

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

V. TRSTENJAK

van 12 februari 2009¹

Inhoud

I	— Inleiding	I - 6574
II	— Toepasselijke wetgeving	I - 6574
III	— Feiten, procesverloop in het hoofdgeding en prejudiciële vragen	I - 6580
IV	— Procesverloop voor het Hof	I - 6584
V	— Argumenten van partijen	I - 6584
	A — Eerste prejudiciële vraag	I - 6584
	B — Tweede tot en met twaalfde prejudiciële vraag	I - 6585
	C — Dertiende prejudiciële vraag	I - 6589
VI	— Analyse door de advocaat-generaal	I - 6590
	A — Inleiding	I - 6590
	B — Belangrijkste kenmerken van het procedé van vervaardiging van de fragmenten van krantenartikelen door Infopaq	I - 6591
	C — Uitlegging van artikel 2 van richtlijn 2001/29 (eerste prejudiciële vraag)	I - 6592
	D — Uitlegging van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 (prejudiciële vragen 2 tot en met 12)	I - 6595
	1. Inhoud en doel van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29	I - 6596
	2. Voorwaarde voor de toepassing van artikel 5, lid 1: tijdelijke reproductie-handelingen	I - 6597

1 — Oorspronkelijke taal: Sloveens.

3. De vier voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29	I - 6599
a) Eerste voorwaarde: handelingen van voorbijgaande aard (vragen 2 tot en met 5)	I - 6599
b) Tweede voorwaarde: integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé (vragen 6 t/m 8)	I - 6602
c) Derde voorwaarde: handelingen die worden verricht met als enig doel een rechtmatig gebruik mogelijk te maken (vragen 9 en 10)	I - 6605
i) Algemene opmerkingen betreffende de voorwaarde inzake het rechtmatig gebruik van het werk (vraag 9)	I - 6605
ii) Rechtmatig gebruik in het onderhavige geval (vraag 10)	I - 6606
— Herformulering van vraag 10	I - 6606
— Analyse en beantwoording van vraag 10	I - 6608
d) Vierde voorwaarde: handelingen die geen zelfstandige economische waarde bezitten (vragen 11 en 12)	I - 6612
4. Conclusie inzake de uitlegging van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 . . .	I - 6614
E — Uitlegging van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 (vraag 13)	I - 6615
1. Voldoet het printen van fragmenten van krantenartikelen aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29?	I - 6616
2. Voldoen de tijdelijke reproductiehandelingen aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29?	I - 6619
3. Conclusie met betrekking tot de uitlegging van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29	I - 6619
F — Conclusie	I - 6619
VII — Conclusie	I - 6620
	I - 6573

I — Inleiding

1. In deze zaak komen netelige vragen aan de orde inzake het evenwicht tussen de bescherming van het auteursrecht en de technologische ontwikkeling in de informatiemaatschappij. Enerzijds mag de bescherming van het auteursrecht niet in de weg staan aan het normale functioneren en de ontwikkeling van nieuwe technologieën, maar anderzijds moet in de informatiemaatschappij een toereikende bescherming van het auteursrecht worden gegarandeerd. De technologische ontwikkeling maakt immers een snellere en gemakkelijkere reproductie mogelijk en het is dus noodzakelijk dat de bescherming van het auteursrecht aan deze ontwikkeling wordt aangepast.

2. De prejudiciële vragen in de onderhavige zaak betreffen met name de vraag of het opslaan en printen van fragmenten van krantenartikelen, waarbij het fragment bestaat uit een zoekterm met de vijf woorden ervóór en de vijf erna, in dezelfde volgorde als in het krantenartikel, reproductie vormen in de zin van artikel 2 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 informatiemaatschappij² (hierna: „richtlijn 2001/29”). De prejudiciële vragen betreffen voorts de vraag of het aanmaken van deze fragmenten, wat onder meer bestaat uit het scannen van krantenartikelen, waardoor een grafisch bestand wordt gecreëerd, en de omzetting van dit grafisch bestand in een tekstbestand, alsmede het opslaan van het fragment van elf woorden, toegestaan zijn,

daar het gaat om reproductiehandelingen die voldoen aan de vereisten van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29. Ten slotte wenst de verwijzende rechter te vernemen of de in geding zijnde reproductiehandelingen voldoen aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29.

3. Deze vragen zijn gerezen in het kader van een geding tussen de onderneming Infopaq International A/S (hierna: „Infopaq”) en de vereniging van Deense dagbladuitgevers, waarin Infopaq de verwijzende rechter verzoekt om vast te stellen dat zij voor de vervaardiging van fragmenten van krantenartikelen, bestaande uit een zoekterm met de vijf woorden ervóór en de vijf erna, geen toestemming van de auteursrechthebbenden op deze krantenartikelen nodig heeft.

II — Toepasselijke wetgeving

4. De punten 4, 5, 9, 10, 11, 21, 22, 31 en 33 van de considerans van richtlijn 2001/29 luiden:

„4) Geharmoniseerde rechtsregels op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten zullen voor meer rechtszekerheid zorgen, een hoog niveau van bescherming van de intel-

² — PB L 167, blz. 10.

- lectuele eigendom waarborgen en aldus aanzienlijke investeringen in creativiteit en innovatie [...] bevorderen [...].
- 5) De technologische ontwikkeling heeft de vectoren voor schepping, productie en exploitatie in aantal en verscheidenheid doen toenemen. Hoewel voor de bescherming van de intellectuele eigendom geen behoefte aan nieuwe concepten bestaat, zullen het huidige auteursrecht en de huidige naburige rechten moeten worden aangepast en aangevuld om adequaat op economische gegevens zoals nieuwe exploitatievormen te kunnen reageren.
- [...]
- 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.
- 10) Auteurs en uitvoerend kunstenaars moeten, willen zij hun scheppende en artistieke arbeid kunnen voortzetten, een passende beloning voor het gebruik van hun werk ontvangen, evenals de producenten om dat werk te kunnen financieren. [...] Een adequate rechtsbescherming van de intellectuele eigendomsrechten is noodzakelijk om de mogelijkheid tot het verkrijgen van een dergelijke beloning en de mogelijkheid van een behoorlijk rendement van dergelijke investeringen te waarborgen.
- 11) Een strikt, doelmatig systeem tot bescherming van de auteursrechten en naburige rechten is een van de voornaamste instrumenten om ervoor te zorgen dat de Europese culturele creativiteit en productie over de nodige middelen beschikken en om de scheppend en uitvoerend kunstenaars in staat te stellen hun autonomie en waardigheid te bewaren.
- [...]
- 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.

- 22) De doelstelling van een werkelijke steun aan de verspreiding van cultuur, mag niet worden gerealiseerd met middelen die ten koste gaan van een strikte bescherming van de rechten of door het gedogen van illegale vormen van distributie van nagemaakte of vervalste werken.

[...]

[...]

- 31) 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. De huidige verschillen in beperkingen en restricties op bepaalde aan toestemming onderworpen handelingen hebben directe negatieve gevolgen voor de werking van de interne markt op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten. Deze verschillen zullen ten gevolge

van de verdere ontwikkeling van grensoverschrijdende exploitatie van werken en grensoverschrijdende activiteiten wellicht nog belangrijker worden. Met het oog op de goede werking van de interne markt moet meer eenheid in de omschrijving van dergelijke beperkingen en restricties worden gebracht. De mate waarin dergelijke beperkingen en restricties worden geharmoniseerd, moet worden bepaald aan de hand van de gevolgen ervan voor de goede werking van de interne markt.

- 33) Er moet in een beperking op het uitsluitende reproductierecht worden voorzien, teneinde bepaalde reproductiehandelingen van voorbijgaande of incidentele aard mogelijk te maken, die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé en uitsluitend worden uitgevoerd ten behoeve van hetzij de efficiënte doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon, hetzij het geoorloofde gebruik van een beschermd werk of ander materiaal. De betrokken reproductiehandelingen mogen op zich geen economische waarde bezitten. Voor zover zij aan deze voorwaarden voldoen, moet deze beperking ook gelden voor handelingen die elektronisch bladeren (browsing) en caching mogelijk maken, onder andere met het oog op het doelmatig functioneren van doorgiftesystemen, op voorwaarde dat de tussenpersoon de informatie niet modificeert en niet

intervenieert bij het alom erkende en in de bedrijfstak gangbare rechtmatig gebruik van technologie voor het verkrijgen van gegevens over het gebruik van de informatie. Het gebruik wordt als geoorloofd beschouwd indien het door de rechtgebende is toegestaan of niet bij wet is beperkt.”

5. Artikel 2 van richtlijn 2001/29, getiteld „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.”

6. Artikel 5 van richtlijn 2001/29, getiteld „Beperkingen en restricties”, luidt:

„1. Tijdelijke reproductiehandelingen³, als bedoeld in artikel 2, die van voorbijgaande of incidentele aard zijn, en die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé en die worden toegepast met als enig doel:

a) de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of

b) een rechtmatig gebruik

van een werk of ander materiaal mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezitten, zijn van het in artikel 2 bedoelde reproductierecht uitgezonderd.

[...]

3 — Voetnoot uitsluitend van belang voor de Sloveense tekst van de conclusie.

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

[...]

- c) weergave in de pers, mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling van gepubliceerde artikelen over actuele economische, politieke of religieuze onderwerpen of uitzendingen of ander materiaal van dezelfde aard, in gevallen waarin dat gebruik niet uitdrukkelijk is voorbehouden, en voor zover de bron, waaronder de naam van de auteur, wordt vermeld, of het gebruik van werken of ander materiaal in verband met de verslaggeving over actuele gebeurtenissen, voor zover dit uit een oogpunt van voorlichting gerechtvaardigd is en, voor zover, de bron — waaronder de naam van de auteur — wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt;
 - o) het gebruik in andere, minder belangrijke gevallen, wanneer reeds beperkingen of restricties bestaan in het nationale recht mits het alleen analoog gebruik betreft en het vrije verkeer van goederen en diensten in de Gemeenschap niet wordt belemmerd, onverminderd de in dit artikel vervatte beperkingen en restricties.
- [...]
- 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;
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.”

7. Artikel 2 van richtlijn 2001/29 is in Deens recht omgezet bij § 2 Ophavsretslov (wet op het auteursrecht)⁴, dat luidt als volgt:

8. Artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 is in Deens recht omgezet bij § 11a, lid 1, van de Deense wet op het auteursrecht, luidend:

„1. Behoudens de in deze wet genoemde beperkingen houdt het auteursrecht het uitsluitende recht in, te beschikken over een werk door het te reproduceren en door het voor het publiek toegankelijk te maken in de oorspronkelijke of in gewijzigde vorm, in vertaling, in bewerking tot een andere literatuur- of kunstvorm of door middel van een andere techniek.

„Het is toegestaan tijdelijke exemplaren te vervaardigen die

2. Als reproductie wordt beschouwd iedere directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, gehele of gedeeltelijke reproductie, met welke middelen en in welke vorm dan ook. Als reproductie wordt ook beschouwd overbrenging van een werk op een medium waarmee het kan worden gereproduceerd.

1) van voorbijgaande of incidentele aard zijn,

2) een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé,

3) worden toegepast met als enig doel de doorgifte in een netwerk tussen derden via een tussenpersoon of een rechtmatig gebruik van een werk mogelijk te maken, en

[...]”

4 — Bekendtgørelse af lov om ophavsret, nr. 763 af 30. juni 2006 (geconsolideerde versie van de wet op het auteursrecht van 30 juni 2006). Een vertaling in het Engels van de geconsolideerde versie van de Deense wet op het auteursrecht staat op de site van het Deense ministerie van Cultuur: <http://www.kum.dk/sw832.asp>.

4) geen zelfstandige economische waarde bezitten.”

III — Feiten, procesverloop in het hoofdgeding en prejudiciële vragen

9. De onderneming Infopaq verricht monitoring en analyse van de gedrukte media. Deze monitoring omvat de opstelling van samenvattingen⁵ van geselecteerde artikelen uit de Deense dagbladpers en diverse tijdschriften. De selectie vindt plaats op basis van door de klanten van Infopaq gekozen onderwerpen en de samenvattingen worden vervolgens per e-mail aan de klant verstuurd. Op verzoek stuurt Infopaq zijn klanten ook krantenknipsels.

10. De artikelen worden geselecteerd via een procedé van „data capture”, dat verloopt in vijf fasen.

11. In de eerste fase registreren de medewerkers van Infopaq handmatig per publicatie de belangrijkste gegevens in een elektronische databank.

12. In de tweede fase worden de publicaties gescand. Eerst wordt de rug van de publicatie losgesneden, zodat losse vellen ontstaan,

5 — Uit de verwijzingsbeslissing blijkt niet hoe deze samenvattingen worden vervaardigd, noch wat precies de inhoud is. Ook wordt niet precies uitgelegd welk verband er bestaat tussen deze samenvattingen en de fragmenten van krantenartikelen, bestaande uit de zoekterm met de vijf woorden ervoor en de vijf erna (zie punt 15 van deze conclusie). In de verwijzingsbeslissing wordt nergens met zoveel woorden uiteengezet of de fragmenten van elf woorden uitsluitend intern worden gebruikt, dan wel ook aan klanten van Infopaq kunnen worden verstuurd.

daarna wordt het te scannen deel geselecteerd. Door het scannen wordt voor elke bladzijde van de publicatie een grafisch bestand gecreëerd.⁶ Dit grafisch bestand wordt vervolgens op een server gezet voor optische tekenherkenning (optical character recognition, hierna: „OCR”).⁷

13. In de derde fase wordt via de OCR-server het grafisch bestand geconverteerd in een tekstbestand. Om precies te zijn, wordt de afbeelding van elk karakter omgezet in zogeheten ASCII-code⁸, die het de computer mogelijk maakt de afzonderlijke karakters te herkennen. Zo wordt de afbeelding van de letters TDC omgezet in een formaat dat de computer zal kunnen herkennen als de letters TDC. De afbeelding van de karakters wordt dus omgezet in tekst, die kan worden gelezen door ieder tekstverwerkingsprogramma. Na de OCR-bewerking wordt het grafisch bestand gewist.

14. In de vierde fase wordt de tekst doorzocht op de vooraf bepaalde woorden. Telkens wanneer de zoekterm in de tekst voorkomt, wordt hij opgeslagen in een bestand met de titel van de publicatie, de rubriek, en de bladzijde waar de zoekterm voorkomt. Tegelijkertijd wordt de positie van de zoekterm in

6 — In TIFF-formaat (Tagged Image File Format).

7 — Door middel van OCR-software (Optical Character Recognition).

8 — ASCII is de afkorting van American Standard Code for Information Interchange.

het artikel aangegeven met een percentage van 0 tot 100. Om het terugvinden van dit woord bij latere lezing van het artikel verder te vergemakkelijken, worden daarbij ook de vijf woorden ervoor en de vijf erna weergegeven. Deze fase eindigt met het wissen van het tekstbestand.

2005 vernam DDF dat Infopaq fragmenten van krantenartikelen aanmaakte zonder toestemming van de auteursrechthebbenden, waarop zij bij Infopaq tegen deze gang van zaken protesteerde.

15. In de vijfde en laatste fase van dit procedé wordt voor elke krantenpagina waarin de zoekterm voorkomt een document geprint; dit document bevat de zoekterm met de vijf woorden ervoor en de vijf erna. De verwijzende rechter geeft een voorbeeld van een dergelijk document:

17. Infopaq stelde zich op het standpunt dat zij voor haar activiteiten geen toestemming van de auteursrechthebbenden nodig had en daagde DDF voor het Østre Landsret, waarbij zij vaststelling vorderde van haar recht om „data capture” te verrichten zonder toestemming van DDF of haar leden. Toen het Østre Landsret de vordering afwees, stelde Infopaq hoger beroep in bij de verwijzende rechter (het Højesteret).

„4 november 2005 — Dagbladet Arbejderen, bladzijde 3:

TDC: 73% „aanstaaende verkoop van het telecomconcern TDC, waarvan de overname ophanden is.”

16. Danske Dagblades Forening (hierna: „DDF”) is de brancheorganisatie van Deense dagbladuitgevers, die als doel heeft haar leden bij te staan in alle auteursrechtkwesities. In

18. De verwijzende rechter merkt in de verwijzingsbeslissing op dat in het hoofdgeding niet in geschil is dat de toestemming van de auteursrechthebbenden niet noodzakelijk is voor de monitoring van de gedrukte media en het maken van samenvattingen van krantenartikelen, wanneer de publicaties stuk voor stuk persoonlijk worden gelezen, de artikelen handmatig worden geselecteerd op basis van vooraf vastgestelde zoektermen, en er handmatig een document wordt aangemaakt waarin de in een bepaald artikel aangetroffen zoekterm en de plaats van het artikel in de publicatie worden aangegeven. Ook is niet in geschil dat voor het maken van samenvattingen op zich geen toestemming van de auteursrechthebbenden vereist is.

19. In de onderhavige zaak staat tevens vast dat de „data capture” twee reproductieactiviteiten omvat: 1) het scannen van krantenartikelen, waardoor een grafisch bestand wordt gecreëerd, en 2) de conversie van het grafisch bestand in een tekstbestand. De verwijzende rechter zet voorts uiteen dat dit procedé vervolgens ook het reproduceren van de bewerkte artikelen omvat door middel van 3) de opslag van de zoekterm met de vijf woorden ervoor en de vijf erna, en 4) het printen van deze elf woorden. De verwijzende rechter benadrukt dat partijen in het hoofdgeding het oneens zijn over de vraag of de activiteiten 3 en 4 als reproductie in de zin van artikel 2 van richtlijn 2001/29 moeten worden aangemerkt.

20. De verwijzende rechter heeft op 21 december 2007 de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:⁹

„1. Kunnen het opslaan en vervolgens printen van een uit een zoekterm met de vijf woorden ervóór en de vijf erna bestaand fragment uit de tekst van een dagbladartikel, worden beschouwd als reproductiehandelingen^[10] die worden

beschermd door artikel 2 van [richtlijn 2001/29]?^[11]

2. Is het voor de vaststelling of reproductiehandelingen kunnen worden beschouwd als ‚van voorbijgaande aard’ in de zin van artikel 5, lid 1, van [richtlijn 2001/29], van belang in welke samenhang zij worden verricht?

3. Kan een tijdelijke reproductiehandeling als ‚van voorbijgaande aard’ worden beschouwd wanneer de reproductie wordt bewerkt, bijvoorbeeld door een grafisch bestand om te zetten in een tekstbestand of door het zoeken naar woordclusters in een tekstbestand?

4. Kan een tijdelijke reproductiehandeling als ‚van voorbijgaande aard’ worden beschouwd wanneer een deel van de reproductie, bestaande uit een of meer tekstfragmenten van elf woorden, wordt opgeslagen?

⁹ — Voetnoot uitsluitend van belang voor de Sloveense tekst van de conclusie.

¹⁰ — Voetnoot uitsluitend van belang voor de Sloveense tekst van de conclusie.

¹¹ — De verwijzende rechter noemt richtlijn 2001/29 in de prejudiciële vragen „de infosoc-richtlijn”; „infosoc” is de verkorte schrijfwijze van de Engelse term „information society” (informatiemaatschappij). Voor een eenvormig gebruik van de verkorte aanduiding in mijn conclusie noem ik deze richtlijn ook in de prejudiciële vragen „richtlijn 2001/29”.

5. Kan een tijdelijke reproductiehandeling als ‚van voorbijgaande aard’ worden beschouwd wanneer een deel van de reproductie, bestaande uit een of meer tekstfragmenten van elf woorden, wordt geprint?
toestemming van de auteursrechthebbende vereist is?
6. Is het voor de vaststelling of tijdelijke reproductiehandelingen een ‚integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé’ in de zin van artikel 5, lid 1, van [richtlijn 2001/29], van belang in welke fase van het technisch procedé zij worden verricht?
7. Kunnen reproductiehandelingen ‚een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé’, wanneer zij bestaan uit het handmatig scannen van gehele krantenartikelen, waarbij deze artikelen van een gedrukt in een digitaal medium worden omgezet?
8. Kunnen tijdelijke reproductiehandelingen ‚een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé’, wanneer zij bestaan uit het printen van een deel van de reproductie, bestaande uit een of meer tekstfragmenten van elf woorden?
9. Omvat ‚rechtmatig gebruik’ in de zin van artikel 5, lid 1, van [richtlijn 2001/29] elke vorm van gebruik waarvoor geen toestemming heeft verleend?
10. Omvat ‚rechtmatig gebruik’ overeenkomstig artikel 5, lid 1, van [richtlijn 2001/29] het scannen van gehele krantenartikelen door een onderneming, de daaropvolgende bewerking van de reproductie, het opslaan en eventueel printen van een deel van de reproductie, bestaande uit een of meer tekstfragmenten van elf woorden, voor gebruik door de onderneming voor het maken van samenvattingen, ook indien de rechtgebende daarvoor geen toestemming heeft verleend?
11. Aan de hand van welke criteria moet worden beoordeeld of tijdelijke reproductiehandelingen ‚zelfstandige economische waarde’ bezitten in de zin van artikel 5, lid 1, van [richtlijn 2001/29] indien aan de overige voorwaarden van deze bepaling is voldaan?
12. Kan de toename van de efficiëntie die tijdelijke reproductiehandelingen voor de gebruiker opleveren, een rol spelen bij de beoordeling van de vraag of deze handelingen ‚zelfstandige economische waarde’ bezitten in de zin van artikel 5, lid 1, van [richtlijn 2001/29]?

13. Kunnen het scannen van volledige krantenartikelen door een onderneming, de daaropvolgende bewerking van de reproductie, het opslaan en eventueel printen van een deel van de reproductie, bestaande uit een of meer tekstfragmenten van elf woorden, zonder toestemming van de auteursrechthebbende, worden beschouwd als ‚bepaalde bijzondere gevallen’ waarin ‚geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie’ van krantenartikelen en ‚de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad’ in de zin van artikel 5, lid 5, van [richtlijn 2001/29]?”

V — Argumenten van partijen

A — Eerste prejudiciële vraag

22. *Infopaq* stelt dat het opslaan en vervolgens printen van een uit de zoekterm met de vijf woorden ervoor en de vijf erna bestaand fragment van de tekst van een dagbladartikel, geen handelingen van gedeeltelijke reproductie zijn in de zin van artikel 2 van richtlijn 2001/29. Richtlijn 2001/29 stelt weliswaar geen minimum aan het aantal woorden om nog te kunnen spreken van gedeeltelijke reproductie, maar een dergelijke *de minimis*-drempel moet toch bestaan. Volgens *Infopaq* gaat het opslaan en printen van elf woorden niet uit boven dit minimum dat moet bestaan wil er sprake zijn van gedeeltelijke reproductie.

IV — Procesverloop voor het Hof

21. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 4 januari 2008 binnengekomen ter griffie van het Hof. Er zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door *Infopaq*, *DDF*, de Commissie en de Oostenrijkse regering. Ter terechtzitting van 20 november 2008 hebben *Infopaq*, *DDF* en de Commissie opmerkingen gemaakt en de vragen van het Hof beantwoord.

23. De *Commissie* en *DDF* betogen daarentegen dat het opslaan en vervolgens printen van een uit de zoekterm met de vijf woorden ervoor en de vijf erna bestaand fragment van de tekst van een dagbladartikel reproductiehandelingen zijn, die worden beschermd door artikel 2 van richtlijn 2001/29.

24. De *Commissie* merkt op dat het opslaan en printen van een fragment van een artikel vormen van reproductie zijn. Uit artikel 2 van

richtlijn 2001/29 blijkt dat het uitsluitend reproductierecht van auteurs ook de gedeeltelijke reproductie omvat en dat een uit elf woorden bestaand fragment van een artikel een gedeeltelijke reproductie in de zin van deze bepaling is.

25. DDF betoogt, evenals de Commissie, dat het opslaan en printen van een uit elf woorden bestaand fragment van een artikel handelingen van gedeeltelijke reproductie zijn in de zin van artikel 2 van richtlijn 2001/29. DDF stelt dat, wanneer de zoekterm meerdere malen in het artikel voorkomt, een substantieel deel van dat artikel wordt gereproduceerd; ter illustratie legt zij een artikel over waarin twee zoektermen zijn aangestreept met de vijf woorden ervoor en de vijf erna. Zij is het oneens met de opvatting van de Oostenrijkse regering¹² dat het gereproduceerde deel van een werk zelfstandig moet voldoen aan de vereisten om te kunnen worden gedefinieerd als werk. Het feit dat het begrip werk en de vereisten voor het bestaan van een werk in het kader van richtlijn 2001/29 niet zijn geharmoniseerd, belet het Hof niet om het begrip gedeeltelijke reproductie van een werk uit te leggen. Of in het onderhavige geval al dan niet sprake is van een gedeeltelijke reproductie van een werk moet worden beoordeeld onafhankelijk van de in het nationale recht voor het bestaan van een werk gestelde eisen.

26. De *Oostenrijkse regering* betoogt dat artikel 2 van richtlijn 2001/29 de auteur ongetwijfeld het uitsluitend recht verleent op de gedeeltelijke reproductie van zijn werk,

maar dat dit artikel geen omschrijving van het begrip werk geeft en evenmin antwoord geeft op de vraag aan welke concrete vereisten moet zijn voldaan wil dit werk worden beschermd. Aangezien de vereisten voor de bescherming van een werk niet in communautair verband zijn geharmoniseerd, moeten zij worden beoordeeld aan de hand van het nationale recht. Op grond van het vorenstaande benadrukt de Oostenrijkse regering dat het gereproduceerde deel van een werk zelfstandig aan de vereisten moet voldoen om te kunnen worden gedefinieerd als werk in de zin van de auteursrechtwetgeving.

B — *Tweede tot en met twaalfde prejudiciële vraag*

27. *Infopaq* en de *Oostenrijkse regering* zijn van mening dat, wanneer het procedé van vervaardiging van de fragmenten een tijdelijke reproductiehandeling in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 is, dit procedé toelaatbaar is, daar het voldoet aan alle eisen van dit artikel: in de eerste plaats is het een handeling van voorbijgaande aard, in de tweede plaats vormt het een integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé, in de derde plaats is het enig doel een rechtmatig gebruik van een werk of ander materiaal mogelijk te maken, en in de vierde plaats bezit het geen zelfstandige economische waarde.

12 — Zie voor het standpunt van de Oostenrijkse regering punt 26 van deze conclusie.

28. Ter zake van het *eerste* vereiste (handeling „van voorbijgaande aard”) merkt Infopaq op dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 zich niet beperkt tot tijdelijke reproductiehandelingen in de vorm van webbrowsing en „caching”. Het vereiste dat de handeling „voorbijgaand” is, heeft uitsluitend betrekking op de duur van de tijdelijke reproductiehandeling, en reproductiehandelingen met een duur korter dan of gelijk aan 30 seconden moeten worden gekwalificeerd als „van voorbijgaande aard”.

29. Wat het *tweede* vereiste („integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé”) betreft, merkt Infopaq op dat uit het begrip „integraal” duidelijk naar voren komt dat niet relevant is in welke fase van het technisch procedé de tijdelijke reproductiehandeling wordt verricht.

30. Wat het *derde* vereiste („rechtmatig gebruik”) betreft, benadrukt Infopaq dat noch uit artikel 5, lid 1, noch uit punt 33 van de considerans van richtlijn 2001/29 volgt dat „rechtmatig gebruik” enkel een gebruik van internet in de vorm van webbrowsing en „caching” betekent. Met „rechtmatig gebruik” worden alle vormen van gebruik van een werk bedoeld waarvoor geen toestemming van de auteursrechthebbende vereist is. Voor „een rechtmatig gebruik” is voorts niet relevant wie de gebruiker van het werk is: dit kan zowel de eindgebruiker zijn als ieder ander. Voor de vraag of sprake is van „rechtmatig gebruik”, is bepalend of bij het betrokken procedé gebruik wordt gemaakt van een legaal verworven origineel exemplaar van de publicatie.

31. Ten aanzien van het *vierde* vereiste („zelfstandige economische waarde”) betoogt Infopaq dat de vraag van de zelfstandige economische waarde moet worden bezien vanuit de auteur. In het kader van dit vereiste dient voorts uitsluitend te worden nagegaan of de tijdelijke reproductiehandeling zelfstandige economische waarde heeft, en niet of het gehele technische procedé een dergelijke waarde heeft. Infopaq merkt op dat het uiteindelijke doel van het door haar toegepaste technische procedé het maken van samenvattingen is, hetgeen legaal is en dus geen inbreuk maakt op de rechten van de auteurs van de publicaties; tijdelijke reproductiehandelingen in de vorm van grafische bestanden en tekstbestanden hebben op zich geen zelfstandige economische waarde voor de rechthebbenden. De „zelfstandige economische waarde” te laten afhangen van het feit dat de auteursrechthebbende geen vergoeding krijgt, zou in strijd zijn met de ratio van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29.

32. De *Oostenrijkse regering* meent evenals Infopaq dat aan de vereisten van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 is voldaan en merkt op dat deze vereisten niet beperkt zijn tot de tussentijdse kopieën die worden opgeslagen in het kader van de online doorgifte tussen de verschillende servers. Het creëren van een grafisch bestand en de daarop volgende conversie daarvan in een tekstbestand vormen een handeling „van voorbijgaande aard”, daar deze reproducties van korte duur zijn; tegelijkertijd vormen zij ook een „integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé”. De Oostenrijkse regering is verder van mening dat het gebruik van het werk „rechtmatig” is wanneer de fragmenten van krantenartikelen niet voldoen aan de voorwaarden voor bescherming door het auteursrecht. Aangezien het doel van het door Infopaq gebruikte procedé slechts de

vervaardiging van fragmenten van kranten-artikelen op basis van zoektermen is, hebben deze fragmenten volgens de Oostenrijkse regering geen „zelfstandige economische waarde”.

33. DDF en de *Commissie* zijn daarentegen van mening dat aan de vereisten van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 niet is voldaan.

34. DDF merkt op dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 moet worden uitgelegd aan de hand van het doel van deze richtlijn, en zij verwijst in dit verband naar de punten 9 en 10 van de considerans, blijkens welke de richtlijn tot doel heeft, een hoog niveau van bescherming te garanderen aan de auteurs, die een passende beloning voor het gebruik van hun werk moeten ontvangen. Bijgevolg dienen de bepalingen van de richtlijn die deze bescherming moeten garanderen, ruim te worden uitgelegd, terwijl de bepalingen die uitzonderingen maken op deze bescherming, restrictief moeten worden uitgelegd.

35. Met betrekking tot het eerste vereiste (handelingen „van voorbijgaande aard”) merkt DDF op dat reproductiehandelingen niet van voorbijgaande aard zijn, daar de reproducties duurzaam zijn en niet worden gewist, terwijl het begrip „van voorbijgaande aard” een korte levensduur van deze reproducties impliceert.

36. Ten aanzien van het tweede vereiste („integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé”) stelt DDF dat het doel daarvan is, een uitzondering te maken voor reproducties die automatisch worden gegenereerd in het kader van een dergelijk procedé. In het onderhavige geval worden de reproducties echter niet automatisch gegenereerd, daar het scannen van de artikelen en de omzetting van het grafisch bestand in een tekstbestand slechts een voorfase vormen van de technische verwerking van deze teksten. Het is dus geen tussenfase in een technisch procedé. Voorts is ook de reproductie in de vorm van elf woorden geen „integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé”, daar de elf woorden worden geprint.

37. Betreffende het derde vereiste („rechtmatig gebruik”) meent DDF dat een gebruik dat anders onrechtmatig zou zijn, niet rechtmatig kan worden op grond van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29. Volgens DDF gaat het in casu om onrechtmatig gebruik.

38. Ten aanzien van het vierde vereiste („zelfstandige economische waarde”) betoogt DDF dat dit betrekking heeft op het feit dat het gebruik van de reproductie in het onderhavige geval geen zelfstandige economische waarde mag hebben, noch voor de gebruiker (dat wil zeggen Infopaq), noch voor de rechthebbende. De reproducties hebben zelfstandige economische waarde voor Infopaq, daar er voor laatstgenoemde naar schatting van DDF een bedrag van 2 à 4 miljoen DKR mee gemoeid zou zijn om de reproducties niet automatisch maar handmatig te verwerken. De reproducties hebben echter ook voor de

leden van DDF zelfstandige economische waarde, daar zij door de verlening van licenties voor de reproductie van hun werken een hoge vergoeding zouden kunnen ontvangen.

39. Ook de Commissie is van mening dat in casu niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29.

40. Met betrekking tot het eerste vereiste (handelingen „van voorbijgaande aard”) merkt de Commissie op dat tijdelijke reproductiehandelingen van voorbijgaande aard zijn wanneer zij van korte duur zijn, bijvoorbeeld bij reproducties die worden gegenereerd tijdens het browsen op internet. Bij de beoordeling of reproductiehandelingen van voorbijgaande aard zijn, dient te worden gelet op het technisch procedé in het kader waarvan de reproductie plaatsvindt, en vooral op de vraag of in dit procedé een duurzame reproductie wordt gegenereerd. In het door Infopaq toegepaste procedé wordt een duurzame reproductie vervaardigd in de vorm van elf geprinte woorden, zodat het feit dat de gecreëerde tekst- en grafische bestanden worden gewist nadat de elf woorden zijn geprint, niet betekent dat de reproductiehandeling van voorbijgaande aard is. Dat het deel van de reproductie dat een of meer fragmenten van elf woorden bevat, wordt opgeslagen, is niet relevant voor de vaststelling of de tijdelijke reproductiehandeling kan worden beschouwd als van voorbijgaande aard.

41. Inzake het tweede vereiste („integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé”) stelt de Commissie dat de fase van het technisch procedé waarin tijdelijke reproductiehandelingen worden verricht, niet relevant is voor de vaststelling of deze kunnen worden beschouwd als „integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé”. Infopaq heeft tijdens het procedé meerdere malen de fysieke controle over de reproductie, en kan opgeslagen kopieën op papier of elektronisch nog lange tijd bewaren nadat de fragmenten aan de klanten zijn verzonden. Voorts kan van de elektronische kopieën een gebruik worden gemaakt dat meer inhoudt dan de elektronische doorgifte via een netwerk; in het onderhavige geval vormen de elektronische kopieën immers de basis voor het creëren van de tekstbestanden. Voorts kunnen deze tijdelijke reproductiehandelingen geen „integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé” zijn, wanneer zij het handmatig scannen van gehele krantenartikelen inhouden, waardoor die artikelen van papieren in digitale documenten worden omgezet; dit procedé gaat veel verder dan voor het aanmaken van een fragment noodzakelijk is. Voorts is het printen van de fragmenten geen tijdelijke reproductiehandeling en kan dit dus geen „integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé” zijn.

42. Wat het derde vereiste („rechtmatig gebruik”) betreft, merkt de Commissie op dat het „rechtmatig gebruik” niet alleen alle vormen van gebruik omvat waarvoor geen toestemming van de auteursrechthebbende vereist is, maar ook vormen van gebruik die door de rechthebbende zijn toegestaan, gebruik dat niet onder het uitsluitende recht van de auteursrechthebbende valt, of ook gebruik dat valt onder de uitzonderingen op het uitsluitende recht. Voorts is het door Infopaq toegepaste procedé voor vervaardi-

ging van de fragmenten geen rechtmatig gebruik van het werk van de auteur, daar het gaat om een modificatie van het voltooide werk met als doel het creëren van een kort tekstfragment.

lid 5, van richtlijn 2001/29 geen zelfstandige eisen stelt waaraan naast die van artikel 5, lid 1, van de richtlijn moet zijn voldaan; wanneer aan de vereisten van artikel 5, lid 1, is voldaan, behoeven die van artikel 5, lid 5, niet meer te worden onderzocht.

43. Ten aanzien van het vierde vereiste („zelfstandige economische waarde”) betoogt de Commissie dat de criteria voor de beoordeling van dit vereiste blijken uit punt 33 van de considerans van richtlijn 2001/29 en dat reproductiehandelingen in de zin van dit punt „geen zelfstandige economische waarde” hebben wanneer zij de informatie niet modificeren en niet ingaan tegen het alom erkende, in de bedrijfstak gangbare rechtmatige gebruik van technologie voor het verkrijgen van gegevens over het gebruik van informatie. Voorts stelt het door Infopaq toegepaste procedé haar in staat, haar productiviteit te verhogen, aangezien deze vervaardiging van de fragmenten veel sneller en goedkoper is; volgens de Commissie moet met dit gegeven rekening worden gehouden bij de beoordeling of deze handelingen „zelfstandige economische waarde” bezitten.

45. De Oostenrijkse regering stelt dat aan de eisen van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 is voldaan, zonder echter haar standpunt nader toe te lichten.

C — Dertiende prejudiciële vraag

44. *Infopaq* is met betrekking tot de dertiende prejudiciële vraag van mening dat artikel 5,

46. *DDF* merkt met betrekking tot de dertiende prejudiciële vraag op dat de reproductiehandelingen niet aan de in artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 gestelde eisen voldoen. *Infopaq* verricht deze reproductieactiviteiten om haar kosten ten opzichte van haar concurrenten te drukken. Bovendien zijn de reproductiehandelingen volgens *DDF* dermate omvangrijk en essentieel dat niet meer kan worden gesproken van normale exploitatie van het werk; tevens brengen zij

onredelijke schade toe aan de legitieme belangen van de auteursrechthebbers, die anders een vergoeding zouden kunnen krijgen door de verlening van een licentie voor dergelijk gebruik.

VI — Analyse door de advocaat-generaal

A — Inleiding

47. De Commissie is van mening dat de dertiende prejudiciële vraag in beginsel niet behoeft te worden beantwoord, aangezien de activiteit van Infopaq niet onder de uitzondering van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 valt; zij beantwoordt deze vraag echter wel. Zij merkt op dat de bepalingen van artikel 5, lid 5, die de „driefasentest” worden genoemd, overeenkomen met artikel 13 van de TRIPS-overeenkomst. In principe dient de „driefasentest” van artikel 5, lid 5, separaat van de beoordeling uit hoofde van artikel 5, lid 1, te worden uitgevoerd en is het vereiste van artikel 5, lid 5, betreffende de „normale exploitatie van een werk”, vergelijkbaar met het vereiste in artikel 5, lid 1, dat de tijdelijke reproductiehandeling een „zelfstandige economische waarde” heeft. Essentieel voor beide vereisten is dus dat wordt vastgesteld of de reproductiehandelingen de elektronische doorgifte van gegevens mogelijk maken zonder zelfstandige economische waarde te hebben, dan wel een waarde toevoegen die verder gaat dan doorgifte van de gegevens. Wanneer de reproductiehandelingen in casu voor Infopaq economische waarde hebben, kan niet meer worden gezegd dat deze een normale exploitatie van een werk vertegenwoordigen, zodat volgens de Commissie niet is voldaan aan de vereisten van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29.

48. Deze zaak betreft de uitlegging van de draagwijdte van het reproductierecht, alsmede van de beperkingen en restricties van dit recht, zoals deze zijn geregeld in richtlijn 2001/29, die bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij harmoniseert.¹³ Het reproductierecht vormt de essentie van het auteursrecht¹⁴, het uitsluitende recht van de auteur om de reproductie van zijn werk toe te staan of te verbieden. De omvang van het uitsluitende reproductierecht van de auteur hangt echter af van de draagwijdte die wordt toegerekend aan het begrip reproductie van een werk.

13 — Richtlijn 2001/29 legt het accent op de bescherming van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, maar beperkt zich niet tot deze sector. Het doel van de richtlijn is enerzijds, door de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, bij te dragen aan de werking van de interne markt, en anderzijds bepaalde internationale verplichtingen na te komen. Wat dit laatste aspect betreft, gaat het blijkens punt 15 van de considerans van richtlijn 2001/29 vooral om de nakoming van de verplichtingen uit twee internationale verdragen, gesloten in het kader van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (WIPO), het „Verdrag van de WIPO inzake het auteursrecht” en het „Verdrag van de WIPO inzake uitvoeringen en fonogrammen”. Zie in de rechtsliteratuur onder meer Lehmann, M., „The EC Directive on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society — A Short Comment”, *International review of industrial property and copyright law*, nr. 5/2003, blz. 521.

14 — Zie in die zin het Groenboek „Het Auteursrecht en de Naburige Rechten in de Informatiemaatschappij”, COM(95) 382 def., blz. 49; Vivant, M., Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, in Lodder, A.R., Kaspersen, H.W.K. (eds.), *Edirectives: Guide to European Union Law on E-Commerce*, Kluwer Law International, Den Haag 2002, blz. 98; Lehmann, M., op.cit. (voetnoot 13), blz. 523, opm. 18.

49. Vroeger was het gezien het beperkte aantal reproductiemiddelen¹⁵ gemakkelijker om dit begrip te definiëren, maar met de ontwikkeling van de informaticatechnologie en de mogelijkheid van digitale reproductie is het aantal eenvoudiger en snellere reproductiemogelijkheden toegenomen. Daardoor is het noodzakelijk geworden, in de eerste plaats het auteursrecht adequaat te beschermen, en in de tweede plaats ervoor te zorgen dat deze bescherming flexibel genoeg is om de ontwikkeling of de normale werking van de nieuwe technologieën niet te hinderen.¹⁶ Ook bij de beantwoording van de prejudiciële vragen in deze zaak zal moeten worden gezocht naar criteria waarmee een evenwichtige bescherming van het auteursrecht gegarandeerd wordt en die enerzijds voldoende ruim en anderzijds voldoende flexibel zijn.

50. De door de verwijzende rechter gestelde vragen kunnen naar hun inhoud worden verdeeld in drie categorieën problemen, waarbij ik ook de structuur van de argumentatie in deze conclusie zal laten aansluiten. De eerste categorie, aan de orde gesteld in vraag 1, betreft de uitlegging van het begrip „reproductie” in artikel 2 van richtlijn 2001/29. De

tweede categorie, aan de orde in de vragen 2 tot en met 12, betreft de uitlegging van de uitzondering op het reproductierecht, neergelegd in artikel 5, lid 1, van deze richtlijn, dat onder bepaalde voorwaarden tijdelijke reproductiehandelingen toestaat. De derde categorie, aan de orde in vraag 13, betreft de uitlegging van artikel 5, lid 5, van de richtlijn, dat bepaalt dat de beperkingen en restricties op het reproductierecht uitsluitend mogen worden toegepast in bepaalde bijzondere gevallen waarin geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van een werk of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.

51. In deze conclusie zal ik eerst kort ingaan op de belangrijkste kenmerken van het procedé van vervaardiging van de fragmenten van krantenartikelen, om vervolgens in het kader van de analyse van de drie categorieën de prejudiciële vragen te beantwoorden.

15 — Zie in die zin het Groenboek „Het Auteursrecht en de Naburige Rechten in de Informatiemaatschappij”, COM(95) 382 def., blz. 49.

16 — De ontwikkeling en normale werking van nieuwe technologieën mogelijk maken, betekent bijvoorbeeld dat de reproductie die technisch noodzakelijk is voor het normaal functioneren van internet, of voor het gebruik door computerprogramma's, wordt toegestaan. Dit blijkt bijvoorbeeld uit punt 33 van de considerans van richtlijn 2001/29: van het reproductierecht moeten worden uitgesloten „handelingen die elektronisch bladeren (browsing) en caching mogelijk maken”; de eis dat het reproductierecht de normale werking van de nieuwe technologieën niet onmogelijk maakt, volgt ook uit andere richtlijnen, waaronder richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (PB L 122, blz. 42), waar in punt 17 van de considerans wordt verklaard dat „op de exclusieve rechten van de auteur om de ongeoorloofde reproductie van zijn werk te verhinderen een beperkte uitzondering moet worden gemaakt in het geval van een computerprogramma, ten einde de reproductie toe te laten die technisch noodzakelijk is voor het gebruik van dat programma door de rechtmatige verkrijger”.

B — Belangrijkste kenmerken van het procedé van vervaardiging van de fragmenten van krantenartikelen door Infopaq

52. Zoals de verwijzende rechter opmerkt, is in deze zaak niet in geschil dat het door Infopaq toegepaste procedé van vervaardiging van fragmenten van krantenartikelen („data capture”) in elk geval twee reproductiehandelingen omvat: 1) het creëren van grafische bestanden op basis van gescande kranten-

artikelen, en 2) de omzetting van de grafische bestanden in tekstbestanden. Partijen verschillen echter van opvatting over de vraag of reproductie ook inhoudt 3) het opslaan van de zoekterm met de vijf woorden ervoor en de vijf erna, en 4) het printen van deze elf woorden.

53. Hierna zal ik daarom ingaan op de vraag of het opslaan van de zoekterm met de vijf woorden ervoor en de vijf erna, en het printen van deze elf woorden, reproductie vormen in de zin van richtlijn 2001/29.

C — Uitlegging van artikel 2 van richtlijn 2001/29 (eerste prejudiciële vraag)

54. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het opslaan en vervolgens printen van een tekstfragment uit een krantenartikel, bestaande uit een zoekterm met de vijf woorden ervóór en de vijf erna, onder het begrip reproductie in de zin van artikel 2 van richtlijn 2001/29 vallen.

55. Artikel 2 van richtlijn 2001/29 bepaalt dat de lidstaten ten behoeve van auteurs, met betrekking tot hun werken, voorzien 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”. Uit de letterlijke tekst van dit artikel volgt dus dat de reproductie van werken niet toegestaan is zonder toestemming van de auteur, ongeacht of het gaat om een gedeeltelijke of een volledige reproductie. Artikel 2 van richtlijn 2001/29 geeft echter geen definitie van het begrip „reproductie”, noch geeft het aan wanneer en onder welke voorwaarden sprake is van „gedeeltelijke reproductie”; daarom zal ik in het kader van de analyse van de eerste vraag om te beginnen deze beide begrippen definiëren.

56. Zoals blijkt uit de rechtspraak van het Hof moet er bij de definitie van de begrippen „reproductie” en „gedeeltelijke reproductie” van worden uitgegaan dat uit het vereiste van eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht volgt dat een gemeenschapsrechtelijke bepaling die, zoals de bepalingen van richtlijn 2001/29, voor de vaststelling van de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, in de gehele Gemeenschap autonoom en op eenvormige wijze wordt uitgelegd.¹⁷ Gelet op dit vereiste kan het begrip „reproductie” van een werk mijns inziens worden gedefinieerd als de vastlegging van

¹⁷ — Zie bijvoorbeeld arresten van 7 december 2006, SGAE (C-306/05, Jurispr. blz. I-11519, punt 21); 9 november 2000, Yiadom (C-357/98, Jurispr. blz. I-9265, punt 26), en 6 februari 2003, SENA (C-245/00, Jurispr. blz. I-1251, punt 23).

het werk op een bepaald medium voor informatieoverdracht.¹⁸ Het begrip „gedeeltelijke reproductie” kan dan worden gedefinieerd als de vastlegging van een deel van een werk op een bepaald medium voor informatieoverdracht.

waarnaar richtlijn 2001/29 streeft.¹⁹ Aan een ruime uitlegging van het begrip „reproductie” kan tevens een argument worden ontleend vóór de ruime uitlegging van het begrip „gedeeltelijke reproductie”: indien het begrip „reproductie” ruim wordt uitgelegd, moeten noodzakelijkerwijs, a maiori ad minus, alle reproductiemethoden een ruime uitlegging krijgen, ook de gedeeltelijke reproductie, daar alleen aldus een hoog niveau van bescherming van het auteursrecht kan worden gegarandeerd.

57. Uit de tekst van artikel 2 van richtlijn 2001/29 blijkt voorts dat het begrip „reproductie” ruim moet worden opgevat, daar het de „directe of indirecte”, de „tijdelijke of duurzame”, en de „volledige of gedeeltelijke” reproductie „met welke middelen en in welke vorm ook” omvat. Dat dit begrip ruim moet worden geïnterpreteerd, blijkt tevens uit punt 21 van de considerans van de richtlijn, waarin wordt overwogen dat in deze richtlijn „moet worden bepaald welke handelingen ten aanzien van de verschillende rechthebbenden onder het reproductierecht vallen” en dat „[e]en brede omschrijving van deze handelingen [...] noodzakelijk [is] om voor rechtszekerheid in de interne markt te zorgen”. Een ruime definitie van het begrip reproductie is noodzakelijk om het hoge beschermingsniveau van het auteursrecht te garanderen

58. Deze ruime uitlegging van het begrip „gedeeltelijke reproductie” mag echter niet leiden tot een in het absurde doorgetrokken, al te technische interpretatie, waaronder alle vormen van reproductie van het werk van een auteur vallen, ook van een fragment, hoe beperkt en onbeduidend dit ook is. Ik ben van mening dat bij de uitlegging van dit begrip een middenweg dient te worden gevonden tussen een door de techniek ingegeven uitlegging en

18 — Zie in de literatuur bijvoorbeeld Vivant, M., op. cit. (voetnoot 14) blz. 98, die reproductie definieert als „de ‚fixatie’ van een werk op een medium”. Kritharas, T., „The Challenge of Copyright in Information Society. Copyright on the Internet: Current Legal Aspects”, *Revue hellénique de droit international*, nr. 1/2003, blz. 22, definieert het reproductierecht onder verwijzing naar het Britse recht aldus: „Wat het kopiëren waard is, is prima facie bescherming [door het auteursrecht] waard”.

19 — De doelstelling van een hoog beschermingsniveau blijkt in het bijzonder uit punt 9 van de considerans van richtlijn 2001/29, waarin wordt overwogen: „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”; indirect volgt deze doelstelling ook uit de punten 4 en 10 van de considerans. In punt 4 wordt verklaard: „Geharmoniseerde rechtsregels op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten zullen voor meer rechtszekerheid zorgen, een hoog niveau van bescherming van de intellectuele eigendom waarborgen en aldus aanzienlijke investeringen in creativiteit en innovatie [...] bevorderen”; in punt 10 van de considerans wordt verklaard dat auteurs „een passende beloning voor het gebruik van hun werk [moeten] ontvangen” en dat „[e]en adequate rechtsbescherming van de intellectuele eigendomsrechten [...] noodzakelijk [is] om de mogelijkheid tot het verkrijgen van een dergelijke beloning [...] te waarborgen”. Ook het Hof heeft bevestigd dat het noodzakelijk is, auteurs een hoog beschermingsniveau te bieden, waardoor hun een passende beloning voor het gebruik van hun werk wordt gegarandeerd; zie in dit verband arrest van 7 december 2006, SGAE (C-306/05, Jurispr. blz. I-11519, punt 36).

een waarbij de gedeeltelijke reproductie ook een zekere inhoud dient te hebben, een eigen karakter en, als deel van een bepaald werk, ook een zekere intellectuele waarde, reden waarom bescherming door het auteursrecht noodzakelijk is. Naar mijn mening zijn om in een concreet geval uit te maken of het om een gedeeltelijke reproductie gaat, twee factoren van belang. In de eerste plaats moet worden bezien of de gedeeltelijke reproductie werkelijk identiek is aan een deel van het originele werk (identificatiefactor). In concreto komt dit in het geval van gedeeltelijke reproductie van een krantenartikel neer op de constatering of de in de reproductie overgenomen woorden identiek zijn, ook wat de volgorde betreft, aan die van het krantenartikel. In de tweede plaats moet worden bezien of aan de hand van de gedeeltelijke reproductie de inhoud van het werk kan worden herkend, dan wel met zekerheid kan worden vastgesteld dat het gaat om de gedeeltelijke reproductie van een precies te bepalen werk (herkenbaarheidsfactor). In het geval van gedeeltelijke reproductie van krantenartikelen wil dit zeggen dat met zekerheid moet kunnen worden vastgesteld dat het fragment is gereproduceerd uit een bepaald krantenartikel.²⁰ De gedeeltelijke reproductie kan dus

niet strikt kwantitatief²¹ worden gedefinieerd, of op basis van een de-minimis-criterium, dat precies aangeeft welk percentage van het werk moet zijn gereproduceerd om te kunnen spreken van een gedeeltelijke reproductie, of, zoals in casu, hoeveel woorden van een bepaald werk voldoende zijn om te kunnen spreken van een gedeeltelijke reproductie.²² Of het gaat om een gedeeltelijke reproductie moet per geval worden vastgesteld.

59. Op basis van de in punt 58 geformuleerde criteria kan mijns inziens worden vastgesteld dat in het onderhavige geval het opslaan en vervolgens printen van een fragment van een krantenartikel, bestaande uit een zoekterm met de vijf woorden ervoor en de vijf erna, kunnen worden gekwalificeerd als een gedeel-

20 — Als voorbeeld valt ook te denken aan de gedeeltelijke reproductie van een afbeelding. Indien de afbeelding een voorwerp tegen een witte achtergrond weergeeft, zou uit een foto (dat wil zeggen een reproductie) die slechts een deel van de witte achtergrond te zien geeft, niet kunnen worden afgeleid om welke afbeelding het gaat. Als de foto echter een deel van het voorwerp weergeeft, en het duidelijk is dat het gaat om een reproductie van die afbeelding, dan is sprake van een gedeeltelijke reproductie. Ook valt te denken aan een nog extremer voorbeeld: indien in de door Infopaq vervaardigde fragmenten van krantenartikelen maar één woord zou worden weergegeven, bijvoorbeeld het woordje „en”, of alleen de naam van een bepaalde onderneming, dan zou het onmogelijk zijn, vast te stellen uit welk krantenartikel het fragment afkomstig was, en zou er dus geen sprake zijn van een gedeeltelijke reproductie.

21 — Ter vergelijking verwijs ik wat de problematiek van de kwantitatieve bepaling van de lengte van citaten betreft naar het commentaar op artikel 10, lid 1, van de Berner Conventie (van 9 september 1886, gecompleteerd te Parijs op 4 mei 1896, aangepast te Berlijn op 13 november 1908, bekrachtigd te Bern op 20 maart 1914, aangepast te Rome op 2 juni 1928, te Brussel op 26 juni 1948, te Stockholm op 14 juli 1967, te Parijs op 24 juli 1971 en laatstelijk op 28 september 1979), dat citaten toestaat; daarbij rees de vraag van het maximale aantal woorden van een citaat, en werd verklaard dat de kwantitatieve maximering van de lengte van citaten moeilijk uitvoerbaar is. Zie bijvoorbeeld Ricketson, S., Ginsburg, J.C., *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, vol. 1, Oxford University Press, New York 2005, blz. 788, punt 13.42; Ricketson, S., *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College; Kluwer, London 1987, blz. 493, punt 9.23.

22 — Voor literaire of bekende citaten volstaan enkele woorden, wil sprake zijn van reproductie. Zo bestaat het citaat „Et tu, Brute?” uit slechts drie woorden, maar men kan met zekerheid vaststellen dat het gaat om een gedeeltelijke reproductie van William Shakespeares tragedie „Julius Caesar”. Maar nemen wij bijvoorbeeld drie woorden uit het door de verwijzende rechter geciteerde krantenartikel (zie punt 15 van deze conclusie) — „van het telecomconcern” —, dan zal het zeer moeilijk zijn vast te stellen dat het om een reproductie van een bepaald krantenartikel gaat.

telijke reproductie van dat artikel in de zin van artikel 2 van richtlijn 2001/29. Zowel aan het identificatiecriterium als aan het herkenbaarheids criterium is immers voldaan.

60. Allereerst zijn in casu de elf geprinte woorden in het fragment identiek aan de elf woorden van het krantenartikel; ook de volgorde is identiek. Voorts is naar mijn mening de reeks van elf woorden lang genoeg om na vergelijking met de tekst van het krantenartikel te kunnen vaststellen dat de reeks woorden van het fragment afkomstig is uit een bepaald krantenartikel. Ten slotte moet worden benadrukt dat het in het onderhavige geval juist de bedoeling is van het fragment bestaande uit een zoekterm met de vijf woorden ervoor en de vijf erna, het de lezer gemakkelijk te maken om de zoekterm in het artikel terug te vinden.²³

61. Verder moet in het onderhavige geval worden bedacht dat Infopaq voor elk artikel de zoekterm met de vijf woorden ervoor en de vijf erna print, telkens wanneer deze term in het artikel voorkomt. Zoals door DDF terecht is benadrukt²⁴, kan dit dus leiden tot reproductie van het grootste deel van het krantenartikel, hetgeen ongetwijfeld een gedeeltelijke reproductie van dit artikel in de zin van artikel 2 van richtlijn 2001/29 is.

62. Gelet op de aangevoerde argumenten moet naar mijn mening de *eerste prejudiciële*

vraag in die zin worden beantwoord dat het opslaan en vervolgens printen van een tekstfragment uit een krantenartikel, bestaande uit een zoekterm met de vijf woorden ervoor en de vijf erna, moeten worden beschouwd als reproductie in de zin van artikel 2 van richtlijn 2001/29.

D — *Uitlegging van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 (prejudiciële vragen 2 tot en met 12)*

63. De verwijzende rechter stelt over de uitlegging van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 verschillende vragen (2 t/m 12), die ik tezamen zal bespreken. Met deze vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het mogelijk is, van het door Infopaq toegepaste procedé van vervaardiging van fragmenten van krantenartikelen gebruik te maken zonder toestemming van de auteursrechthebbenden, omdat dit valt onder de uitzondering van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, dat tijdelijke reproductiehandelingen onder bepaalde voorwaarden uitzondert van het reproductierecht.

64. In de hierna volgende argumentatie zal ik allereerst ingaan op de inhoud en het doel van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, om vervolgens de in dit artikel gestelde voorwaarden een voor een onder de loep te nemen,

23 — Zie punt 14 van deze conclusie.

24 — Zie punt 25 van deze conclusie.

en bij elke voorwaarde in te gaan op de daarop betrekking hebbende vraag.

1. Inhoud en doel van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29

65. Richtlijn 2001/29 voorziet in artikel 5, lid 1, in een uitzondering op het reproductierecht voor bepaalde tijdelijke reproductiehandelingen. Blijkens artikel 5, lid 1, zijn van het reproductierecht uitgezonderd reproductiehandelingen die voldoen aan de volgende voorwaarden:

- het moet gaan om tijdelijke reproductiehandelingen;
- deze tijdelijke reproductiehandelingen moeten vervolgens nog aan vier voorwaarden voldoen: ten eerste moeten zij van voorbijgaande of incidentele aard zijn, ten tweede integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé, ten derde moet hun enige doel zijn de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of het mogelijk maken van een rechtmatig gebruik van een werk of ander materiaal, en ten vierde mogen zij geen zelfstandige economische waarde bezitten.

66. De uitzondering van artikel 5, lid 1, is in richtlijn 2001/29 opgenomen om van de ruime definitie van het reproductierecht bepaalde tijdelijke reproductiehandelingen te kunnen uitzonderen die integraal onderdeel vormen van een technisch procedé, en die als enig doel hebben een andere vorm van gebruik van een bepaald werk mogelijk te maken.²⁵ In punt 33 van de considerans van richtlijn 2001/29 worden als voorbeeld van tijdelijke reproductiehandelingen die van het reproductierecht moeten worden uitgezonderd uitdrukkelijk genoemd handelingen die „elektronisch bladeren (browsing) en caching mogelijk maken, onder andere met het oog op het doelmatig functioneren van doorgiftesystemen”.²⁶ Deze handelingen zijn volgens dit punt van de considerans toegestaan „op voorwaarde dat de tussenpersoon de informatie niet modificeert en niet intervenueert bij het alom erkende en in de bedrijfstak gangbare rechtmatig gebruik van technologie voor het verkrijgen van gegevens over het gebruik van de informatie”. Indien deze handelingen niet van de ruime definitie van het reproductierecht uitgezonderd waren, zou voor nieuwe technologie de verplichting hebben bestaan om voor elke reproductie, hoe vluchtig en technisch noodzakelijk ook, toestemming van de auteursrechthebbende te verkrijgen.²⁷ In de praktijk zou dit bijvoorbeeld hebben betekend dat toestemming van de auteursrechthebbende moest worden verkregen voor

25 — Motivering van het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij [COM(97) 628 def., blz. 29, punt 3].

26 — Ik merk dienaangaande tevens op dat voorbeelden van reproductiehandelingen die op grond van artikel 5, lid 1, moeten worden uitgezonderd, ook worden genoemd in het verslag van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité over de toepassing van richtlijn 2001/29/EG betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij [SEC(2007) 1556, blz. 3], en wel: reproducties op internet routers en reproducties die worden gecreëerd tijdens webbrowsing, zowel in het RAM-geheugen (*Random Access Memory*) als in het cachegeheugen.

27 — Zie in die zin bijvoorbeeld Lehmann, M., op. cit. (voetnoot 13), blz. 523 en 524.

elke opslag in het cachegeheugen²⁸, dat een normaal gebruik van informatietechnologie en van internet mogelijk maakt door het automatisch creëren van tijdelijke kopieën van digitale gegevens.²⁹ Op grond van deze overwegingen ben ik van mening dat de uitzondering van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 niet alleen bedoeld is voor tijdelijke reproductiehandelingen op internet, maar voor alle handelingen die voldoen aan de algemene voorwaarden in dit artikel.³⁰

bijvoorbeeld mogelijk, internetpagina's te lezen en van de inhoud daarvan kennis te nemen. De tijdelijke opslag in het RAM-geheugen³¹ van de computer maakt het de gebruiker mogelijk, een kopie te maken van een audio- of video-opname. Bij de toets van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 moet steeds onderscheid worden gemaakt tussen tijdelijke reproductiehandelingen en de uiteindelijke vorm waarin een bepaald werk wordt gebruikt, welke door deze tijdelijke reproductiehandelingen mogelijk is gemaakt. Dit onderscheid is met name belangrijk bij de toets van de derde voorwaarde van artikel 5, lid 1, die inhoudt dat tijdelijke reproductiehandelingen een rechtmatig gebruik van het werk mogelijk moeten maken.³²

67. Ik wijs er tevens op dat in het kader van de toets van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 duidelijk moet worden onderscheiden tussen tijdelijke reproductiehandelingen, waarvoor moet worden bezien of zij aan de voorwaarden in dit artikel voldoen, en de vormen van gebruik van een bepaald werk die *mogelijk worden gemaakt* door die handelingen. Zo maakt caching het de internetgebruiker

2. Voorwaarde voor de toepassing van artikel 5, lid 1: tijdelijke reproductiehandelingen

68. Uit de tekst van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 blijkt duidelijk dat alleen tijdelijke reproductiehandelingen onder de uitzonderingen van deze bepaling kunnen vallen. Dat een bepaalde handeling een tijdelijke reproductie vormt, is voorwaarde voor de toepassing van deze uitzondering, voorafgaand aan de toets of deze tijdelijke reproductiehandeling ook aan de andere voorwaarden van deze bepaling voldoet. Alvorens dus na te gaan of het door Infopaq toegepaste procedé

28 — Hugenholtz, P.B., Caching and Copyright: „The Right of Temporary Copying”, *European Intellectual Property Review*, nr. 10/2000, blz. 482, definieert caching als het „automatisch creëren van tijdelijke kopieën van digitale informatie [...] om bij later gebruik onmiddellijk over deze gegevens te kunnen beschikken”.

29 — Kritharas, T., op. cit. (voetnoot 18), blz. 34, betoogt dat richtlijn 2001/29 in artikel 5, lid 1, caching uitsluit van het reproductierecht. Zie ook Hugenholtz, P. B., op. cit. (voetnoot 28), blz. 482 e.v., die verschillende wijzen van caching bespreekt in verband met de bescherming van het auteursrecht.

30 — Dit wordt tevens bevestigd door het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij [COM (97) 628 def., blz. 29, punt 3], waaruit blijkt dat de in artikel 5, lid 1, gemaakte uitzondering zowel betrekking heeft op de internetomgeving als op reproductiehandelingen die buiten deze omgeving vallen. Zo bijvoorbeeld ook Plaza Penadés, J., „Propiedad intelectual y sociedad de la información (la Directiva comunitaria 2001/29/CE)”, in de Paula Blasco Gascó, F. (red.), *Contratación y nuevas tecnologías*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005, blz. 147.

31 — Het RAM-geheugen (Random Access Memory) functioneert zo dat het tijdelijk gegevens opslaat die het functioneren van de computer mogelijk maken; wanneer de gebruiker de computer uitzet, worden deze in het RAM-geheugen opgeslagen gegevens automatisch gewist. Zie aldus Kritharas, T., op. cit. (voetnoot 18), blz. 22; Westkamp, G., „Transient Copying and Public Communications: The Creeping Evolution of Use and Access Rights in European Copyright Law”, *George Washington International Law Review*, nr. 5/2004, blz. 1057, opm. 2.

32 — Zie punt 101 en volgende van deze conclusie.

van vervaardiging van fragmenten van krantenartikelen voldoet aan alle voorwaarden van die bepaling, moet worden vastgesteld welke van de reproductiehandelingen waaruit dat procedé bestaat, kunnen worden gedefinieerd als tijdelijke reproductiehandelingen.

69. In het door Infopaq toegepaste procedé van vervaardiging van fragmenten van krantenartikelen kunnen verschillende reproductiehandelingen worden geïdentificeerd. Allereerst worden de krantenartikelen gescand, hetgeen een grafisch bestand oplevert, dat vervolgens wordt omgezet in een tekstbestand; blijkens de stukken wordt het grafisch bestand gewist na de omzetting in een tekstbestand, dat weer wordt gewist wanneer het fragment van het krantenartikel klaar is. Vervolgens worden de zoektermen van het aldus bewerkte krantenartikel opgeslagen en geprint, met de vijf woorden ervoor en de vijf erna.

70. Het scannen en de omzetting van het grafisch bestand in een tekstbestand zijn dus slechts voorbereidende handelingen ten opzichte van het opslaan en printen van het uit elf woorden bestaande fragment van het krantenartikel. Beide bestanden worden gewist, het eerste tijdens het procedé van vervaardiging van de fragmenten en het tweede onmiddellijk na dat procedé. Mijs inziens kunnen het scannen en de omzetting van het grafisch bestand in een tekstbestand dan ook worden gedefinieerd als tijdelijke reproductiehandelingen.

71. Wat de vraag betreft of het opslaan van een fragment van een krantenartikel te beschouwen is als tijdelijke reproductiehandeling, bevat de verwijzingsbeslissing mijns inziens onvoldoende gegevens om dit te beoordelen. De verwijzende rechter verklaart in zijn beslissing slechts dat met de zoekterm ook de vijf woorden ervoor en de vijf erna worden opgeslagen³³, maar vermeldt niet hoe lang deze woorden in het geheugen van de computer geregistreerd blijven. Dit feitelijk aspect zal dus door de verwijzende rechter moeten worden opgelost.

72. Hoe het opslaan van een uit elf woorden bestaand fragment ook wordt gezien, het printen van dit fragment kan mijns inziens niet worden gedefinieerd als een tijdelijke reproductiehandeling. Printen op papier moet immers worden beschouwd als duurzame reproductie.³⁴ Een duurzame reproductie houdt uiteraard geen onbeperkte duur in, daar ook een dergelijke reproductie kan worden vernietigd, maar het is de gebruiker zelf die het ogenblik van vernietiging kiest. Wat het printen van het fragment betreft, wijs ik er tevens op dat dit niet behoort tot de handelingen die enkel de exploitatie van het werk van de auteur in verschillende vormen mogelijk maken, die artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 wil uitzonderen van het reproductierecht. Het printen van het fragment van het krantenartikel vormt de laatste

33 — Deze informatie wordt door de verwijzende rechter gegeven in punt 2 van de verwijzingsbeslissing, waarin het procedé van vervaardiging van de fragmenten uit krantenartikelen wordt beschreven.

34 — Zie het rapport „Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society”, Institute for Information Law, Universiteit van Amsterdam, Nederland, 2007, te vinden op http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study_en.pdf, blz. 23, waarin permanente reproductie wordt gedefinieerd als „tastbare permanente kopie” („tangible permanent copy”), en tijdelijke reproductie als „niet-zichtbare tijdelijke kopie” („non-visible temporary copy”).

reproductie in het door Infopaq toegepaste procedé van vervaardiging van fragmenten van krantenartikelen, zodat in het onderhavige geval vooral relevant zal zijn om vast te stellen of deze reproductie een rechtmatig gebruik van het werk vormt³⁵, dat mogelijk is gemaakt door de in dit procedé gebruikte tijdelijke reproductiehandelingen.

tot de uitlegging van die voorwaarde, zonder in te gaan op de vraag of die handelingen van incidentele aard zijn. De uitlegging van de voorwaarde betreffende de voorbijgaande aard is het onderwerp van de tweede tot en met vijfde prejudiciële vraag.

73. Hierna zal ik in mijn verzoeg ingaan op de vraag of het scannen van de artikelen, de omzetting van het grafisch bestand in een tekstbestand en het opslaan van het fragment van elf woorden, die tezamen het printen van dit fragment mogelijk maken, voldoen aan de in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 gestelde voorwaarden.

3. De vier voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29

a) Eerste voorwaarde: handelingen van voorbijgaande aard (vragen 2 tot en met 5)

74. De eerste voorwaarde waaraan een tijdelijke reproductiehandeling in het kader van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 moet voldoen, is dat zij van voorbijgaande of incidentele aard is. Aangezien de verwijzende rechter in zijn vragen alleen wenst te vernemen of de in geding zijnde tijdelijke reproductiehandelingen handelingen van voorbijgaande aard zijn, zal ik mij beperken

75. De nationale rechter heeft de tweede vraag aldus geformuleerd dat hij wenst te vernemen of de omstandigheden waarin de tijdelijke reproductiehandelingen worden verricht, van belang zijn om deze te beschouwen als van voorbijgaande aard in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29. Hij geeft in de verwijzingsbeslissing echter niet aan, welke omstandigheden hij met deze vraag bedoelt. Niet duidelijk is of de verwijzende rechter denkt aan de wijze van reproductie (door middel van scanning, OCR en opslaan), aan de levensduur van de reproductie, of aan nog andere omstandigheden. Daar ik niet precies weet op welke omstandigheden de verwijzende rechter doelt en dus niet eenvoudig bevestigend of ontkennend kan antwoorden, moet de vraag om deze zinvol te kunnen beantwoorden naar mijn mening opnieuw worden geformuleerd.

76. De tweede vraag moet derhalve aldus worden geformuleerd dat de verwijzende rechter wenst te vernemen welke omstandigheden van belang zijn om bepaalde tijdelijke reproductiehandelingen te kunnen beschouwen als van voorbijgaande aard in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29.

35 — Zie punten 101 en volgende van deze conclusie.

77. Met de derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een tijdelijke reproductiehandeling als kan worden beschouwd van voorbijgaande aard in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, wanneer deze reproductie tot stand komt door middel van het aanmaken van een tekstbestand op basis van een grafisch bestand of door middel van het zoeken naar passages op basis van een tekstbestand. Ook de derde vraag moet gedeeltelijk opnieuw worden geformuleerd, daar de verwijzende rechter hiermee tevens vraagt of de reproductiehandeling van voorbijgaande aard is, wanneer de reproductie tot stand komt „door naar passages te zoeken op basis van een tekstbestand”. Aangezien het enkele *zoeken* naar een passage geen reproductie is, moet de derde vraag aldus worden begrepen dat de verwijzende rechter wenst te vernemen of een tijdelijke reproductiehandeling kan worden beschouwd als van voorbijgaande aard wanneer de reproductie bijvoorbeeld tot stand komt door middel van het aanmaken van een tekstbestand op basis van een grafisch bestand.

79. Met de vijfde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een tijdelijke reproductiehandeling³⁶ kan worden beschouwd als van voorbijgaande aard in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, wanneer een deel van de reproductie, bestaande uit een of meer tekstfragmenten van elf woorden, wordt geprint.

80. Om deze prejudiciële vragen te kunnen beantwoorden moet allereerst worden vastgesteld wanneer een tijdelijke reproductiehandeling van voorbijgaande aard is.

81. Naar mijn mening is een tijdelijke reproductiehandeling van voorbijgaande aard, wanneer de reproductie slechts een zeer korte levensduur heeft.³⁷ Uiteraard rijst direct de vraag wat het verschil is tussen een

78. Met de vierde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een reproductiehandeling kan worden beschouwd als van voorbijgaande aard in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, wanneer een deel van de reproductie, bestaande uit een of meer tekstfragmenten van elf woorden, wordt opgeslagen.

36 — De verwijzende rechter gebruikt het begrip „tijdelijke reproductiehandeling”; aangezien het echter zoals in punt 71 van deze conclusie is uiteengezet niet duidelijk is of het opslaan van het uit elf woorden bestaande fragment een tijdelijke reproductiehandeling is, gebruik ik bij het de bespreking van de prejudiciële vraag alleen het begrip „reproductiehandeling”.

37 — Zo ook het rapport „Study on the implementation and effect in Member States’ laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society”, op. cit. (voetnoot 34), blz. 32, waarin wordt benadrukt dat het begrip „van voorbijgaande aard” in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 verwijst naar een „zeer korte levensduur”.

reproductie van voorbijgaande aard en een tijdelijke reproductie. Mijns inziens bestaat het verschil hierin dat de reproductiehandeling van voorbijgaande aard een zeer korte levensduur heeft, terwijl de tijdelijke reproductiehandeling ook langer kan duren.³⁸ Reproductiehandelingen van voorbijgaande aard zijn dan ook tijdelijke reproductiehandelingen die gedurende zeer korte tijd bestaan, vluchtig zijn en meteen na hun ontstaan weer verdwijnen.³⁹ Weliswaar hebben ook tijdelijke reproductiehandelingen een beperkte tijdsduur, maar deze kan langer zijn dan die van reproductiehandelingen van voorbijgaande aard.⁴⁰ Het is uiteraard zeer moeilijk, zo niet onmogelijk, om vooraf precies te bepalen hoe lang een reproductie moet bestaan om te kunnen worden beschouwd als van voorbijgaande aard; dit moet dan ook per geval worden afgewogen in het licht van alle omstandigheden.

38 — Dit volgt ook uit de gebruikelijke betekenis van de begrippen „tijdelijk” en „van voorbijgaande aard” in de verschillende talen. In het Engels heeft het woord „temporary” („tijdelijk”) de betekenis van „slechts gedurende beperkte tijd”, terwijl het woord „transient” („voorbijgaand”) de betekenis heeft van „slechts gedurende korte tijd”; zie *Oxford Dictionary of English*, 2e dr., Oxford University Press, Oxford 2005. Evenzo is in het Duits het woord „vorübergehend” („tijdelijk”) omschreven als: „hetgeen slechts een bepaalde tijd duurt; van korte duur”, terwijl „flüchtig” („voorbijgaand”) is gedefinieerd (in punt 3 van het lemma „flüchtig”) als „hetgeen snel voorbijgaat, niet lang blijft”; zie *Duden — Deutsches Universalwörterbuch*, 6e dr., Mannheim 2006. In het Frans heeft het woord „provisoire” („tijdelijk”) de betekenis van „dat wat slechts beperkte tijd bestaat, in afwachting van iets definitiefs”, terwijl het woord „transitoire” („voorbijgaand”) de betekenis heeft van „niet blijvend”; zie *Nouveau Larousse Encyclopédique*, deel 2, Larousse, Parijs 2003. In het Italiaans heeft het woord „temporaneo” („tijdelijk”) de betekenis van „dat wat een beperkte tijd duurt, niet definitief is”, terwijl „transitorio” („voorbijgaand”) de betekenis heeft van „dat wat kort duurt”; zie *Dizionario Italiano Sabatini Coletti*, Giunti, Florence 1997. Dit zijn echter betekenisnuances, waarvan aan de hand van de context moet worden beslist wat de werkelijke betekenis van de verschillende begrippen is.

39 — Zie het rapport „Study on the implementation and effect in Member States’ laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society”, op. cit. (voetnoot 34), blz. 32.

40 — Ibidem.

82. Bijgevolg moet *de tweede prejudiciële vraag* mijns inziens aldus worden beantwoord dat voor de vraag of bepaalde tijdelijke reproductiehandelingen kunnen worden beschouwd als van voorbijgaande aard in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 doorslaggevend is dat de reproductie een zeer korte levensduur heeft, hetgeen echter moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het specifieke geval.

83. In het hoofdgeding worden de door het scannen van krantenartikelen gecreëerde grafische bestanden, evenals de door de conversie van die grafische bestanden gecreëerde tekstbestanden, na het aanmaken van het fragment van het krantenartikel gewist. Infopaq verklaart in haar schriftelijke opmerkingen dat de levensduur van deze bestanden maximaal 30 seconden is. In casu mag men stellen, gelet op het feit dat de vereiste levensduur van deze bestanden uitzonderlijk kort is en dat beide bestanden worden gewist, dat dit reproductiehandelingen van voorbijgaande aard zijn.

84. Hieruit volgt naar mijn mening dat *de derde prejudiciële vraag* aldus moet worden beantwoord dat, wanneer een tijdelijke reproductiehandeling wordt verricht door het aanmaken van een tekstbestand op basis van een grafisch bestand, en wanneer zowel het tekstbestand als het grafische bestand wordt gewist, deze reproductiehandeling in omstandigheden als die van het hoofdgeding moet worden beschouwd als van voorbijgaande aard in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29.

85. Wat het opslaan van het fragment van het krantenartikel betreft, heb ik in punt 71 van deze conclusie reeds opgemerkt, dat de verwijzende rechter in de verwijzingsbeslissing niet duidelijk maakt hoe lang het fragment van elf woorden wordt opgeslagen.

86. Ik ben dan ook van mening dat op *de vierde prejudiciële vraag* moet worden geantwoord dat het aan de verwijzende rechter is om op basis van de in het antwoord op de tweede vraag geformuleerde criteria, vast te stellen of de reproductiehandeling kan worden beschouwd als van voorbijgaande aard in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, wanneer een deel van de reproductie, bestaande uit een of meer tekstfragmenten van elf woorden, wordt opgeslagen.

87. Wat het printen van een fragment van een krantenartikel betreft, heb ik in punt 72 van deze conclusie reeds uiteengezet dat dit geen tijdelijke reproductiehandeling is, zodat het a priori geen reproductiehandeling van voorbijgaande aard kan zijn.

88. Hieruit volgt dat *de vijfde prejudiciële vraag* naar mijn mening aldus moet worden beantwoord dat een reproductiehandeling niet als van voorbijgaande aard in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 kan

worden beschouwd, wanneer in omstandigheden als die van het hoofdgeding een deel van de reproductie, bestaande uit een of meer fragmenten van elf woorden, wordt geprint.

b) Tweede voorwaarde: integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé (vragen 6 t/m 8)

89. De tweede voorwaarde waaraan een tijdelijke reproductiehandeling overeenkomstig artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 moet voldoen, is dat zij integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé. Om uitlegging van deze voorwaarde wordt verzocht in verband met het scannen en de omzetting van grafische bestanden in tekstbestanden (vraag 6 en 7), alsmede met het printen van fragmenten van krantenartikelen (vraag 8). De verwijzende rechter vraagt niet met zoveel woorden of ook het opslaan van een fragment van een krantenartikel integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé.

90. Met de zesde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de fase van het technisch procedé waarin tijdelijke reproductiehandelingen worden verricht, relevant is voor de vraag of deze handelingen „integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé” in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29.

91. Met de zevende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het mogelijk is dat tijdelijke reproductiehandelingen „integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé” in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, wanneer zij bestaan uit het handmatig scannen van gehele krantenartikelen, waardoor deze artikelen worden omgezet van papieren in digitale documenten.

92. Met de achtste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het mogelijk is dat tijdelijke reproductiehandelingen „een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé”, wanneer zij bestaan uit het printen van een deel van de reproductie, bestaand uit een of meer fragmenten van elf woorden.

93. Voor de beantwoording van de zesde en de zevende vraag moet allereerst worden gezien, wanneer een bepaalde reproductiehandeling integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé.⁴¹ Vooral moet worden vastgesteld hoe restrictief de uitlegging moet zijn van de voorwaarde dat een tijdelijke reproductiehandeling integraal en essentieel onderdeel is van een technisch procedé. Blijkens de literatuur is het belang-

rijkste dilemma bij de interpretatie van deze voorwaarde in wezen of de reproductiehandeling alleen dan integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé vormt, wanneer zij een *noodzakelijk onderdeel* van dit procedé is en dit procedé zonder dit onderdeel niet functioneert, dan wel of onder deze definitie ook andere handelingen kunnen vallen, die geen noodzakelijk onderdeel van dat procedé vormen.⁴²

94. Naar mijn mening, en dit is ook de heersende opvatting in de literatuur⁴³, behoeft de reproductiehandeling geen noodzakelijk onderdeel te zijn van een bepaald technisch procedé, wil het daarvan integraal en essentieel onderdeel vormen. Dit volgt reeds uit de motivering van het voorstel voor richtlijn 2001/29, waarin de Commissie verklaart dat artikel 5, lid 1, bedoeld is om tijdelijke reproductiehandelingen uit te sluiten die „technisch noodzakelijk zijn”.⁴⁴ Hieruit kan tevens worden afgeleid dat niet relevant is in welke fase van het technisch procedé de tijdelijke reproductiehandeling plaatsvindt.

41 — De literatuur laat zien dat verre van duidelijk is wat deze voorwaarde inhoudt. Zie bijvoorbeeld Hart, M., „The Copyright in the Information Society Directive: An Overview”, *European Intellectual Property Review*, nr. 2/2002, blz. 59. Verg. Mayer, H.-P., „Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, nr. 11/2002, blz. 327, die deze voorwaarde „problematisch” noemt.

42 — Op dit dilemma bij de interpretatie van de voorwaarde dat de tijdelijke reproductiehandeling integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé wordt bijvoorbeeld ingegaan in het rapport „Study on the implementation and effect in Member States’ laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society”, op. cit. (voetnoot 34), blz. 33. Zie ook Spindler, G., *Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, nr. 2/2002, blz. 111.

43 — Aldus Spindler, G., op. cit. (voetnoot 42), blz. 111; rapport „Study on the implementation and effect in Member States’ laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society”, op. cit. (voetnoot 34), blz. 33.

44 — In de motivering van het voorstel wordt gesproken van „certain acts of reproduction which are dictated by technology”; motivering van het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij [COM(97) 628 def., blz. 29].

95. Derhalve moet *de zesde prejudiciële vraag* mijns inziens aldus worden beantwoord dat voor de vaststelling of tijdelijke reproductiehandelingen integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, niet van belang is in welke fase van het technisch procedé deze handelingen plaatsvinden.

96. Voor de beantwoording van de zevende vraag moet worden vastgesteld wat in het kader van een procedé van vervaardiging van fragmenten van krantenartikelen een technisch procedé is. Omvat dit uitsluitend het scannen en de omzetting van een grafisch bestand in een tekstbestand, of het gehele proces van vervaardiging van fragmenten van krantenartikelen?

97. Naar mijn mening omvat het technisch procedé in casu het gehele proces van vervaardiging van fragmenten van krantenartikelen. Dit procedé bestaat dus uit het scannen en omzetten van grafische bestanden in tekstbestanden, alsook het opslaan en printen van de zoekterm met de vijf woorden ervoor en de vijf erna. Alle genoemde onderdelen maken dus deel uit van hetzelfde technisch procedé. Aldus bezien vormen het scannen van de artikelen en het omzetten van grafische bestanden in tekstbestanden in elk geval integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé.

98. Ik ben dan ook van mening dat *de zevende prejudiciële vraag* aldus moet worden beantwoord dat, wanneer reproductiehandelingen het handmatig scannen van gehele krantenartikelen omvatten, waardoor deze artikelen worden omgezet van gedrukte in digitale informatie, in omstandigheden als die van het hoofdgeding integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29.

99. Voor de beantwoording van de achtste vraag moet duidelijk worden of het printen van een reproductie bestaande uit een of meer tekstfragmenten van elf woorden, integraal en essentieel onderdeel kan vormen van een technisch procedé in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29. Zoals ik in punt 97 van deze conclusie reeds heb uiteengezet, moet ook het printen van een fragment uit een krantenartikel in beginsel worden gezien als integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé. Daarbij moet echter worden bedacht dat printen geen tijdelijke reproductiehandeling is, zodat dit niet voldoet aan het vereiste voor toepassing van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29.

100. Ik meen dan ook dat *de achtste prejudiciële vraag* aldus moet worden beantwoord dat in omstandigheden als die van het hoofdgeding het printen van een fragment geen tijdelijke reproductiehandeling is, zodat dit niet onder artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29

kan vallen en dus niet relevant is voor de vaststelling of deze reproductiehandelingen kunnen worden beschouwd als integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé.

rechtmatig gebruik van het werk in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 alle vormen van gebruik van het werk omvat waarvoor toestemming van de auteursrecht-hebbende niet noodzakelijk is.

c) Derde voorwaarde: handelingen die worden verricht met als enig doel een rechtmatig gebruik mogelijk te maken (vragen 9 en 10)

103. Voor de beantwoording van de negende prejudiciële vraag moet worden verduidelijkt wat de voorwaarde inzake het rechtmatig gebruik van het werk in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 betekent.

101. De derde voorwaarde van artikel 5, lid 1, is dat de tijdelijke reproductiehandeling als enig doel heeft, de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon, of een rechtmatig gebruik mogelijk te maken. Aangezien in casu duidelijk is dat er geen sprake is van doorgifte in een netwerk en de prejudiciële vragen alleen betrekking hebben op dat deel van de derde voorwaarde dat het rechtmatig gebruik van een werk betreft, zal ik mijn bespreking beperken tot dit aspect. De prejudiciële vragen 9 en 10 hebben betrekking op de uitlegging van de voorwaarde inzake het rechtmatig gebruik.

104. Blijkens punt 33 van de considerans van richtlijn 2001/29 moet het gebruik van een werk als geoorloofd worden beschouwd⁴⁵ „indien het door de rechthebbende is toegestaan” of „niet bij wet is beperkt”. Op basis van dit punt van de considerans kan worden geconcludeerd dat het gebruik van een werk rechtmatig is in drie gevallen. *Ten eerste* is het gebruik rechtmatig wanneer het gaat om een vorm van gebruik waarvoor geen toestemming van de auteursrecht-hebbende vereist is, bijvoorbeeld het lezen van krantenartikelen. Gaat het echter om gebruik van een werk in de vorm van een reproductie, zoals in het onderhavige geval, of om een andere vorm van gebruik waarvoor in principe de toestemming van de auteursrecht-hebbende vereist is⁴⁶, dan is het gebruik rechtmatig *ten tweede* indien de auteursrecht-hebbende uitdrukkelijk

i) Algemene opmerkingen betreffende de voorwaarde inzake het rechtmatig gebruik van het werk (vraag 9)

102. Met de negende prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het

45 — Voetnoot uitsluitend van belang voor de Sloveense tekst van de conclusie.

46 — Mededeling of beschikbaarstelling aan het publiek, of distributie van werken.

in dit gebruik heeft toegestemd, of *ten derde* indien het geoorloofd is uit hoofde van een van de beperkingen en restricties van artikel 5, leden 2 en 3⁴⁷, van richtlijn 2001/29, wanneer de betrokken lidstaat deze beperking of restrictie in zijn rechtsorde heeft opgenomen en het gebruik in overeenstemming is met artikel 5, lid 5, van de richtlijn.

105. Mijns inziens dient *de negende prejudiciële vraag* derhalve aldus te worden beantwoord dat het rechtmatig gebruik van een werk in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 alle vormen van gebruik van een werk omvat waarvoor de toestemming van de auteursrechthebbende niet noodzakelijk is, of waarvoor de auteursrechthebbende uitdrukkelijk toestemming heeft verleend; in geval van gebruik van een werk in de vorm van een reproductie is de toestemming van de auteursrechthebbende niet noodzakelijk, indien reproductie geoorloofd is op grond van een van de beperkingen van artikel 5, leden 2 en 3, van richtlijn 2001/29, indien de betrokken lidstaat deze beperking of restrictie in zijn nationale recht heeft opgenomen, en indien de reproductie in overeenstemming is met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29.

47 — Ten aanzien van het feit dat de voorwaarde van het rechtmatig gebruik doelt op gebruik dat rechtmatig is uit hoofde van artikel 5, leden 2 en 3, van richtlijn 2001/29, zie bijvoorbeeld Waelde, C. en MacQueen, H., „The Scope of Copyright”, *Electronic Journal of Comparative Law*, nr. 3/2006, blz. 63; zie ook het rapport „Study on the implementation and effect in Member States’ laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society”, op. cit. (voetnoot 34), blz. 34, waarin wordt benadrukt dat de voorwaarde van het rechtmatig gebruik in artikel 5, lid 1, refereert aan rechtsregels buiten deze bepaling.

ii) Rechtmatig gebruik in het onderhavige geval (vraag 10)

106. Met de tiende prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of rechtmatig gebruik van een werk in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 het scannen van gehele krantenartikelen door een onderneming omvat, alsmede het vervolgens vervaardigen van de reproductie en het opslaan en eventueel printen van een uit een of meer tekstfragmenten van elf woorden bestaand deel van de reproductie, ten behoeve van het vervaardigen van samenvattingen door deze onderneming, ook indien de auteursrechthebbende daarvoor geen toestemming heeft verleend. Ik meen dat de tiende vraag opnieuw dient te worden geformuleerd⁴⁸ en zal de redenen daarvoor hierna uiteenzetten.

— Herformulering van vraag 10

107. De tiende vraag is aldus geformuleerd dat de voorwaarde van rechtmatig gebruik betrekking heeft op alle reproductiehandelingen die in het kader van het door Infopaq toegepaste procedé van vervaardiging van fragmenten van krantenartikelen worden verricht. Aldus geformuleerd gaat de vraag uit van een onjuist begrip van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29. De voorwaarde van rechtmatig gebruik van het werk kan immers

48 — Zie punt 111 van deze conclusie.

niet in die zin worden begrepen dat tijdelijke reproductiehandelingen op zich een rechtmatig gebruik van het werk moeten vormen, maar moet aldus worden opgevat dat de tijdelijke reproductiehandelingen een ander gebruik — dat zelf rechtmatig moet zijn — van het werk *mogelijk moeten maken*. Om een voorbeeld te noemen: wanneer in een onderwijsinstelling ter illustratie van een les een kopie — een reproductie dus — wordt gemaakt van een bepaald werk, bijvoorbeeld een video-opname van een educatief programma, en tijdens deze reproductiehandeling een kopie van deze video-opname tijdelijk wordt opgeslagen in het RAM-geheugen van een computer, zal deze tijdelijke kopie in het RAM-geheugen, de reproductie ter illustratie tijdens de les *mogelijk maken*, hetgeen rechtmatig is ingevolge artikel 5, lid 3, van richtlijn 2001/29.⁴⁹ De tijdelijke kopie in het RAM-geheugen is echter op zich alleen rechtmatig wanneer zij ook voldoet aan alle andere voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, dus als zij van voorbijgaande of incidentele aard is, integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé, en geen zelfstandige economische waarde bezit. Zou de in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 gestelde voorwaarde van rechtmatig gebruik in die zin worden uitgelegd dat dit betekent dat de tijdelijke reproductiehandeling rechtmatig gebruik moet zijn, dan zou voor de rechtmatigheid van deze tijdelijke reproductiehandeling niet meer aan de andere voorwaarden van deze bepaling behoeven te worden voldaan, waardoor de bepaling zinloos zou zijn.

49 — In het rapport „Study on the implementation and effect in Member States’ laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society”, op. cit. (voetnoot 34), blz. 34, wordt het volgende voorbeeld gegeven: de reproductie van een werk in het RAM-geheugen, die tegelijk met de kopie voor privégebruik conform artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29 (eventueel omgezet in nationaal recht) wordt aangemaakt, kan van het reproductierecht ingevolge artikel 5, lid 1, sub b, van de richtlijn worden uitgezonderd, daar het gebruik dat door deze kopie mogelijk wordt gemaakt (het maken van een kopie voor privégebruik) rechtmatig is.

108. Bij de toetsing op basis van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 moet dus allereerst duidelijk worden onderscheiden tussen tijdelijke reproductiehandelingen, die aan alle voorwaarden in deze bepaling moeten voldoen, en definitieve reproductiehandelingen of andere vormen van gebruik van het werk die door deze tijdelijke reproductiehandelingen mogelijk worden gemaakt, en die een rechtmatig gebruik van dit werk moeten vormen. In het hoofdgeding bestaat het *gebruik* van het werk, dat wil zeggen van de krantenartikelen, uit het printen van uit elf woorden bestaande fragmenten van die artikelen.

109. In de verwijzingsbeslissing wordt niet met zoveel woorden aangegeven of deze fragmenten van krantenartikelen intern worden gebruikt als basis voor de opstelling van samenvattingen van deze artikelen of slechts als hulpmiddel voor de keuze van de artikelen waarvan samenvattingen zullen worden gemaakt. Ook staat in de verwijzingsbeslissing niet hoe de samenvattingen worden vervaardigd en of daarin de uit elf woorden bestaande fragmenten wellicht letterlijk worden weergegeven. Gezien de niet zeer duidelijke beschrijving van de feiten is het niet uitgesloten dat de abonnees van Infopaq rechtstreeks fragmenten van elf woorden toegezonden krijgen die het hun mogelijk maken, uit de context op te maken welk krantenartikel voor hen interessant is. In elk geval worden de fragmenten van elf woorden op deze of op andere wijze gebruikt in het kader van de commerciële activiteit van Infopaq, het opstellen van samenvattingen van krantenartikelen.

110. Wat hier ook van zij, in het onderhavige geval kan naar mijn mening niet worden

gesteld dat de opstelling van samenvattingen (die Infopaq wellicht aan haar abonnees stuurt) een gebruik van het werk vormt, en dat aan de voorwaarde van rechtmatig gebruik in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 is voldaan, wanneer deze opstelling van samenvattingen rechtmatig is naar Deens recht. Het onderhavige geval kan niet aldus worden begrepen dat het door Infopaq toegepaste procedé van vervaardiging van fragmenten van krantenartikelen de opstelling van samenvattingen mogelijk maakt. Wel zal dit procedé de opstelling van samenvattingen aanzienlijk vergemakkelijken, maar men kan niet zeggen dat het dit *mogelijk maakt*. Infopaq zou ook samenvattingen van krantenartikelen kunnen maken geheel zonder uit te gaan van vooraf vervaardigde fragmenten van elf woorden. Voorts is de opstelling van samenvattingen niet het noodzakelijk vervolg op het procedé van voorbereiding van fragmenten van elf woorden, zodat de opstelling van samenvattingen niet kan worden begrepen als de eindfase van het procedé van vervaardiging van de fragmenten welke door deze opstelling mogelijk is gemaakt.

111. De tiende prejudiciële vraag dient derhalve aldus te worden opgevat dat de verwijzende rechter daarmee in wezen wenst te vernemen of het scannen van gehele krantenartikelen, het vervolgens bewerken van de reproductie en het opslaan van het werk, dat een of meer tekstfragmenten van elf woorden omvat, het rechtmatig gebruik van het werk in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 mogelijk maken, wanneer de fragmenten worden geprint en worden gebruikt voor de activiteit van de onderneming, te weten de opstelling van samenvattingen van krantenartikelen, ook indien de rechthebbende daarvoor geen toestemming heeft verleend.

— Analyse en beantwoording van vraag 10

112. Voor de bespreking van deze prejudiciële vraag kan allereerst in het algemeen worden opgemerkt dat het gebruik van krantenartikelen in de vorm van gedeeltelijke reproductie, dat wil zeggen van uit elf woorden bestaande fragmenten, rechtmatig zal zijn in twee gevallen: de auteursrecht-hebbende geeft uitdrukkelijk toestemming voor deze gedeeltelijke reproductie, of deze gedeeltelijke reproductie kan worden gerechtvaardigd op basis van een van de beperkingen en restricties van het reproductierecht die zijn neergelegd in artikel 5, leden 2 en 3, van richtlijn 2001/29, indien Denemarken deze in zijn nationale recht heeft opgenomen en de reproductie conform artikel 5, lid 5, van deze richtlijn is.

113. In het hoofdgeding blijkt uit de beschrijving van de feiten duidelijk dat de auteursrecht-hebbenden geen toestemming hebben gegeven voor het vervaardigen van de krantenartikelenfragmenten en dat deze vervaardiging niet op die basis rechtmatig kan zijn. Ik zal daarom hierna nagaan of het gebruik van de krantenartikelen in de vorm van een reproductie van fragmenten daarvan, in casu rechtmatig kan zijn uit hoofde van een van de beperkingen en restricties van artikel 5, leden 2 en 3, van richtlijn 2001/29. Of de reproductiehandeling in overeenstemming is met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 zal ik onderzoeken in het kader van de bespreking van de dertiende prejudiciële vraag, die de uitlegging van deze bepaling betreft.

114. Ten aanzien van de beperkingen en restricties van artikel 5, leden 2 en 3, moet de aandacht worden gevestigd op twee punten. In de eerste plaats zijn de in artikel 5, leden 2 en 3, genoemde beperkingen en restricties facultatief, en nemen de lidstaten deze alleen als zij dit wensen op in hun nationale recht. Dit volgt uit de aanhef van artikel 5, leden 2 en 3, volgens welke de lidstaten beperkingen of restricties „kunnen” stellen.⁵⁰ In casu geeft de verwijzende rechter geen informatie over de beperkingen en restricties die door Denemarken in zijn nationale recht zijn opgenomen, en ik zal dan ook in deze conclusie alleen bespreken hoe de verschillende beperkingen en restricties moeten worden geïnterpreteerd; de op die beperkingen en restricties gebaseerde uiteindelijke analyse zal door de nationale rechter moeten worden verricht. In casu zal hij dus moeten nagaan welke van de in artikel 5, leden 2 en 3, van richtlijn 2001/29 neergelegde beperkingen en restricties door Denemarken in zijn nationale recht zijn opgenomen en verifiëren of een gedeeltelijke reproductie van krantenartikelen in de vorm van fragmenten van elf woorden, een rechtmatig gebruik van deze krantenartikelen kan vormen.

115. In de tweede plaats is de opsomming van de beperkingen en restricties in artikel 5,

leden 2 en 3, van richtlijn 2001/29 uitputtend — zoals blijkt uit punt 32 van de considerans⁵¹ — en kunnen de lidstaten dus in hun nationale recht geen andere beperkingen en restricties opnemen. Denemarken kan in zijn nationale recht derhalve niet bepalen dat de gedeeltelijke reproductie van krantenartikelen in de vorm van fragmenten van die artikelen, toegestaan is wanneer het dient ter vervaardiging van samenvattingen, indien deze handeling niet toegestaan is op grond van een van de in artikel 5, leden 2 en 3, van deze richtlijn vastgelegde beperkingen en restricties op het reproductierecht.

116. De enige beperking die op het eerste gezicht in het onderhavige geval relevant zou kunnen zijn, is die van artikel 5, lid 3, sub c⁵², dat de reproductie op papier of het gebruik

50 — Artikel 5, lid 2, van richtlijn 2001/29 voorziet in beperkingen en restricties op het reproductierecht van artikel 2 van de richtlijn, terwijl artikel 5, lid 3, voorziet in beperkingen en restricties op het reproductierecht van artikel 2 én op het in artikel 3 van de richtlijn neergelegde recht van mededeling van werken aan het publiek en op het recht van beschikbaarstelling van ander materiaal voor het publiek.

51 — Punt 32 van de considerans van richtlijn 2001/29 luidt: „Deze richtlijn bevat een uitputtende opsomming van de beperkingen en restricties op het reproductierecht.”

52 — Deze bepaling is in richtlijn 2001/29 opgenomen naar analogie van artikel 10 bis van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, op. cit. (voetnoot 21). Om precies te zijn is de eerste beperking in artikel 5, lid 3, sub c, van richtlijn 2001/29 overgenomen uit artikel 10 bis, lid 1, van de Berner Conventie, en de tweede uit artikel 10 bis, lid 2, van deze conventie.

van werken in het kader van de verslaggeving over een actuele gebeurtenis toestaat.⁵³ Deze bepaling regelt twee beperkingen van het reproductierecht. De eerste toegestane beperking betreft de „weergave in de pers, mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling van gepubliceerde artikelen over actuele economische, politieke of religieuze onderwerpen [...] in gevallen waarin dat gebruik niet uitdrukkelijk is voorbehouden, en voor zover de bron, waaronder de naam van de auteur, wordt vermeld”. De tweede toegestane beperking betreft „het gebruik van werken of ander materiaal in verband met de verslaggeving over actuele gebeurtenissen, voor zover dit uit een oogpunt van voorlichting gerechtvaardigd is en voor zover de bron — waaronder de naam van de auteur — wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt”.

reproductie van krantenartikelen in de vorm van fragmenten van elf woorden kan rechtvaardigen.

117. Dit neemt niet weg dat mijns inziens geen van de beperkingen van artikel 5, lid 3, sub c, van richtlijn 2001/29 — al zou Denemarken deze in zijn nationale wetgeving hebben opgenomen — een gedeeltelijke

118. De eerste beperking van artikel 5, lid 3, sub c, kan deze reproductie niet rechtvaardigen omdat het niet gaat om een weergave in de pers, die traditioneel kranten en tijdschriften omvat.⁵⁴ In deze zaak gaat het niet om verspreiding onder het publiek of beschikbaarstelling van gepubliceerde artikelen aan het publiek.⁵⁵ Mededeling aan het publiek houdt immers in: doorgifte of wederdoorgifte

53 — De overige beperkingen zijn in casu niet relevant. Betreffende de beperking van artikel 5, lid 3, sub d, die citaten toestaat „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”, merk ik in het bijzonder op dat in casu de fragmenten van krantenartikelen wel als citaten zouden kunnen worden gekenmerkt, maar dat deze niet zijn bedoeld voor kritieken of recensies. De citaten worden immers niet gebruikt voor een kritiek of recensie van deze krantenartikelen, maar in het kader van de vervaardiging van samenvattingen daarvan.

54 — Aldus bijvoorbeeld Berger, C., „Elektronische Pressespiegel und Informationsrichtlinie. Zur Vereinbarkeit einer Anpassung des § 49 UrhG an die Pressespiegel-Entscheidung des BGH mit der Informationsrichtlinie”, *Computer und Recht*, nr. 5/2004, blz. 363; Glas, V., *Die urheberrechtliche Zulässigkeit elektronischer Pressespiegel. Zugleich ein Beitrag zur Harmonisierung der Schranken des Urheberrechts in den Mitgliedstaaten der EU*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, blz. 131. Ook uit de literatuur inzake de uitlegging van artikel 10 bis, lid 1, van de Berner conventie, waarop de eerste beperking van artikel 5, lid 3, sub c in richtlijn 2001/29 is geënt, blijkt dat dit begrip traditioneel kranten en tijdschriften omvat; zie bijvoorbeeld Ricketson, S., op. cit. (voetnoot 21), blz. 501, punt 9.30, en blz. 503, punt 9.32. Volgens de literatuur staat voorts artikel 10 bis, lid 1, van de Berner conventie er in beginsel niet aan in de weg dat de bepaling wordt toegepast op de on-line-edities van kranten en tijdschriften; zie in dit verband bijvoorbeeld Ricketson, S., en Ginsburg, J.C., op. cit. (voetnoot 21), blz. 801, punt 4.

55 — Het recht van mededeling aan het publiek en beschikbaarstelling van werken van auteurs is geregeld in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29: „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.”

van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending.⁵⁶ Beschikbaarstelling aan het publiek daarentegen houdt in: handelingen die het werk beschikbaar stellen voor niet op de plaats van oorsprong van de beschikbaarstelling aanwezige leden van het publiek.⁵⁷ Zelfs al zou Infopaq haar abonnees fragmenten van krantenartikelen per e-mail sturen, dan zou dit toch geen mededeling aan het publiek⁵⁸ of beschikbaarstelling voor het publiek⁵⁹ zijn.

56 — De mededeling aan het publiek wordt gedefinieerd in punt 23 van de considerans van richtlijn 2001/29 als „iedere mededeling [...] die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan” en „elke [...] doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending”. Hieronder vallen bijvoorbeeld de publieke uitvoering en de uitzending per radio, satelliet en kabel, van een werk of van ander beschermd materiaal.

57 — De beschikbaarstelling wordt in punt 24 van de considerans van richtlijn 2001/29 gedefinieerd als „alle handelingen [...] waarbij zulk materiaal beschikbaar wordt gesteld voor niet op de plaats van oorsprong van de beschikbaarstelling aanwezige leden van het publiek”. Blijkens de literatuur inzake de beide WIPO-verdragen (WIPO-verdrag inzake het auteursrecht en WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen), die in de communautaire rechtsorde zijn ingevoerd bij richtlijn 2001/29, omvat de beschikbaarstelling ook de beschikbaarstelling via geïnformatiseerde systemen waarmee een bepaald werk kan worden verkregen; zie Ficsor, M., *The Law of Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford University Press, New York 2002, blz. 183, punt 4.56. Zie ook Reinbothe, J., en von Lewinski, S., *The WIPO Treaties 1996. The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty. Commentary and Legal Analysis*, Butterworths, London 2002, blz. 109, punt 20.

58 — Verzending per mail is zeker geen doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending.

59 — Ik meen dat het verzenden van fragmenten van krantenartikelen per mail aan individuele abonnees niet kan worden beschouwd als een handeling van beschikbaarstelling. Zoals blijkt uit artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/29, is voorwaarde voor beschikbaarstelling dat het publiek toegang heeft tot de informatie op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk is. Aan deze voorwaarde is niet voldaan bij toezending per mail, aangezien dit rechtstreekse correspondentie aan bepaalde abonnees inhoudt, waardoor zij niet op een door hen individueel gekozen plaats en tijd rechtstreeks toegang krijgen tot de gedeeltelijke reproducties. Ook de literatuur benadrukt dat de verzending van het werk per mail niet tot de handelingen van beschikbaarstelling behoort. Zie bijvoorbeeld van Lewinski, S., „Die Multimedia-Richtlinie — Der EG-Richtlinienvorschlag zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft”, *Multimedia und Recht*, nr. 3/1998, blz. 116; Spindler, G., op. cit. (voetnoot 42), blz. 108.

119. De gedeeltelijke reproductie van krantenartikelen in de vorm van fragmenten kan dus worden gerechtvaardigd op basis van de tweede beperking van artikel 5, lid 3, sub c, van richtlijn 2001/29, die de verslaggeving over actuele gebeurtenissen toestaat. Deze beperking staat immers het gebruik van een werk toe in het kader van de zelfstandige activiteit van verslaggeving over actuele gebeurtenissen⁶⁰; een bepaald werk kan bijgevolg worden gebruikt in het kader van de verslaggeving over een actuele gebeurtenis. Indien het voorts toegestaan zou zijn dat krantenartikelen worden gereproduceerd op basis van de beperking die de verslaggeving over actuele gebeurtenissen toestaat, dan zou dit ingaan tegen het doel van de eerste beperking van artikel 5, lid 3, sub c, dat uitdrukkelijk betrekking heeft op weergave, mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling van gepubliceerde artikelen over actuele economische, politieke of religieuze onderwerpen, waarmee deze bepaling met betrekking tot deze artikelen fungeert als *lex specialis* ten opzichte van de tweede beperking van dat artikel.

120. De gedeeltelijke reproductie van krantenartikelen kan dus geen rechtmatig gebruik zijn op basis van een van de beperkingen of restricties die zijn neergelegd in artikel 5, leden 2 en 3, sub c, van richtlijn 2001/29.

60 — Glas, V., op. cit. (voetnoot 54), blz. 144. Deze uitlegging wordt ook bevestigd door artikel 10 bis, lid 2, van de Berner conventie, waarop deze beperking in richtlijn 2001/29 is geënt, en dat luidt: „Het is eveneens aan de wetgeving van de landen van de Unie voorbehouden om de voorwaarden te stellen waaronder bij de verslaggeving over actuele gebeurtenissen door middel van fotografie of cinematografie, via radio- of draaddoorgifte aan het publiek, de *tijdens de gebeurtenis* geziene of gehoorde letterkundige of artistieke werken mogen worden gereproduceerd en voor het publiek beschikbaar gesteld, voor zover dit door het doel van informatieverstrekking wordt gerechtvaardigd.” (cursivering van mij). Zie in de literatuur Ricketson, S., en Ginsburg, J.C., op. cit. (voetnoot 21), blz. 802 (punt 13.54) en blz. 805 (punt 13.55).

121. Ik ben dan ook van mening dat *de tiende prejudiciële vraag* aldus moet worden beantwoord dat het scannen van gehele krantenartikelen, de daaropvolgende bewerking van de reproductie en het opslaan van de reproductie die een of meer tekstfragmenten van elf woorden bevat, in omstandigheden als die van het hoofdgeding niet een rechtmatig gebruik van het werk in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 mogelijk maken, aangezien de tekstfragmenten van elf woorden worden geprint en gebruikt in het kader van de activiteit van de onderneming, te weten het maken van samenvattingen van krantenartikelen, ook al heeft de rechthebbende daarvoor geen toestemming verleend.

123. De elfde en de twaalfde prejudiciële vraag betreffen de uitlegging van deze voorwaarde. Met de elfde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen aan de hand van welk criterium moet worden beoordeeld of tijdelijke reproductiehandelingen zelfstandige economische waarde bezitten in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29. Met de twaalfde vraag wil hij weten of de productiviteitstoename die de tijdelijke reproductiehandelingen voor de gebruiker opleveren, een rol kan spelen bij de beoordeling van de vraag of deze handelingen zelfstandige economische waarde bezitten in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29.

d) Vierde voorwaarde: handelingen die geen zelfstandige economische waarde bezitten (vragen 11 en 12)

122. De vierde voorwaarde waaraan een tijdelijke reproductiehandeling volgens artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 moet voldoen om van het reproductierecht te worden uitgesloten, is dat zij geen zelfstandige economische waarde bezit.⁶¹

61 — In de literatuur wordt erop gewezen dat deze voorwaarde noch in de internationale verdragen, noch in de nationale regelingen betreffende het auteursrecht is terug te vinden. Zie in dit verband Westkamp, G., op. cit. (voetnoot 31), blz. 1101. Zie ook het rapport „Study on the implementation and effect in Member States’ laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society”, op. cit. (voetnoot 34), blz. 35.

124. De voorwaarde inzake de zelfstandige economische waarde wordt in richtlijn 2001/29 niet gedefinieerd. Ook uit de motivering van het richtlijnvoorstel, waarin staat dat reproductiehandelingen die een zelfstandige economische waarde hebben van de werkingssfeer van de richtlijn moeten worden uitgezonderd, kan de betekenis van dit begrip niet precies worden afgeleid.⁶² Bij de uitlegging van deze voorwaarde moet duidelijk worden gemaakt wat het betekent dat een bepaalde reproductiehandeling

62 — Motivering van het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, COM(97) 628 def., blz. 37.

economische waarde heeft, wat het betekent dat deze economische waarde een zelfstandige waarde moet zijn, en voor wie⁶³ deze reproductiehandeling een zelfstandige economische waarde moet hebben.

125. Economische waarde houdt in dat de tijdelijke reproductiehandeling degene die deze handeling verricht economisch voordeel moet opleveren; indirect — of indien de auteursrechthebbende een redelijke vergoeding krijgt — levert de reproductiehandeling echter ook de auteursrechthebbende economisch voordeel op.⁶⁴ Het economische voordeel kan bijvoorbeeld winst zijn, lagere kosten, toegenomen productiviteit en dergelijke voordelen.⁶⁵

63 — In dit verband is essentieel of de reproductiehandeling een zelfstandige economische waarde heeft voor degene die de handeling verricht of voor de auteursrechthebbende.

64 — Aldus ook het rapport „Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society”, op. cit. (voetnoot 34), blz. 35, waarin wordt benadrukt dat — wil artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 werkelijk betekenis hebben — de zelfstandige economische waarde niet uitsluitend kan worden uitgelegd vanuit het oogpunt van de auteursrechthebbende.

65 — Corbet, J., „De ontwerp-richtlijn van 10 december 1997 over het auteursrecht en de naburige rechten in de Informatie-maatschappij”, *Informatierecht/AMI*, nr. 5/1998, blz. 96, die van mening is dat caching economische waarde heeft daar het de snelheid van de datatransmissie verhoogt, waardoor de klant diensten kiest die deze mogelijkheid bieden. Corbet spreekt echter alleen over economische waarde, niet over zelfstandige economische waarde. Zie ook Hugenholtz, P.B., Koelman, K., *Digital Intellectual Property Practice Economic Report*, Institute for Information Law (IViR), blz. 24, voetnoot 36, te vinden op www.ivir.nl/publications/hugenholtz/PBH-DIPPER.doc.

126. Cruciaal voor de vaststelling of de economische waarde *zelfstandig* is, is mijns inziens de vraag of uit tijdelijke reproductiehandelingen economisch voordeel voortvloeit. Van zelfstandige economische waarde zou bijvoorbeeld sprake zijn, wanneer Infopaq haar abonnees naast fragmenten van krantenartikelen, tegen vergoeding ook de gescande krantenartikelen zou sturen, of indien de abonnees van Infopaq rechtstreeks, bijvoorbeeld via internet, toegang zouden hebben tot de gescande krantenartikelen. Ook zou er van zelfstandige economische waarde sprake zijn, wanneer Infopaq als zelfstandige activiteit de krantenartikelen zou scannen, deze vervolgens per mail aan haar abonnees zou versturen en daarvoor van hen een vergoeding ontvangen.⁶⁶ De enkele mogelijkheid dat Infopaq voor die twee reproductiehandelingen een concreet economisch voordeel verkrijgt, is niet voldoende om aan de voorwaarde van de zelfstandige economische waarde te voldoen; de onderneming moet de activiteit werkelijk verrichten.

127. Ik ben dan ook van mening dat *de elfde prejudiciële vraag* aldus moet worden beantwoord dat voor de beoordeling of tijdelijke reproductiehandelingen zelfstandige economische waarde bezitten in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, moet worden vastgesteld of uit die tijdelijke reproductiehandelingen rechtstreeks economisch voordeel voortvloeit.

66 — Ook in de literatuur wordt benadrukt dat de reproductie die een zelfstandige economische activiteit vormt, zelfstandige economische waarde zal hebben. Zie in dit verband Hugenholtz, P.B., op. cit. (voetnoot 28), blz. 488; Westkamp, G., op. cit. (voetnoot 31), blz. 1098; Hugenholtz, P.B., Koelman, K., op. cit. (voetnoot 65) blz. 24.

128. In de onderhavige zaak werken het scannen van krantenartikelen en de omzetting van grafische bestanden in tekstbestanden, alsmede het opslaan van de fragmenten⁶⁷ van krantenartikelen, voor Infopaq kostenverlappend en zij leveren haar tevens productiviteitsverhoging en tijdbesparing op. Niet in geschil is dat deze reproductiehandelingen voor Infopaq economische waarde hebben, maar zij hebben naar mijn mening geen zelfstandige waarde. Wil de reproductiehandeling in het onderhavige geval zelfstandige economische waarde hebben, dan is niet voldoende dat de handeling er slechts in het algemeen toe bijdraagt dat Infopaq bij de vervaardiging van de fragmenten efficiënter te werk kan gaan. Het scannen, de omzetting van het grafisch bestand in een tekstbestand en het opslaan van de fragmenten van krantenartikelen vormen immers slechts een deel van het bredere procedé van vervaardiging van de fragmenten en hebben geen zelfstandige economische waarde.⁶⁸ In het onderhavige geval moet de zelfstandige economische waarde van het scannen, de omzetting van het grafisch bestand in een tekstbestand en het opslaan van de fragmenten van krantenartikelen los worden gezien van de economische waarde die voor Infopaq is gelegen in het uiteindelijk printen van de fragmenten van de krantenartikelen. Derhalve moet mijns inziens worden geoordeeld dat het scannen van artikelen, de omzetting van het grafisch bestand in een tekstbestand en het opslaan van de fragmenten geen zelfstandige economische waarde hebben.

67 — Deze analyse geldt voor het opslaan van de fragmenten van krantenartikelen indien de verwijzende rechter vaststelt dat dit een tijdelijke reproductiehandeling is; anders kan dit opslaan niet door artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 worden gerechtvaardigd.

68 — Zie het betoeg van Westkamp, G., op. cit. (voetnoot 31), blz. 1101, die stelt dat de economische waarde van tijdelijke reproductiehandelingen steeds moet worden beoordeeld in het licht van de meest duurzame definitieve reproductiehandeling.

129. Mijns inziens moet *de twaalfde prejudiciële vraag* derhalve aldus worden beantwoord dat in omstandigheden als die van de onderhavige zaak de productiviteitstoename voor de gebruiker als gevolg van tijdelijke reproductiehandelingen, niet in aanmerking kan worden genomen bij de beoordeling of deze handelingen een zelfstandige economische waarde hebben in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29.

4. Conclusie inzake de uitlegging van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29

130. Uitgaande van de analyse van de voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 en de antwoorden op de prejudiciële vragen 2 tot en met 12, kan ervan worden uitgegaan dat het niet mogelijk is, reproductiehandelingen die worden verricht in het kader van het procedé van vervaardiging van fragmenten van krantenartikelen zoals door Infopaq toegepast, te rechtvaardigen op basis van de beperkingen van het reproductierecht die zijn neergelegd in artikel 5, lid 1, van deze richtlijn. In de praktijk betekent dit dat Infopaq voor de vervaardiging van de fragmenten toestemming van de auteursrechthebbers dient te verkrijgen.

E — *Uitlegging van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 (vraag 13)*

ik hierna kort ingaan op de vraag of die reproductiehandelingen voldoen aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5, van de richtlijn.

131. Met de dertiende prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het scannen van gehele krantenartikelen door een onderneming, de daaropvolgende bewerking van de reproductie en het opslaan en printen van een deel van de reproductie, bestaande uit een of meer tekstfragmenten van elf woorden, zonder toestemming van de auteursrechthebbende, kunnen worden beschouwd als bijzondere gevallen waarin geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van krantenartikelen en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad in de zin van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29.

132. Daar bij de analyse van de voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 reeds is gebleken dat de reproductiehandelingen in de onderhavige zaak niet aan de voorwaarden van die richtlijn bepaling voldoen, behoeft in beginsel niet te worden onderzocht of deze handelingen voldoen aan de eisen van artikel 5, lid 5, van de richtlijn. In laatstgenoemde bepaling worden immers nadere voorwaarden gesteld, waaraan de reproductiehandelingen moeten voldoen indien zij wel zouden voldoen aan de voorwaarden van artikel 5, lid 1. Voor het geval het Hof zou oordelen dat de door Infopaq verrichte reproductiehandelingen aan de voorwaarden van artikel 5, lid 1, van de richtlijn voldoen, zal

133. In casu moet mijns inziens bij de analyse op basis van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29, wederom onderscheid worden gemaakt tussen definitieve reproductiehandelingen — dus het printen van de fragmenten van krantenartikelen — en reproductiehandelingen die deze definitieve reproductiehandelingen mogelijk maken — dus het scannen van de krantenartikelen, de omzetting van het grafisch bestand in een tekstbestand en het opslaan van het fragment. Indien het Hof immers bij de analyse op basis van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 zou vaststellen dat de definitieve reproductiehandeling die door de tijdelijke reproductiehandelingen mogelijk is gemaakt, een rechtmatig gebruik van het werk kan zijn op grond van een van de beperkingen en restricties van artikel 5, leden 2 of 3, van deze richtlijn, dan zal reeds voor de vraag of aan de voorwaarde van het rechtmatig gebruik is voldaan, tevens moeten worden onderzocht, of die definitieve reproductiehandeling voldoet aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5, van de richtlijn. Pas dan kan aan de voorwaarde van het rechtmatig gebruik in artikel 5, lid 1, van de richtlijn zijn voldaan. Pas wanneer is voldaan aan deze voorwaarde — samen met alle andere voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 — zal kunnen worden nagegaan of ook aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5, van deze richtlijn wordt voldaan door reproductiehandelingen die dit uiteindelijke gebruik mogelijk maken. Ik zal hierna dan ook allereerst bepreken of de definitieve reproductiehandeling (het printen van fragmenten van krantenartikelen) voldoet aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29, en pas daarna of aan deze voor-

waarden ook wordt voldaan door de reproductiehandelingen die deze definitieve handeling mogelijk maken (scannen van de krantenartikelen, omzetten van het grafisch bestand in een tekstbestand en opslaan⁶⁹ van het fragment).

1. Voldoet het printen van fragmenten van krantenartikelen aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29?

134. Volgens artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 zijn de in artikel 5 van richtlijn 2001/29 neergelegde beperkingen en restricties in de eerste plaats slechts van toepassing in bepaalde bijzondere gevallen, die in de tweede plaats geen afbreuk mogen doen aan de normale exploitatie van werken, en in de derde plaats de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk schaden.⁷⁰ Deze voorwaarden zijn cumulatief. De voorwaarden van artikel 5, lid 5, van richtlijn

69 — Deze analyse geldt voor het opslaan van de fragmenten van krantenartikelen indien de verwijzende rechter vaststelt dat dit een tijdelijke reproductiehandeling is; anders kan dit opslaan niet door artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 worden gerechtvaardigd.

70 — Wat artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 betreft, zij erop gewezen dat dit nadere voorwaarden stelt voor de toepassing van de beperkingen en restricties op het reproductierecht, het recht van mededeling aan het publiek, het recht van beschikbaarstelling en het recht van distributie van het werk of ander beschermd materiaal. Blijkens de letterlijke tekst van dit artikel verwijst dit naar de „[d]e in de leden 1, 2, 3 en 4 [van artikel 5 van richtlijn 2001/29] bedoelde beperkingen en restricties”; deze leden stellen regels ten aanzien van de beperkingen en restricties op het reproductierecht (leden 2 en 3), het recht van mededeling aan het publiek en van beschikbaarstelling (lid 3) en distributierecht (lid 4).

2001/29, in de rechtsliteratuur vaak de „driefasentest”⁷¹ genoemd, zijn vastgesteld naar het model van internationale verdragen, met name artikel 9, lid 2, van de Berner conventie⁷², artikel 10 van het verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake het auteursrecht⁷³ en artikel 13 van het TRIPs.⁷⁴ Zoals blijkt uit punt 44 van de considerans van richtlijn 2001/29 dient het gebruik van de bij deze richtlijn bepaalde beperkingen of restricties te geschieden in overeenstemming met de ter zake geldende internationale verplichtingen.⁷⁵ Artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 moet dus worden uitgelegd met inachtneming van deze internationale verdragen.

135. De eerste voorwaarde van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 houdt in dat de beperkingen en restricties slechts worden toegepast in bepaalde bijzondere gevallen. Deze voorwaarde betekent dat de beperkingen en restricties duidelijk moeten zijn omschreven

71 — Zie bijvoorbeeld Hart, M., op. cit. (voetnoot 41), blz. 61; Kritharas, T., op. cit. (voetnoot 18), blz. 30; Lehmann, M., op. cit. (voetnoot 13), blz. 526.

72 — De Berner conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst op. cit. (voetnoot 21). De Gemeenschap is weliswaar geen partij bij de Berner conventie, maar enkele bepalingen van richtlijn 2001/29 zijn geformuleerd naar het model van deze conventie. De lijst van verdragspartijen is te vinden op: http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?country_id=ALL&start_year=ANY&end_year=ANY&search_what=C&treaty_id=15.

73 — De Europese Gemeenschap is partij bij het verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom. De lijst van verdragspartijen is te vinden op: http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?country_id=ALL&start_year=ANY&end_year=ANY&search_what=C&treaty_id=16.

74 — *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*. De Gemeenschap is partij bij het TRIPs; de bevoegdheid tot het sluiten van deze overeenkomst wordt gedeeld door de Gemeenschap en de lidstaten; zie het advies van het Hof van 15 november 1994 (advies 1/94, Jurispr. blz. I-5267, punt 3).

75 — In punt 44 van de considerans wordt voorts verklaard dat de beperkingen en restricties „niet op zodanige wijze [mogen] 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”. Deze tekst refereert dus uitdrukkelijk aan twee van de drie voorwaarden van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29.

en gebaseerd moeten zijn op bepaalde specifieke doelstellingen.⁷⁶ Wat betreft de beperking van artikel 5, lid 3, sub c, van richtlijn 2001/29 is de specifieke doelstelling waarop die beperking is gebaseerd het informeren van het publiek over actuele gebeurtenissen; deze beperking sluit echter niet uit dat de informatie over actuele gebeurtenissen een, zij het indirect, commercieel doel heeft.⁷⁷

136. Zou het Hof van oordeel zijn dat de reproductie van fragmenten van krantenartikelen rechtmatig gebruik is uit hoofde van artikel 5, lid 3, sub c, van richtlijn 2001/29, dan gaat het er impliciet reeds uit van de hypothese dat de bedoeling van de reproductie van fragmenten van krantenartikelen het informeren van het publiek is. Men zou weliswaar kunnen stellen dat de gedeeltelijke reproductie van krantenartikelen in de vorm van fragmenten niet geheel beantwoordt aan dit doel, en dat het eerste doel dat ermee wordt beoogd van commerciële aard is, terwijl de informatie aan het publiek een ondergeschikt doel is. Wanneer echter bijvoorbeeld in een tijdschrift een artikel uit een ander tijdschrift wordt gepubliceerd, op de radio een passage uit een krantenartikel wordt voorgelezen of in een televisiereportage over een tentoonstelling een deel van die tentoonstelling worden gefilmd, gebruiken deze media die werken niet uitsluitend voor informatie aan het

publiek, maar ook voor commerciële doeleinden. Mijns inziens kan men met betrekking tot de reproductie van fragmenten van krantenartikelen derhalve eveneens vaststellen dat deze, wanneer die fragmenten worden gebruikt om samenvattingen van deze krantenartikelen te maken, wordt gebruikt voor informatie van het publiek. Volgens mij kan men dus stellen dat dit een bijzonder geval is in de zin van de eerste voorwaarde van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29. Voor het printen van fragmenten van krantenartikelen is dus aan de eerste voorwaarde van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 voldaan.

137. De tweede voorwaarde van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 houdt in dat de bijzondere gevallen waarop de beperkingen en restricties worden toegepast, geen afbreuk doen aan de normale exploitatie van het werk. De normale exploitatie van het werk betekent dat de kranten waarin de artikelen worden gepubliceerd, worden verkocht en dat daarmee winst wordt gemaakt; de economische voordelen die op basis van krantenartikelen kunnen worden behaald, moeten ten goede komen aan de auteursrechthebbers.⁷⁸ Wanneer invloed op de markt van krantenverkoop aanzienlijk is en het aantal verkochte kranten daalt, wordt afbreuk gedaan aan de normale exploitatie van het werk.⁷⁹

76 — Een dergelijk specifiek doel is bijvoorbeeld de reproductie van een werk voor onderwijsdoeleinden, ten behoeve van gehandicapten of voor de openbare veiligheid. Zie voor de verschillende beperkingen op deze gebieden artikel 5, lid 3, sub a, b en e, van richtlijn 2001/29. In de literatuur zie Ricketson, S., Ginsburg, J.C., op. cit. (voetnoot 21), blz. 764, punt 13.12; Reinbothe, J., von Lewinski, S., op. cit. (voetnoot 57), blz. 124, punt 15.

77 — In dit verband merk ik op dat de beperking van artikel 5, lid 3, sub c, van richtlijn 2001/29 niet met zoveel woorden bepaalt dat het informeren van het publiek over actuele gebeurtenissen geen economisch doel mag hebben; deze beperking onderscheidt zich van bijvoorbeeld de beperkingen van artikel 5, lid 2, sub b, of lid 2, sub c, waarin uitdrukkelijk wordt verboden dat reproducties voor privégebruik of door voor het publiek toegankelijke bibliotheken en onderwijsinstellingen worden gebruikt voor commerciële doeleinden.

78 — Zie in die zin Ficsor, M., op. cit. (voetnoot 57), blz. 516, punt C10.03.

79 — In Reinbothe, J., en von Lewinski, S., op. cit. (voetnoot 57), blz. 125, punt 18, wordt benadrukt dat in het kader van deze voorwaarde de markt moet worden gedefinieerd die relevant is voor de exploitatie van het werk waaraan een bepaalde beperking geen afbreuk mag doen. In dat verband noemen deze auteurs het geval (punt 19) van de verkoop van gefotokopieerde schoolboeken, waardoor de markt voor schoolboeken nadelig wordt beïnvloed en die dus niet kan worden gerechtvaardigd op grond van de beperking die de reproductie voor onderwijsdoeleinden toestaat.

138. De reproductie van fragmenten van krantenartikelen maakt het Infopaq mogelijk, snel te weten te komen welke artikelen belangrijk zijn en van welke een samenvatting moet worden gemaakt. Infopaq kan dus samenvattingen maken voor *alle* belangrijke krantenartikelen, zodat haar abonnees deze kranten niet meer behoeven te kopen.⁸⁰ Aldus heeft de reproductie van fragmenten van krantenartikelen mijns inziens een ongunstige invloed op de normale exploitatie van deze kranten, zodat aan de tweede voorwaarde van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 niet is voldaan.

139. De derde voorwaarde van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 is dat de bijzondere gevallen waarin de beperkingen en restricties van toepassing zijn, de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk schaden. In het kader van de derde voorwaarde is dus niet voldoende dat de wettige belangen van de rechthebbende worden beïnvloed — uiteindelijk zal elke beperking of restrictie hun in zekere mate benadelen — maar het nadeel dient bovendien niet ongerechtvaardigd te zijn.⁸¹ Daarbij moet het nadeel zowel kwantitatief als kwalitatief worden beoordeeld.⁸²

80 — Deze analyse moet worden uitgevoerd los van het feit dat — zoals door de verwijzende rechter en partijen in het hoofdgeding is verklaard — het maken van samenvattingen naar Deens recht toegestaan is. Bij wijze van voorbeeld kan worden bedacht dat het lezen van gefotokopieerde boeken niet verboden is, maar dat dit niet het onbeperkt fotokopiëren van een boek legitimeert.

81 — Ficsor, M., op. cit. (voetnoot 57), blz. 516, punt C10.03.

82 — Reinbothe, J., en von Lewinski, S., op. cit. (voetnoot 57), blz. 126 en 127, punt 22.

140. In de onderhavige zaak wordt voor alle krantenartikelen waarin de zoektermen voorkomen een fragment vervaardigd. Indien de zoekterm in de artikelen herhaaldelijk voorkomt, betekent dit kwantitatief gezien dat er voor een groot aantal artikelen fragmenten worden vervaardigd. Indien een artikel meerdere verschillende zoektermen bevat, betekent dit ook dat voor een artikel meerdere fragmenten worden vervaardigd. Zoals ik met betrekking tot de tweede voorwaarde van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 reeds heb opgemerkt, is de reproductie van deze fragmenten via het maken van de samenvattingen indirect van invloed op de verkoop van de krantenartikelen, zodat ook de auteursrechthebbers een gerechtvaardigd belang hebben bij de door Infopaq behaalde winst. Aangezien de fragmenten worden vervaardigd voor een groot aantal krantenartikelen, betekent dit mijns inziens een ongerechtvaardigd nadeel voor de wettige belangen van de rechthebbenden. Mijns inziens moet dan ook worden geconcludeerd dat het printen van fragmenten van krantenartikelen ook niet voldoet aan de derde voorwaarde van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29.

141. Nu het printen van fragmenten van krantenartikelen noch aan de tweede, noch aan de derde voorwaarde van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 voldoet, kan dit geen rechtmatig gebruik van deze krantenartikelen zijn in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29.

2. Voldoen de tijdelijke reproductiehandelingen aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29?

3. Conclusie met betrekking tot de uitlegging van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29

142. Daar ik in punt 141 van deze conclusie heb geconcludeerd dat de fragmenten van krantenartikelen geen rechtmatig gebruik van de krantenartikelen kunnen vormen, moet worden geoordeeld dat het scannen, het omzetten van het grafisch bestand in een tekstbestand en het opslaan⁸³ van de fragmenten van krantenartikelen geen rechtmatig gebruik van het werk mogelijk maken en dat deze handelingen dus niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29. Aangezien deze reproductiehandelingen niet kunnen worden gerechtvaardigd op basis van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, kunnen zij ook niet zelfstandig worden gerechtvaardigd op basis van de vereisten van artikel 5, lid 5, van de richtlijn. Derhalve moet ook ten aanzien van de tijdelijke reproductiehandelingen worden geconcludeerd dat zij niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5, van deze richtlijn.

143. Gezien de analyse op basis van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 moet naar mijn mening de *dertiende prejudiciële vraag* aldus worden beantwoord dat in omstandigheden als die van het hoofdingeving het scannen van gehele krantenartikelen door een onderneming, de daaropvolgende bewerking van de reproductie en het opslaan en printen van een deel van de reproductie, bestaande uit een of meer tekstfragmenten van elf woorden, niet kunnen worden beschouwd als bijzondere gevallen waarin geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van krantenartikelen en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad in de zin van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29.

F — *Conclusie*

144. Uit de in deze conclusie uitgevoerde analyse is gebleken dat alle door Infopaq in het procedé van vervaardiging van fragmenten van krantenartikelen verrichte handelingen, reproductiehandelingen zijn in de zin van artikel 2 van richtlijn 2001/29. Deze reproductiehandelingen zijn niet toelaatbaar op basis van een van de in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 neergelegde beperkingen

83 — Deze analyse geldt voor het opslaan van de fragmenten van krantenartikelen indien de verwijzende rechter vaststelt dat dit een tijdelijke reproductiehandeling is; anders kan dit opslaan niet door artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 worden gerechtvaardigd.

van het reproductierecht en zijn niet in overeenstemming met artikel 5, lid 5, van deze richtlijn. Infopaq dient dus voor het verrichten van deze reproductiehandelingen de toestemming van de auteursrechthebenden te verkrijgen.

VII — Conclusie

145. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de door het Højesteret gestelde prejudiciële vragen, in de omstandigheden van het hoofdgeding, te beantwoorden als volgt en in de volgorde waarin zij zijn gesteld:

- „1) Het opslaan en vervolgens printen van een uit een zoekterm met de vijf woorden ervoor en de vijf erna bestaand tekstfragment uit een krantenartikel moeten worden beschouwd als reproductie in de zin van artikel 2 van richtlijn 2001/29.

- 2) Doorslaggevend voor de vraag of een bepaalde tijdelijke reproductiehandeling wordt beschouwd als van voorbijgaande aard in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, is de zeer korte levensduur van de reproductie, hetgeen echter moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het specifieke geval.

- 3) Indien een tijdelijke reproductiehandeling wordt verricht door middel van het aanmaken van een tekstbestand op basis van een grafisch bestand, en beide bestanden worden gewist, moet deze reproductiehandeling in omstandigheden als die van het hoofdgeding worden beschouwd als van voorbijgaande aard in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29.

- 4) Het is aan de verwijzende rechter om op basis van de in het antwoord op de tweede vraag geformuleerde criteria vast te stellen of de reproductiehandeling kan worden beschouwd als van voorbijgaande aard in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, wanneer een deel van de reproductie, bestaande uit een of meer tekstfragmenten van elf woorden, wordt opgeslagen.

- 5) Een reproductiehandeling kan niet als van voorbijgaande aard in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 worden beschouwd, wanneer in omstandigheden als die van het hoofdgeding een deel van de reproductie, bestaande uit een of meer tekstfragmenten van elf woorden, wordt geprint.

- 6) Voor de vaststelling of tijdelijke reproductiehandelingen integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, is niet van belang in welke fase van het technisch procedé deze handelingen worden verricht.

- 7) Indien reproductiehandelingen het handmatig scannen van gehele krantenartikelen omvatten, waardoor deze artikelen worden omgezet van gedrukte in digitale informatie, vormen die handelingen in omstandigheden als die van het hoofdgeding integraal en essentieel onderdeel van het technisch procedé in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29.

- 8) In omstandigheden als die van het hoofdgeding is het printen van een fragment geen tijdelijke reproductiehandeling, zodat dit niet kan worden gerechtvaardigd op basis van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 en het dus niet relevant is of deze reproductiehandelingen kunnen worden beschouwd als integraal en essentieel onderdeel van een technisch procedé.

- 9) Het rechtmatig gebruik van een werk in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 omvat alle vormen van gebruik van een werk waarvoor de toestemming van de auteursrechthebbende niet noodzakelijk is of waarvoor de auteursrechthebbende uitdrukkelijk toestemming heeft verleend; in geval van gebruik van een werk in de vorm van een reproductie is de toestemming van de auteursrechthebbende niet noodzakelijk, indien reproductie geoorloofd is op grond van een van de beperkingen van artikel 5, leden 2 en 3, van richtlijn 2001/29, indien de betrokken lidstaat deze beperking of restrictie in het nationale recht heeft opgenomen, en indien de reproductie in overeenstemming is met artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29.

- 10) Het scannen van gehele krantenartikelen, de daaropvolgende bewerking van de reproductie en het opslaan van de reproductie die een of meer tekstfragmenten van elf woorden bevat, maken in omstandigheden als die van het hoofdgeding niet een rechtmatig gebruik van het werk in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 mogelijk, aangezien de tekstfragmenten van elf woorden worden geprint en gebruikt in het kader van de activiteit van de onderneming, te weten het maken van samenvattingen van krantenartikelen ook al heeft de rechthebbende daarvoor geen toestemming verleend.

- 11) Voor de beoordeling of tijdelijke reproductiehandelingen zelfstandige economische waarde bezitten in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29, moet worden vastgesteld of uit die tijdelijke reproductiehandelingen rechtstreeks economisch voordeel voortvloeit.

- 12) In omstandigheden als die van de onderhavige zaak kan de productiviteitstoename voor de gebruiker als gevolg van tijdelijke reproductiehandelingen, niet in aanmerking worden genomen bij de beoordeling of deze handelingen een zelfstandige economische waarde hebben in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29.

- 13) In omstandigheden als die van het hoofdgeding kunnen het scannen van gehele krantenartikelen door een onderneming, de daaropvolgende bewerking van de reproductie en het opslaan en printen van een deel van de reproductie, bestaande uit een of meer tekstfragmenten van elf woorden, niet worden beschouwd als bijzondere gevallen waarin geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van krantenartikelen en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad in de zin van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29.”