Beschikking van 21 oktober 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, punt 15).

26 Arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 19).

27 Arrest van 31 mei 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punten 41-44).

28 Met name het arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 26), en het arrest GS Media, punten 41 en 47-51.

29 Zij verwijst naar het arrest van 11 september 2014, Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196, punt 55).

IV. Analyse van de prejudiciële vraag

A. Opmerkingen vooraf en aanpak

50. Uit de formulering van de vraag door de verwijzende rechter blijkt dat zij is beperkt tot het onderzoek van de bestanddelen van de *mededeling aan het publiek*, zoals zij in de rechtspraak van het Hof zijn bepaald.³⁰ Bovendien kan uit de overwegingen van deze rechter worden afgeleid dat hij in wezen enkel betwijfelt of de foto ter beschikking is gesteld van een *nieuw* publiek in de zin van de genoemde rechtspraak.³¹

51. In concreto betreft de vraag aan het Hof niet de handeling van het kopiëren van de foto op de computer, of de server, van de school, noch of die handeling eventueel onder artikel 2 van richtlijn 2001/29 valt. Ik meen dat de verwijzende rechter, door zijn vraag aldus te beperken, het betrokken gedrag correct als één handeling beschouwt, en het niet opsplitst in twee naast elkaar bestaande begrippen (reproductie en mededeling aan het publiek).

52. Gezien het belang van de zaak voor het dagelijkse leven van miljoenen scholieren in Europa, meen ik echter dat het gepast is om andere factoren te analyseren die nuttig zijn voor een volledig antwoord op de prejudiciële vraag. Daarom zal ik bij mijn analyse het volgende schema in acht nemen: a) in de eerste plaats onderzoek ik de opmerking van de Commissie over de kwalificatie van de foto van Cordoba als *beschermd werk*³²; b) in de tweede plaats behandel ik de kenmerken van de „mededeling aan het publiek”, zoals het Hof deze heeft vastgesteld, teneinde na te gaan of deze eventueel van toepassing zijn op dit geding; en c) ten slotte onderzoek ik de beperking die artikel 5, lid 3, onder a), van richtlijn 2001/29 toestaat ingeval een beschermd werk uitsluitend voor onderwijsdoeleinden wordt gebruikt.

B. Bescherming van „gewone foto's”

53. Volgens de Commissie zijn de partijen bij het nationale geding het erover eens dat de betrokken foto voldoet aan de vereisten van de Painer-rechtspraak.³³ Op grond van dat arrest kan een portretfoto auteursrechtelijke bescherming genieten „mits [...] een dergelijke foto een intellectuele schepping van de auteur is die de persoonlijkheid van deze laatste weerspiegelt en tot uiting komt door de vrije creatieve keuzen van die auteur bij de totstandkoming van die foto”.³⁴

54. Het lijkt mij echter twijfelachtig dat een eenvoudige foto van de stad Cordoba, met de Romeinse brug op de voorgrond, voldoet aan de genoemde vereisten van het arrest Painer (zonder afbreuk te willen doen aan de kwaliteiten ervan). In die zaak werd nagegaan of de gedaagde krantenuitgevers voor de publicatie van een montagefoto die aan de hand van de door Painer van een persoon genomen foto was gemaakt, toestemming van de auteur nodig hadden „omdat de omvang van de aan een dergelijke foto verleende bescherming beperkt zo niet nihil was wegens de beperkte vormgevingsmogelijkheden die zij bood”³⁵.

30 Zie de belangrijke mijlpalen van deze rechtspraak in het arrest Stichting Brein II, punten 19-34.

31 Ibidem, punt 28. De verwijzende rechter gaat in punt 38 van de verwijzingsbeslissing ervan uit dat de foto die in het kader van het werkstuk van de leerlinge op het internet is geplaatst, ter beschikking wordt gesteld van een nieuw publiek.

32 Punt 4 van haar schriftelijke opmerkingen.

33 Arrest van 1 december 2011 (C-145/10, EU:C:2011:798).

34 Ibidem, punt 99.

35 Ibidem, punt 85.

55. Op basis van artikel 6 van richtlijn 93/98³⁶ stelde het Hof de criteria vast waaraan moest zijn voldaan om de foto in de zaak Painer de langst mogelijke bescherming (zeventig jaar post mortem auctoris) van deze richtlijn te laten genieten.

56. Dat „gewone foto’s” niet voldoen aan de creativiteitsvereisten van richtlijn 93/98, betekent echter niet dat zij niet de specifieke auteursrechtelijke bescherming genieten. Dit komt doordat het genoemde artikel 6 toestaat dat de nationale wetgeving voorziet in de bescherming van „andere foto’s”.

57. Volgens de verwijzingsbeslissing beschermt § 72, leden 1 en 2, van het UrhG foto’s (Lichtbilder) door daarop de bepalingen inzake bescherming van „fotografische werken” (Lichtbildwerke) toe te passen. Het is dus niet relevant of de door Renckhoff gemaakte afbeelding van Cordoba al dan niet de voor fotografische werken in de zin van de Berner Conventie en richtlijn 93/98 vereiste kenmerken had, aangezien volgens het Duitse recht alle foto’s door het UrhG worden beschermd.³⁷

58. Deze factor had relevant kunnen zijn voor de beslechting van het geding, indien het was ingesteld bij rechters van een lidstaat waar gewone foto’s niet worden beschermd, maar in Duitsland worden dergelijke foto’s wel beschermd. Derhalve hoeft geen aandacht te worden besteed aan de artistieke en creatieve kwaliteit van de foto van Renckhoff. Dat verklaart beter waarom de verwijzende rechter hierover zwijgt.

C. Begrip „mededeling aan het publiek”

59. Het Hof heeft in zijn rechtspraak een aantal uitleggingscriteria ontwikkeld³⁸ over de twee bestanddelen van dit begrip („handeling bestaande in een mededeling” en „publiek” waarvoor zij is bestemd). Ik zal deze criteria hieronder analyseren en mij daarbij toespitsen op die welke wellicht het meest omstreden zijn met betrekking tot de feiten van het hoofdgeding.

1. Handeling bestaande in een mededeling

60. Geen enkele partij betwist daadwerkelijk (noch in het geding bij de nationale rechterlijke instanties, noch in de onderhavige prejudiciële procedure) dat door het plaatsen van het werkstuk, met de foto van Cordoba, op de website van de Gesamtschule Waltrop, ongeacht de gebruikte techniek, sprake is van doorgifte van een beschermd werk³⁹ aan een niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek.

61. De verwijzende rechter heeft mijns inziens terecht erop gewezen dat bij de „mededeling van de foto op de website van de school [...] geen rechtstreeks fysiek contact [bestond] tussen de een werk opvoerende of uitvoerende personen en een publiek dat door die mededeling werd bereikt. [...] Een dergelijke mededeling van werken valt [dus] binnen de werkingssfeer van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29”. De personen waaruit dit publiek bestaat, hadden dus toegang tot het werk, zonder dat van belang is of zij gebruikmaken van die mogelijkheid.⁴⁰

³⁶ Op grond van dat artikel „[worden] foto’s die oorspronkelijk zijn in de zin dat zij een eigen schepping van de auteur zijn, [...] 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”.

³⁷ Zoals ter terechtzitting is toegelicht, is het verschil vanuit praktisch oogpunt gelegen in de beschermingstermijn: voor fotografische werken geldt de bescherming tot zeventig jaar post mortem auctoris (§ 64 van het UrhG), terwijl de beschermingstermijn voor gewone foto’s is beperkt tot vijftig jaar na de eerste openbaarmaking ervan (§ 72, lid 3, van het UrhG).

³⁸ Zie de uiteenzetting in het arrest Stichting Brein II, punten 19-29.

³⁹ Arrest van 29 november 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁴⁰ Toepassingsvoorwaarden van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, volgens het arrest van 26 april 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, punten 35 en 36).

a) Rol van de gebruiker en subjectieve aspecten

62. Het eerste criterium uit de rechtspraak om te bepalen of er sprake is van een handeling bestaande in een mededeling betreft de „centrale rol van de gebruiker en het weloverwogen karakter van diens interventie”.⁴¹ Dit criterium⁴² bestaat zowel uit *subjectieve factoren* van het gedrag van de persoon die een doorgifte doet (van wie wordt vereist dat hij intervenueert met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze), als uit *objectieve omstandigheden*, aangezien de handeling toegang moet geven tot een beschermd werk (in de zin dat de „klanten” zonder een dergelijke interventie geen, of slechts moeilijk, toegang zouden hebben tot het verspreide werk).⁴³

63. Het Hof heeft de „rol van de gebruiker” meermaals vanuit een zuiver objectieve invalshoek onderzocht, dit wil zeggen door zich enkel ervan te vergewissen of zonder de interventie van die gebruiker het nieuwe publiek geen toegang zou hebben gehad tot het verspreide werk.⁴⁴

64. In het arrest GS Media werd echter gewezen op bepaalde subjectieve factoren die geschikt werden geacht om na te gaan of, bij de afzonderlijke beoordeling van de handeling bestaande in een mededeling, voldaan was aan het vereiste van de „centrale rol van de gebruiker en [van] het weloverwogen karakter van diens interventie”. Derhalve kunnen zij in deze fase van de analyse ter sprake worden gebracht.

65. Vanuit dit oogpunt merkt de verwijzende rechter op dat de leerlinge en de leerkracht met volledige kennis van de gevolgen van hun gedrag hebben gehandeld, aangezien zij toegang wilden verlenen tot het werkstuk, met inbegrip van de foto, aan de gebruikers van de schoolwebsite, die zonder de tussenkomst van de leerlinge en de leerkracht niet over deze toegang hadden beschikt.⁴⁵

66. Deze benadering onderzoekt het vermeend met het auteursrecht strijdige gedrag echter niet grondig genoeg. In het bijzonder worden de volgende factoren niet naar behoren onderzocht: a) het bijkomstige karakter van de foto, als onderdeel van een werkstuk; b) de gemakkelijke „universele” toegang tot die foto, die met toestemming van de auteur naar het internet was geüpload, zodat alle internetgebruikers deze konden bekijken; en c) de schoolcontext waarin de doorgifte gebeurde, zonder dat er sprake was van „klanten” of van enig winstooigmerk. Elk van deze drie factoren moet worden onderzocht.

1) Bijkomstig karakter van het fotografisch werk ten opzichte van het werkstuk van de leerling

67. Hoewel het vanzelfsprekend kan lijken, hadden de leerlinge en haar leerkracht bij het plaatsen van een werkstuk voor het vak Spaans op de website van de Duitse school, niet direct de bedoeling de foto op zich te publiceren, maar wel het werkstuk in zijn geheel, waarvan de litigieuze afbeelding van Cordoba deel uitmaakt.

68. In dit verband willen zij haar werkstuk dus tonen aan het publiek dat geïnteresseerd is in het onderwijs van het Spaans binnen het (noodzakelijk kleine) kader van haar school of van familie, medeleerlingen en vrienden in haar omgeving. Ik stel derhalve geen enkel voornemen vast om het bereik van de foto van Cordoba veel groter te maken dan wat de bedoeling was bij de plaatsing ervan op het portaal van het reismagazine (waarvan het aantal mogelijke bezoekers waarschijnlijk veel groter is dan het aantal bezoekers van een bescheiden schoolwebsite).

41 Zie arrest GS Media, punt 35.

42 De oorsprong ervan is terug te vinden in de gids van de Berner Conventie en het had als doel vast te stellen in welke omstandigheden de interventie van de doorgever van een werk aan een publiek waarmee de auteur oorspronkelijk geen rekening had gehouden, van belang was.

43 Arrest Stichting Brein II, punt 26.

44 Arrest van 31 mei 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punten 45 en 46), waarin de subjectieve factoren niet afzonderlijk werden onderzocht, aangezien zij onlosmakelijk verbonden leken te zijn met de objectieve factoren.

45 Zie punt 24 van de verwijzingsbeslissing.

2) Instemming van de houder van het auteursrecht op het werk

69. De plaatsing van de foto op de schoolwebsite is zeker een publicatie *zonder* de toestemming van de houder van het auteursrecht erop. Indien we de bijkomende factoren van dat gedrag niet onderzoeken, zou dus kunnen worden geconcludeerd dat aan de eerste voorwaarde voor vaststelling van een schending van het auteursrecht is voldaan.⁴⁶

70. Anders dan in de zaak GS Media is in casu niet relevant of diegenen die het litigieuze gedrag hebben gesteld (de leerlinge en haar leerkracht), wisten dat de publicatie van het werk op het internet door een derde onrechtmatig was. De door Renckhoff gemaakte foto is immers rechtmatig, dit wil zeggen *met* zijn toestemming, op internet verschenen. De passende vraag is dan ook of van hen kon worden geëist dat zij zich ervan bewust waren dat zij voor de reproductie van de afbeelding op hun schoolwebsite noodzakelijk over de toestemming van de fotograaf moesten beschikken. Zo ja, dan kan worden aangenomen dat zij de gevolgen van hun gedrag begrepen.

71. Het Hof heeft geoordeeld dat het „met name voor particulieren” moeilijk kan zijn om na te gaan of de houders van auteursrecht op de werken die zich op internet bevinden, toestemming hebben gegeven voor publicatie daarvan op de respectieve websites.⁴⁷

72. Hoewel de omstandigheden van het onderhavige geding, zoals ik heb uiteengezet, verschillen van die van de zaak GS Media (waarin het hyperlinks betrof die doorverwezen naar beschermde werken die vrij beschikbaar waren op een andere website, zonder toestemming van de houder van het auteursrecht), meen ik dat de in dat arrest gevolgde redeneringen over de subjectieve factor van het gedrag van personen zonder winst oogmerk⁴⁸ mutatis mutandis kunnen worden toegepast op deze prejudiciële verwijzing.⁴⁹

73. Van die redeneringen zijn er twee relevant voor het onderhavige geding:

- de redenering volgens welke een persoon die geen winst oogmerk heeft, zelfs wanneer hij een beschermd werk beschikbaar stelt aan het publiek door de andere internetgebruikers rechtstreeks toegang daartoe te verlenen, „in de regel niet [interveniert] met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze om klanten toegang te verschaffen tot een werk dat illegaal op internet is gepubliceerd”;
- de redenering waarin wordt gewezen op het belang van het feit dat dit werk „reeds zonder enige toegangsbeperking beschikbaar was op de website waartoe de hyperlink toegang verschaft”, dit wil zeggen in een situatie waarin „het algemene internetpubliek in beginsel daartoe ook reeds toegang [kon] hebben zonder die interventie”.⁵⁰

74. Indien de factoren waarnaar deze twee redeneringen verwijzen, beide aanwezig zijn, kan daaruit in omstandigheden als die van het onderhavige geding worden afgeleid dat er geen sprake is van een handeling bestaande in een mededeling aan het publiek. Dat gevolg zal zich echter niet voordoen: a) wanneer de houders van het auteursrecht waarschuwen dat het werk waartoe toegang wordt verleend „illegaal op internet [is] gepubliceerd”⁵¹; of b) wanneer de toegang tot dat werk op zodanige wijze wordt verleend dat de gebruikers van de website waarop zich dat werk bevindt, in staat zijn om

46 Arrest van 16 november 2016, Soulier en Doke (C-301/15, EU:C:2016:878, punt 34).

47 Zie arrest GS Media, punt 46.

48 Hoewel ik de gevolgen van het winst oogmerk verder in mijn conclusie zal behandelen, moet reeds hier erop worden gewezen.

49 Het standpunt dat zich verzet tegen deze toepassing naar analogie, wijst erop dat de GS Media-rechtspraak enkel betrekking heeft op links die doorverwijzen naar een website waar het werk reeds aanwezig is, terwijl in casu de afbeelding naar een eigen website is geüpload, zodat zij rechtstreeks toegankelijk is voor derden. Ik meen echter dat dit verschil niet relevant is voor de beoordeling van de subjectieve factoren en de andere in het arrest GS Media aan bod komende omstandigheden van het gedrag. Dit werd door de Commissie ter terechtzitting erkend.

50 Zie arrest GS Media, punt 48.

51 Ibidem, punt 49.

„beperkingsmaatregelen te omzeilen die op de website waar zich het beschermde werk bevindt, zijn getroffen”⁵². Van dat gevolg zal evenmin sprake zijn wanneer de auteur aan diegene die van plan is de door de auteur genomen foto op het internet te publiceren, heeft meegedeeld dat hij dit niet toestaat.

75. Bij toepassing van deze criteria op het onderhavige geval, kan worden opgemerkt dat:

- de naam van de fotograaf niet was vermeld op de specifieke pagina van het reismagazine waarop de foto zich bevond.⁵³ Derhalve zou terecht ervan kunnen worden uitgegaan dat het een eenvoudige, als toeristische reclame gebruikte afbeelding van de stad Cordoba betrof, waarvoor de aan beschermde werken verleende bescherming niet gold;
- de foto gemakkelijk toegankelijk was (aangezien daarbij geen sprake was van enige beperking of waarschuwing)⁵⁴ op de genoemde website. Dit gegeven draagt er samen met het voorgaande toe bij dat de leerlinge en haar leerkracht terecht ervan konden uitgaan, zonder verder onderzoek te verrichten, dat de foto vrij beschikbaar was voor het publiek.

76. Anders dan het Land stelt, leidt deze beschouwing volgens mij niet tot het idee dat de auteur afstand heeft gedaan van zijn recht, en wordt evenmin gesuggereerd dat het werk zich in het publieke domein bevindt.

77. Kan niettemin worden overwogen dat de auteur van de foto impliciet toestemming heeft gegeven voor het gebruik ervan door derden?⁵⁵ Het lijkt mij evenmin nodig om tot die slotsom te komen, aangezien het mogelijk is om op grond van vermoedens een andere (soortgelijke) slotsom te koppelen aan het gedrag van de fotograaf die de verspreiding van zijn werk op internet toestaat onder bovengenoemde voorwaarden.

78. De verdeling van de verantwoordelijkheden tussen de *normale* internetgebruiker, die geen professioneel belang heeft, en de houder van het auteursrecht kan niet systematisch en algemeen ertoe leiden dat van de eerste meer zorgvuldigheid wordt geëist dan van de tweede⁵⁶ wanneer het gaat om de bescherming van het auteursrecht.⁵⁷ Ik vind het met name niet logisch dat een dergelijke gebruiker wordt belast met het onderzoek of de afbeeldingen die zich zonder beperkingen of waarschuwingen op het internet bevinden, auteursrechtelijk worden beschermd wanneer hij van die afbeeldingen gebruik wil maken voor doeleinden als die in verband met het onderwijs. In die omstandigheden kan die gebruiker *vermoeden* dat de auteur geen bezwaar heeft tegen het beperkte gebruik van die afbeeldingen voor onderwijsdoeleinden.

79. Zo niet zou het gebruik van de informatie die op internet in zeer grote hoeveelheden ter beschikking wordt gesteld, worden beperkt. Die beperking zou de in artikel 11 van het Handvest verankerde vrijheid van meningsuiting en van informatie kunnen ondermijnen. In het onderhavige geval zou zij bovendien negatieve gevolgen hebben voor het recht op onderwijs van artikel 14, lid 1, van het Handvest.

⁵² Ibidem, punt 50.

⁵³ Ik verwijs naar voetnoot 13 van deze conclusie.

⁵⁴ De houder van het auteursrecht erop had maatregelen kunnen nemen om via een van de bestaande technische beveiligingsmethoden te verhinderen dat de foto werd gekopieerd.

⁵⁵ In het arrest van 16 november 2016, Soulier en Doke (C-301/15, EU:C:2016:878, punt 35), wordt de mogelijkheid van een impliciete toestemming aanvaard. Evenwel wordt ervan uitgegaan dat diegene die gebruik wil maken van een werk, de auteur kent of kan kennen en dat deze gebruiker de auteur daadwerkelijk vooraf in kennis stelt, wat in casu niet het geval is. Zie punten 38 en 39 van dat arrest.

⁵⁶ Aldus zou te zeer een gemakzuchtige houding van de houder van het auteursrecht worden aangemoedigd, waarbij de auteur daaraan geen aandacht besteedt door te steunen op een onevenredig hoge bescherming. Deze houding zou bovendien kunnen leiden tot een toename van de conflicten met gebruikers die vertrouwen op (en willen geloven in) de transparantie en vrije toegankelijkheid van op internet aanwezige informatie. Van de houder van het recht moet derhalve een zekere zorgvuldigheid worden geëist voor de bescherming ervan.

⁵⁷ Zie een krachtig betoog voor dit herstel van het evenwicht in Elkin-Koren, N., „Copyright in a Digital Ecosystem” Okediji, R.L. (red.), *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, Cambridge University press, New York, 2017, blz. 132 e.v., met name blz. 159.

3) *Winstoogmerk noch „klanten”*

80. De derde factor voor de beoordeling van het gedrag van de leerlinge en haar leerkracht is het feit dat zij zonder winstoogmerk hebben gehandeld.⁵⁸ Hoewel het Bundesgerichtshof weinig hermeneutische waarde hecht aan deze factor⁵⁹, meen ik dat daaraan meer belang moet worden toegekend.

81. Het Hof heeft het bestaan van het winstoogmerk gekoppeld aan het vermoeden dat de handeling is verricht met volledige kennis van de beschermde aard van het werk en van het ontbreken van toestemming voor de publicatie ervan op internet.⁶⁰ Hoewel het Hof dit niet uitdrukkelijk verklaart, is het van oordeel dat in geval van een handeling zonder winstoogmerk moet worden bewezen dat de betrokkene kennis had van het onrechtmatige karakter van de plaatsing van het werk op internet, waarbij rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden en de specifieke gegevens van elke zaak.

82. In het hoofdgeding kon, zoals ik hierboven heb uiteengezet, het feit dat op de website van het reismagazine geen waarschuwing of beperking van het gebruik van de foto was vermeld, de leerlinge doen geloven dat niets in de weg stond aan de plaatsing ervan op de schoolwebsite. Een dergelijk vermoeden staat niet gelijk aan de door artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/29 verboden uitputting van het recht, aangezien dat vermoeden eenvoudig kan worden weerlegd. Het maakt het bovendien mogelijk het auteursrecht in evenwicht te brengen met de „goede werking [van het internet], alsmede [...] de uitwisseling van meningen en informatie binnen dat netwerk”⁶¹.

83. Het ontbreken van aanwijzingen versterkt niet de hypothese dat de leerlinge en de leerkracht volledige kennis hadden van de beschermde aard van het werk en van de noodzaak om toestemming te vragen aan de houder van het auteursrecht, eerder het tegenovergestelde geldt.

84. Bovendien is de rechtspraak van het Hof ter zake tot stand gekomen in een commerciële context, wat blijkt uit de frequente verwijzing naar „klanten”. Aangenomen wordt dat een bepaalde onderneming (of beroepsbeoefenaar) klanten de mogelijkheid biedt om toegang te krijgen tot bepaalde beschermde digitale content zonder toestemming van de houder van het auteursrecht erop. In een schoolcontext kunnen diegenen die toegang krijgen tot de foto dankzij het werk dat op de schoolwebsite is geplaatst, daarentegen⁶² niet als „klanten” in commerciële zin worden beschouwd.

85. Ten slotte ben ik op basis van deze drie factoren (het bijkomstige karakter van de afbeelding ten opzichte van het werkstuk; de vrije toegang tot de foto, zonder enige vermelding van beperkingen op het gebruik ervan; en het ontbreken van winstoogmerk bij de gedraging van de leerlinge en van het onderwijzend personeel), in hun geheel beschouwd, van mening dat er in de onderhavige zaak geen sprake was van een mededeling aan het publiek in de zin van de rechtspraak van het Hof.

58 Het Hof heeft deze subjectieve factor in recente arresten in aanmerking genomen; zie arrest van 26 april 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, punt 49), en arrest Stichting Brein II, punt 46.

59 Punt 39 van de verwijzingsbeslissing.

60 Arrest GS Media, punt 51: „wanneer het plaatsen van hyperlinks geschiedt met een winstoogmerk, [kan] van de hyperlink-plaatser worden verwacht dat deze de nodige verificaties verricht om zich ervan te vergewissen dat het betrokken werk op de site waarnaar die links leiden niet illegaal is gepubliceerd, zodat moet worden vermoed dat die plaatsing is geschied met volledige kennis van de beschermde aard van dat werk en van het eventuele ontbreken van toestemming van de auteursrechthebbende voor de publicatie op internet”.

61 Ibidem, punt 45.

62 De beoordeling van dit criterium kan anders zijn als de school geld zou vragen om de website te bezoeken die toegang verleent tot het werkstuk met de foto.

b) Gebruikte techniek

86. In de verwijzingsbeslissing wordt vervolgens nagegaan of de door de leerlinge en haar leerkracht gebruikte techniek om de foto te uploaden naar de schoolwebsite, verschilt van die welke is gebruikt voor de reproductie van de foto op de website van het reismagazine, waaraan de auteur toestemming had gegeven om deze foto te gebruiken.

87. Uit de doorgifte van een werk via andere technische middelen dan de oorspronkelijke doorgifte blijkt immers dat het voor een *ander* publiek is bestemd, terwijl uit het gebruik van dezelfde techniek voortvloeit dat moet worden onderzocht of er daadwerkelijk sprake kan zijn van een *nieuw* publiek.⁶³

88. De verwijzende rechter, het Land en de Italiaanse regering voeren aan dat de techniek die de leerlinge heeft gebruikt dezelfde was als die welke het reismagazine op zijn website heeft gebruikt. De Commissie, die niet ontkent dat het om dezelfde techniek gaat, heeft in haar schriftelijke opmerkingen betwist dat de rechtspraak inzake hyperlinks op de onderhavige zaak kon worden toegepast. Zij nuanceerde dit standpunt ter terechtzitting.

89. Naar mijn mening wijst alles erop dat wanneer de afbeelding eerst is gereproduceerd, op welke manier ook (bijvoorbeeld door haar te kopiëren op een USB-stick of op een computer), en vervolgens is gedownload naar een website, dezelfde techniek is gebruikt als die welke het reismagazine heeft gebruikt om die foto te uploaden naar zijn website.

90. Dat deze techniek in het onderhavige geval op een andere wijze wordt toegepast als die welke wordt gebruikt bij hyperlinks (waarbij de handeling enkel op het internet plaatsvindt), betekent niet dat de criteria voor het onderzoek van de voorwaarde inzake de „handeling bestaande in een mededeling” moeten worden gewijzigd. Derhalve dient te worden nagegaan of het publiek waarvoor het op de schoolwebsite geplaatste werk is bestemd, een nieuw publiek vormt.⁶⁴

2. Relevant publiek

a) De minimis?

91. Het onderzoek met betrekking tot het „publiek” waarvoor de mededeling is bestemd, begint steeds met het *kwantitatieve* aspect: in de eerste plaats moet worden nagegaan of het publiek „op een onbepaald aantal potentiële ontvangers ziet en bovendien een vrij groot aantal personen impliceert”; pas in de tweede plaats wordt nagegaan of het een „nieuw” publiek betreft.⁶⁵ De logica van dergelijke rechtspraak is dat een kleine groep personen die de doorgifte van een werk ontvangt, niet als „publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 kan worden aangemerkt.

92. Om vast te stellen of de de-minimisdrempel is overschreden⁶⁶, moet rekening worden gehouden met de cumulatieve gevolgen van de beschikbaarstelling van de werken, waarbij niet alleen moet worden nagegaan hoeveel personen er tegelijk toegang toe hebben, maar ook hoeveel personen er opeenvolgend toegang toe hebben.⁶⁷

63 Arrest van 29 november 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

64 Ibidem, punt 50, a contrario sensu.

65 Arresten van 31 mei 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punt 41); 29 november 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, punt 45), en Stichting Brein II, punt 41.

66 Aldus omschreven in het arrest van 15 maart 2012, SCF (C-135/10, EU:C:2012:140, punt 86).

67 Ibidem, punt 87.

93. Het Hof heeft verklaard dat de mededeling op een website zonder toegangsbeperkingen ziet op alle potentiële gebruikers van die website.⁶⁸ Centraal staat dus niet de *subjectieve* wil van de gebruiker ervan, maar het *objectieve* aspect, te weten de wijze van doorgifte.

94. In casu blijkt niet dat de plaatsing van het werkstuk van de leerlinge op de schoolwebsite is gebeurd met toegangsbeperkingen (bijvoorbeeld door de toegang te beperken tot het onderwijzend personeel, de ouders van de leerlingen of de leerlingen zelf). Indien gelijk welke internetgebruiker de website kon raadplegen en toegang had tot het beschermde werk (de foto), kon met de doorgifte dus een *potentieel* groot aantal personen worden bereikt, dit wil zeggen een „publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.

b) „Nieuwheid” van het publiek

95. Dit criterium houdt in dat een publiek waarvoor de uitzending is bestemd, enkel als „nieuw” dient te worden beschouwd wanneer het een ander publiek betreft dan datgene wat in aanmerking is genomen voor de oorspronkelijke doorgifte, dit wil zeggen wanneer het kan worden aangemerkt als een „ruimer”⁶⁹ publiek dan dat waarvoor het oorspronkelijk was bestemd.

96. Voor zover in de onderhavige zaak zowel de publicatie van de foto voor het onlinereismagazine als de publicatie ervan op de website in het kader van het werkstuk zonder beperkingen beschikbaar is gesteld aan alle internetgebruikers, was dat publiek, waaraan beide websites een mogelijke toegang verleenden, in beide gevallen hetzelfde (de gemeenschap van internetgebruikers).

97. De verwijzende rechter heeft echter twijfels over deze gevolgtrekking op grond dat: a) wanneer de gebruiker het werk op zijn eigen website plaatst en beschikbaar stelt, hij een centrale rol speelt bij de mededeling; b) de houder van het auteursrecht die zijn toestemming verleent voor de plaatsing van zijn werk op een vrij toegankelijke website, enkel het publiek voor ogen heeft dat die website rechtstreeks of via een link bezoekt; en c) het tegengestelde aanvaarden zou leiden tot de uitdrukkelijk door artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/29 verboden uitputting van het auteursrecht.

98. Volgens mij is het niet mogelijk om op grond van deze punten van voorbehoud de kwalificatie van „nieuw” publiek in de onderhavige zaak te handhaven.⁷⁰ Het Hof heeft in dit verband enkele criteria gebruikt, die het steeds toepast, zowel voor de uitzendingen van werken via radio- en televisiesignalen⁷¹ als voor doorgiften via hyperlinks op het internet⁷², dus onafhankelijk van de technische drager. Van een dergelijk publiek is sprake wanneer het zonder de interventie van de gebruiker niet van het werk kan genieten, en voorts wanneer er geen rekening mee is gehouden toen toestemming werd gegeven voor de oorspronkelijke beschikbaarstelling.⁷³

99. Wat de interventie van de leerlinge en haar leerkracht betreft, is het moeilijk voor te stellen dat diegenen die de schoolwebsite bezoeken, niet op dezelfde wijze (en zonder veel problemen) de website van het reismagazine kunnen bezoeken waarop de foto van Cordoba oorspronkelijk was gepubliceerd. Het algemene publiek van internetgebruikers is dus hetzelfde wanneer het de website van het reismagazine bezoekt en wanneer het belangstelling toont voor de schoolwebsite.

68 Arresten van 29 november 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, punten 46 en 47), en 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 22).

69 In de gids van de Berner Conventie gebruikt adjectief.

70 Misschien geniet het in deze context de voorkeur om het begrip „extra publiek” te hanteren.

71 Arrest van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punten 197 en 198).

72 Arrest Stichting Brein II, punten 44 en 45.

73 Arrest van 31 mei 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punt 60).

100. Aangezien de afbeelding zich gemakkelijk en rechtmatig (dit wil zeggen met toestemming van de houder van het auteursrecht) binnen het bereik van *alle* internetgebruikers bevindt, is het niet duidelijk hoe de interventie van de leerlinge en haar leerkracht een *beslissende rol* kan spelen voor het vergemakkelijken van de toegang voor een *groter* aantal personen.

101. De internetlogica bestaat erin dat, wanneer de toegang tot de afbeeldingen die met toestemming van de auteur ervan op internet zijn geplaatst, vrij en kosteloos is, zonder andersluidende vermeldingen of voorzorgsmaatregelen, het onmogelijk is om het aantal of de categorieën van mogelijke bezoekers op te splitsen of te bepalen dat slechts sommigen zullen genieten van de aanblik ervan.

102. Tot dusver is de nieuwigheid van het publiek, indien enkel de in casu relevante internetomgeving in aanmerking wordt genomen, eerder in verband gebracht met de omstandigheid dat een bepaalde groep gebruikers gemakkelijker toegang verkreeg tot een beschermd werk, waardoor zij de op de oorspronkelijk website getroffen beperkingsmaatregelen konden omzeilen. In die hypothese gaat het zeker om „een nieuw publiek dat door de houders van het auteursrecht niet in aanmerking werd genomen toen deze toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling”.⁷⁴

¹⁰³. In de onderhavige zaak werd echter geen enkele (onbestaande) beschermingsmaatregel geschonden, noch werd toegang gegeven tot een werk dat zich op het internet bevond zonder toestemming van de houder. Op grond van het feit dat die twee objectieve elementen ontbreken, samen met de wezenlijke continuïteit van het aantal mogelijke bezoekers van de beide websites die de foto bevatten, kan worden bevestigd dat er geen sprake was van een mededeling aan een nieuw publiek in de reeds uiteengezette betekenis.

104. Zoals ik reeds heb aangevoerd, betekent dit niet dat wordt voorzien in een soort *uitputting* van het auteursrecht, in strijd met artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/29. Het is veeleer het logische gevolg van de wijze waarop de houder van het auteursrecht op de foto het gebruik ervan heeft toegestaan, terwijl hij wist of had moeten weten dat het ontbreken van beschermingsmaatregelen tegen het kopiëren van de afbeelding, de internetgebruikers de indruk kon geven dat de foto vrij beschikbaar was voor het publiek.

105. Derhalve acht ik het niet overdreven om van een beroepsbeoefenaar te eisen dat wanneer hij zelf of via derden een werk op internet publiceert, passende maatregelen neemt, ook van technische aard, om minstens te wijzen op zijn auteursrecht en op de wil om de verspreiding van zijn werk te controleren, en aldus de schijn van het tegendeel te vermijden.

106. Ik ben bovendien van mening dat het eisen van een dergelijke zorgvuldigheid niet afdoet aan het hoge beschermingsniveau dat dient te worden verleend aan de houders van de rechten op de afbeeldingen (die onaangetast blijven als de nodige waarschuwingen worden vermeld) en bijdraagt tot het behoud van het evenwicht tussen die rechten en de rechtmatige belangen van de internetgebruikers, zonder afbreuk te doen aan de specifieke internetlogica.

107. Ten slotte verliest de houder van het recht niet de zeggenschap over de kopie van de foto die op de schoolwebsite is gebruikt. Hij kan immers verzoeken deze te verwijderen indien hij meent dat hij daardoor schade lijdt.

108. Gelet op het voorgaande meen ik dat de vraag van het Bundesgerichtshof ontkennend moet worden beantwoord.

⁷⁴ Arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punt 31).

D. Beperking ten aanzien van het gebruik voor onderwijsdoeleinden

109. In wezen hoeft voor het antwoord dat ik in overweging geef, geen beroep te worden gedaan op de in artikel 5, lid 3, van richtlijn 2001/29 vastgestelde mogelijke beperkingen op het auteursrecht, en de verwijzende rechter stelt daarover evenmin een vraag.

110. Het is mogelijk dat het stilzwijgen van die rechter te wijten is aan zijn overtuiging dat de regel waarmee de Duitse wetgever die beperkingen in zijn interne recht heeft ingevoerd, niet toestaat een dergelijke beperking in casu te aanvaarden.⁷⁵

111. Zowel ter vervollediging van mijn uiteenzetting als voor het geval het Hof mijn voorstel niet zou volgen, is het gepast de toepassing van artikel 5, lid 3, van richtlijn 2001/29 op het onderhavige geding te onderzoeken, aangezien het Hof in zijn arrest aan de verwijzende rechter bijkomende verduidelijkingen kan verstrekken die nuttig kunnen zijn voor hem en die verder gaan dan die welke enkel betrekking hebben op zijn vraag over de uitlegging van een Unierechtelijke bepaling.⁷⁶

112. Krachtens artikel 5, lid 3, van richtlijn 2001/29 kunnen de lidstaten beperkingen stellen op het reproductierecht, op het recht van mededeling en op het recht van beschikbaarstelling voor het publiek. Daaronder valt onder meer het gebruik van de beschermde werken uitsluitend als „toelichting bij het onderwijs”.⁷⁷ De Italiaanse regering wijst op de noodzaak om subsidiair een beroep te doen op deze beperking en de Commissie wijst erop dat Duitsland deze heeft ingevoerd in § 52 van het UrhG.

113. Tenzij ik mij vergis, is dit de eerste keer dat het Hof te maken heeft met de beperking van artikel 5, lid 3, onder a). Hoewel volgens de rechtspraak van het Hof de reikwijdte van de beperkingen en restricties voor zover zij gevolgen kunnen hebben voor het eigendomsrecht op intellectuele scheppingen, strikt moet worden uitgelegd⁷⁸, mag niet worden vergeten dat ook het recht op onderwijs is opgenomen in het Handvest, namelijk in artikel 14, lid 1.⁷⁹ Bijgevolg moet bij de uitlegging het redelijke evenwicht tussen beide rechten worden geëerbiedigd.

1. Onderwijsdoeleinden

114. De beperking op het auteursrecht bij gebruik van beschermde werken uitsluitend voor onderwijsdoeleinden kan niet worden herleid tot een minimum, hetgeen het geval zou zijn indien zij enkel erin zou bestaan leerkrachten toe te staan de inhoud van hun cursussen of lessen te voorzien van illustraties.

⁷⁵ § 52a van het UrhG maakt een onderscheid tussen werken van geringe omvang („Werke geringen Umfangs”) van lid 1, waarvan de mededeling beperkt is tot de kring van de aan elke les deelnemende leerlingen, en de werken („Werke”) van lid 2, waarvoor in elk geval toestemming moet worden verkregen van de auteur. Die paragraaf is ingetrokken bij § 1, lid 7, van de wet van 1 september 2017 inzake de aanpassing van het auteursrecht aan de huidige behoeften van de kennismaatschappij („Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft”; laatste wijziging van het UrhG, die op 1 maart 2018 in werking trad). In de plaats daarvan is de nieuwe § 60a ingevoerd, inzake het wettelijk toegestane gebruik voor het onderwijs, de wetenschap en de instellingen, waarvan lid 1 de omvang van het werk als criterium voor het toegestane gebruik heeft vervangen door het maximale percentage van het werk (15%) dat mag worden gekopieerd, beschikbaar worden gesteld of meegedeeld aan het publiek. Deze wijziging is *ratione temporis* niet van toepassing op het onderhavige geval.

⁷⁶ Deze verduidelijkingen kunnen in voorkomend geval ertoe bijdragen, de nationale regels uit te leggen in het licht van de Unierechtelijke regels waarvan zij de omzetting vormen.

⁷⁷ Artikel 5, lid 3, onder a), van richtlijn 2001/29.

⁷⁸ Arrest van 10 april 2014, ACI Adam e.a. (C-435/12, EU:C:2014:254, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁷⁹ Uiteindelijk ligt in deze gevallen de in de rechtspraak erkende maatschappelijke functie van particuliere eigendom aan de basis van de mogelijkheid om dit recht te beperken, voor zover de beperkingen beantwoorden aan doeleinden van algemeen belang en niet een onevenredige en onduidelijke ingreep opleveren waardoor het gewaarborgde recht in zijn kern wordt aangetast. Zie arresten van 15 januari 2013, Křižan e.a. (C-416/10, EU:C:2013:8, punt 13), en 12 mei 2005, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia en ERSA (C-347/03, EU:C:2005:285, punt 119 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

115. Bij een uitlegging die meer waarde hecht aan het in artikel 14, lid 1, van het Handvest bepaalde recht op onderwijs, kan de nadruk worden gelegd op de actieve, en niet slechts passieve, rol van de leerlingen, door ook hen en met dezelfde onderwijsdoelstelling (in voorkomend geval, leerdoelstelling) toe te staan auteursrechtelijk beschermde afbeeldingen te gebruiken. Op die manier wordt ertoe bijgedragen dat het onderwijs zijn voornaamste taak vervult, namelijk de volle ontwikkeling van de menselijke persoonlijkheid.⁸⁰

116. De beperking wordt niet alleen toegestaan voor de reproductie van beschermd materiaal en voor de beschikbaarstelling ervan op internet ten behoeve van het *wetenschappelijk onderzoek*. De bepaling plaatst dit doel en de bevordering van het *onderwijs* op hetzelfde niveau, zodat de begunstigden ervan zowel de leerlingen als de leerkrachten van het niet-universitair onderwijs moeten zijn, wanneer zij voldoen aan de andere toepassingsvoorwaarden.

117. Ter terechtzitting was er inderdaad een zekere eensgezindheid dat er geen sprake zou zijn geweest van een mededeling aan het publiek (in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29) indien het werkstuk van de leerlinge was geüpload naar een schoolwebsite waarvan de toegang was beperkt tot de schoolomgeving. Ondanks het feit dat deze uitlegging mijns inziens te reductionistisch is⁸¹, ben ik van mening dat daaruit het verband blijkt tussen de onderwijsdoelstelling en de plaatsing van de foto op de schoolwebsite.

2. Vermelding van de bron en de naam van de auteur

118. Volgens artikel 5, lid 3, van richtlijn 2001/29 is de beperking voor onderwijsdoeleinden enkel toegestaan wanneer „de bron, waaronder de naam van de auteur, wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt”.

119. In het naar de schoolwebsite geüploadte werkstuk was bij de foto de naam van het magazine (Schwarzaufweiss) opgenomen, waarin die foto voorkwam. De leerlinge en de leerkracht gingen voorzichtig te werk en er kan hen niet worden verweten dat zij de naam van de fotograaf niet hadden vermeld, welke naam niet onder de oorspronkelijke foto was vermeld.

3. Niet-commercieel doel

120. Artikel 5, lid 3, van richtlijn 2001/29 vereist ook dat het gebruik van het beschermde werk voor onderwijsdoeleinden „door het beoogde, niet-commerciële doel wordt gerechtvaardigd”.

121. Zoals ik reeds heb opgemerkt, lijdt het geen twijfel dat de plaatsing van het werkstuk voor het vak Spaans op de schoolwebsite geen commercieel doel nastreefde. Wat de rechtvaardiging ervan betreft, is het gebruik van afbeeldingen afkomstig van het internet bij digitale werkstukken thans noodzakelijk voor bepaalde onderwijsactiviteiten.

⁸⁰ Die taak wordt erkend in artikel 26, lid 2, van de Universele Verklaring van de rechten van de mens (UVRM) van 1948 en in artikel 13, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR), welk verdrag door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties is vastgesteld bij resolutie 2200 A (XXI) van 16 december 1966 en overeenkomstig artikel 27 van dat verdrag van kracht is sinds 3 januari 1976.

⁸¹ Gelet op de kenmerken van een schoolwebsite, meen ik niet dat er een groot verschil bestaat tussen het tonen van de foto op het *intranet*, het *extranet* of de website van de school: het publiek dat surft naar die pagina zal zeer waarschijnlijk in de drie gevallen hetzelfde zijn, namelijk de leerlingen en hun familie of vrienden, alsook de leerkrachten.

4. Toets van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29

122. Wanneer het gebruik van de foto in aanmerking kan komen voor de beperking van artikel 5, lid 3, onder a), van richtlijn 2001/29, moet het nog de *toets* doorstaan van lid 5 van datzelfde artikel. Bijgevolg moeten de toepassingsvoorwaarden ervan worden onderzocht.⁸² Ik zal daartoe dezelfde methode volgen als in mijn conclusie in de zaak Stichting Brein.⁸³

123. Aangezien het gaat om een gebruik in het kader van onderwijs zonder winstoogmerk is het volgens mij om te beginnen duidelijk dat dit gebruik geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk (tweede stap van de toets). Met de plaatsing van de foto op de schoolwebsite doet noch de leerlinge noch de leerkracht (en evenmin de school of het Land) afbreuk aan de eventuele economische opbrengsten die voortvloeien uit de aanwezigheid van de foto op het internet, en evenmin verkrijgen zij een economisch voordeel ten nadele van de auteur.

124. Een ander wettig belang (derde stap van de toets) zou kunnen bestaan in de vermelding van de naam van de auteur ten behoeve van de bescherming van zijn morele rechten. Morele rechten vallen echter niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2001/29, zoals in overweging 19 ervan is bepaald.

125. Het meest delicate punt is de eerste stap van de test, die vereist dat de beperkingen enkel worden toegepast in *bepaalde bijzondere gevallen*.

126. Hoewel de onderhavige zaak een individueel geval betreft, kan de oplossing die eraan wordt gegeven aanzienlijke gevolgen hebben voor een groot aantal leerlingen en leerkrachten (en ook voor de fotografen) in soortgelijke omstandigheden. Het is immers niet onredelijk aan te nemen dat een gedraging als die welke hierboven is beschreven, dagelijks in de lidstaten wordt gesteld.

127. Indien in al die gevallen sprake is van de thans geanalyseerde omstandigheden, zou een evenwichtige uitlegging van deze laatste stap van de toets, die gelijktijdig andere wettige belangen tegen elkaar afweegt (in de onderhavige zaak, de van het recht op onderwijs afgeleide belangen), het mogelijk maken tot de slotsom te komen dat niet zozeer het aantal dezelfde of soortgelijke handelingen van belang is, maar wel het feit dat de contouren ervan voldoende worden gespecificeerd zodat geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van de werken en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad. Onder dit voorbehoud zou het dus gaan om hetzelfde concrete geval.⁸⁴

128. Uiteindelijk zou de beperking van artikel 5, lid 3, onder a), van richtlijn 2001/29 derhalve van toepassing zijn.

⁸² Ik meen echter dat het goed is te suggereren dat een mechanische toepassing van die toets, op basis van het cumulatieve karakter van de drie criteria, moet worden vermeden, waarbij ik verkies het belang van elk van deze elementen tegen elkaar af te wegen. Zie Hilty, R.M., Geiger, Ch., Griffiths, J., „Declaration: A balanced interpretation of the ‚three-step test‘ in copyright law”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 6/2008, blz. 707-713, met name blz. 709.

⁸³ Zie zaak C-527/15, EU:C:2016:938, punten 73-81.

⁸⁴ Zie een soortgelijke benadering in het arrest van 11 september 2014, Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196, punt 34).

V. Conclusie

129. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Bundesgerichtshof als volgt te beantwoorden:

„Het plaatsen op de website van een school, zonder winstoogmerk en met bronvermelding, van een werkstuk dat een voor alle internetgebruikers vrij en kosteloos toegankelijke foto bevat, vormt, wanneer die foto zich reeds zonder waarschuwing betreffende beperkingen op het gebruik ervan op de website van een reismagazine bevond, geen beschikbaarstelling voor het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, 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.”