

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/336680479>

Naar een nieuw fundament – hoe het Handvest het auteursrecht hervormt (deel 2)

Article · October 2019

CITATIONS

0

READS

153

2 authors:



S. Kulk

Utrecht University

25 PUBLICATIONS 107 CITATIONS

SEE PROFILE



Peter Teunissen

Radboud University

10 PUBLICATIONS 4 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Intermediary Liability [View project](#)



Intellectual property & fundamental rights [View project](#)

Naar een nieuw fundament – hoe het Handvest het auteursrecht hervormt (deel 2)

Stefan Kulk en Peter Teunissen

Mr. dr. S. Kulk is universitair docent aan de Universiteit Utrecht, mr. P. Teunissen is promovendus aan de Radboud Universiteit.

Het gesloten stelsel van excepties van de Auteursrechtrichtlijn (ArI) is met enige regelmaat onderwerp van discussie geweest in het nationale en Europese discours. De belangrijkste kritiek is dat dit stelsel een onvolledige harmonisatie tot stand heeft gebracht en daarnaast onvoldoende flexibel is om het hoofd te kunnen bieden aan maatschappelijke en technologische ontwikkelingen. Grondrechten, en met name de vrijheid van meningsuiting, kunnen voor deze problemen een oplossing bieden. In een tweetal artikelen wordt ingegaan op deze materie. Het eerste deel, dat verscheen in de vorige editie van *AMI*, ging in op de gebreken van het stelsel van excepties in de Auteursrechtrichtlijn en de oplossingen die grondrechten daarvoor kunnen bieden. In dit tweede deel komen de recente arresten *Funke Medien*, *Pelham* en *Spiegel Online* van het Hof van Justitie aan bod. In deze uitspraken behandelt het Hof fundamentele vragen over de verhouding tussen de vrijheid van meningsuiting en het auteursrecht.

I. Inleiding

In onze vorige bijdrage (deel 1) bespraken we de verschillende wijzen waarop grondrechten het auteursrecht beïnvloeden, geïllustreerd aan de hand van rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) en het Hof van Justitie (hierna: Hof). Vastgesteld werd dat, als gevolg van de verplichting tot conforme uitleg, vooral het Handvest in toenemende mate van belang is voor het auteursrecht. In de eerste plaats werd geconstateerd dat van het Handvest een harmoniserende werking uitgaat, omdat de daarin vervatte grondrechten bijdragen aan een autonome en uniforme uitleg van begrippen waarvan de uitleg voorheen werd overgelaten aan de lidstaten. In de tweede plaats werd signaleerd dat het Handvest bijdraagt aan een flexibele uitleg van het auteursrecht, omdat de rechter materiële normen niet alleen op basis van tekstuele uitleg, maar tevens in overeenstemming met de betrokken grondrechten dient te interpreteren. In de derde plaats werd vastgesteld dat een uitleg in het licht van het Handvest de behoefte aan uitzon-

deringen buiten het bestaande Unierechtelijke kader ('externe excepties') vermindert.¹ In dit deel zullen deze bevindingen worden getoetst aan de hand van een drietal recente arresten van het Hof. Deze uitspraken hebben vooral betrekking op de verhouding tussen het auteursrecht en de vrijheid van meningsuiting.

In deze bijdrage zal worden ingegaan op de arresten *Funke Medien*, *Pelham* en *Spiegel Online*.² Daartoe wordt in paragraaf 2 eerst kort de achtergrond van de zaken geschetst. In paragraaf 3 wordt aandacht besteed aan de harmoniserende werking van het Handvest en waar die is terug te zien in de arresten. Vervolgens wordt in paragraaf 4 ingegaan op de vraag of grondrechten een externe beperking op het auteursrecht kunnen rechtvaardigen. Ten slotte komt in paragraaf 5 aan de orde of het Handvest daadwerkelijk bijdraagt aan een flexibeler auteursrecht. Daar wordt in het bijzonder aandacht besteed aan het reproductierecht en de betrokken excepties.

1 S. Kulk & P. Teunissen, 'Naar een nieuw fundament – hoe het Handvest het auteursrecht hervormt (deel 1)', *AMI* 2019, afl. 4, p. 127-129.

2 HvJ 29 juli 2019, C-469/19, ECLI:EU:C:2019:623 (*Funke Medien*); HvJ 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*); HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*).

2. De zaken *Funke Medien*, *Pelham* en *Spiegel Online*

De drie arresten die centraal staan in deze bijdrage betreffen verwijzingen door het Duitse Federale Hoogerechtshof (*Bundesgerichtshof*) en concentreren zich op de verhouding tussen het geharmoniseerde auteursrecht en de grondrechten die worden beschermd in het Handvest. Hieronder zijn de feiten die aanleiding gaven tot de arresten kort weergegeven.

2.1 *Funke Medien* (“*Afghanistan Papiere*”)

Onderwerp van geding in *Funke Medien* vormden vertrouwelijke verslagen over interventies door de *Bundeswehr* (het Duitse federale leger) in buitenlands interventiegebied. De Duitse regering stelde deze vertrouwelijke verslagen wekelijks beschikbaar aan een selecte groep parlementariërs van de Duitse Bondsdag (*Bundestag*) en het Federaal Ministerie van Defensie (*Bundesministerium der Verteidigung*). Van deze verslagen waren alleen uitgekledede samenvattingen openbaar toegankelijk. *Funke Medien*, onder meer eigenaar van de Duitse krant *Westdeutsche Allgemeine Zeitung*, had bij de *Bundeswehr* een verzoek gedaan tot inzage in alle vertrouwelijke verslagen over de periode 2001-2012, maar kreeg nul op rekest. Desondanks wist *Funke Medien* de hand te leggen op een groot deel van deze verslagen, die zij publiceerde onder de naam “*Afghanistan Papiere*.” Om publicatie van de stukken te voorkomen, vorderde de Duitse regering daarop een verbod op grond van auteursrechtinbreuk.

2.2 *Pelham* (“*Metall auf Metall*”)

In deze zaak gaat het om sampling van muziek. Producent Moses Pelham gebruikte een *sample* van twee seconden uit het werk “*Metall auf Metall*” van Kraftwerk en deze overname doorlopend herhaald in het nummer “*Nur mir*.” Kraftwerk-bandleden Ralf Hütter en Florian Schneider-Esleben meenden dat Pelham daarmee inbreuk maakte op hun naburige rechten. De Kraftwerk-bandleden hadden de Duitse rechter verzocht Pelham verdere inbreuk te verbieden, te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding, en te verplichten de fonogrammen af te geven en informatie te verstrekken opdat de fonogrammen kunnen worden vernietigd. Pelham beriep zich onder meer op § 24 van de Duitse Auteurswet (*Urheberrechtsgesetz*), waarin is bepaald dat een onafhankelijk werk dat is geschapen met vrij gebruik van het werk van een ander zonder toestemming van de maker mag worden openbaargemaakt en geëxploiteerd (de zgn. *freie Benutzung*).³

2.3 *Spiegel Online*

Volker Beck is een Duitse voormalige politicus die van 1994 tot 2017 deel uitmaakte van de Bondsdag. Hij is tevens auteur van een controversieel essay, dat betrekking had op overheidsbeleid ten aanzien van zedendelicten tegen minderjarigen, dat in 1988 in een verzamelbundel verscheen. Beck wilde zich van de inhoud van dat essay distantiëren en maakte daartoe in 2013 de eerder verschenen versie van het essay en een bewerking daarvan openbaar via zijn persoonlijke website, tezamen met een verklaring dat de oorspronkelijke uitgever destijds zonder toestemming wijzigingen had aangebracht. De Duitse krant *Spiegel Online* publiceerde hierop een artikel dat die laatste bewering weersprak en maakte ter ondersteuning beide versies van het manuscript beschikbaar op haar website. Beck sprak daarop *Spiegel Online* aan op grond van auteursrechtinbreuk.

3. Harmonisatie door het Handvest

In de literatuur is opgemerkt dat de grondrechten uit het Handvest een krachtig instrument zijn gebleken voor *judge-made harmonisation*.⁴ Het Hof gebruikt daartoe een techniek die zich laat vatten in de volgende drietrapsraket. Allereerst stelt het Hof vast dat een bepaling slechts ten dele is geharmoniseerd en dat lidstaten dientengevolge een bepaalde beoordelingsruimte hebben bij de implementatie en uitleg van deze bepaling. Vervolgens relateert het Hof deze ruimte, waarbij het zich beroept op begrenzende Unierechtelijke normen en beginselen, waaronder het Handvest. Het Hof gebruikt deze normen vervolgens om grenzen te stellen aan de beoordelingsruimte van lidstaten, die als gevolg hebben dat de beoordelingsvrijheid uiteindelijk zeer beperkt of zelfs *afwezig* is, omdat het Hof concrete voorwaarden stelt die in acht moeten worden genomen bij de toepassing van bepalingen van Unierecht.

De rechtspraak van het Hof over het rechterlijk bevel tegen tussenpersonen illustreert deze techniek.⁵ De methode wordt ook toegepast in de arresten *Funke Medien*, *Pelham* en *Spiegel Online*. Daarin beantwoordt het Hof vragen van het BGH over de discretionaire ruimte die lidstaten hebben bij de implementatie van de Arl. Het Hof spreekt zich in de arresten onder meer uit over de beoordelingsruimte van lidstaten bij de implementatie, uitleg en toepassing van de excepties, waarbij het specifiek aandacht besteedt aan de reportage-exceptie (art. 5 lid 3 onder c Arl) en de citaat-exceptie (art. 5 lid 3 onder d Arl).

3 In § 24 lid 2 is een beperking opgenomen die inhoudt dat een *herkenbare* overname in een muziekstuk niet als *freie Benutzung* kan worden aangemerkt. Deze begrenzing werd door het Bundesverfassungsgericht ongrondwettelijk bevonden, zie: BverfG 13 mei 2016, BvR 1585/13.

4 Zie E. Rosati, *Judge-made EU Copyright Harmonisation: The Case of Originality*, Florence: European University Institute 2012; J. Griffiths, ‘Constitutionalising or Harmonising? The Court of Justice, the Right to Property and European Copyright Law’, *ELR* 2013, afl. 1, p. 65-72; J. Griffiths, ‘Taking

Power Tools to the Acquis – The Court of Justice, the Charter of Fundamental Rights and European Union Copyright Law’, in: C. Geiger (red.), *Intellectual Property and the Judiciary*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 144-174; V. Cassiers & A. Strowel, ‘Intellectual Property Law Made by the Court of Justice of the European Union’, in: C. Geiger (red.), *Intellectual Property and the Judiciary*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 175-206.

5 S. Kulk & P. Teunissen, ‘Naar een nieuw fundament – hoe het Handvest het auteursrecht hervormt (deel 1)’, *AMI* 2019, afl. 4, p. 127-129.

3.1 Harmonisatie van excepties

Het Hof herhaalt het krachtens vaste rechtspraak geldende uitgangspunt dat lidstaten bij de implementatie en uitleg van excepties enige beoordelingsvrijheid hebben, omdat de Uniewetgever hen slechts gedeeltelijk heeft geharmoniseerd.⁶ De precieze speelruimte dient volgens het Hof per geval te worden beoordeeld, “met name aan de hand van de bewoordingen van die bepaling (...), waarbij de door de Uniewetgever bedoelde mate waarin de beperkingen en restricties worden geharmoniseerd, wordt bepaald aan de hand van de gevolgen ervan voor de goede werking van de interne markt.”⁷

Het Hof overweegt in *Funke Medien* en *Spiegel Online* vervolgens dat lidstaten bij de toepassing van nationaal recht ter implementatie van de reportage-exceptie en de citaatexceptie een “beduidende beoordelingsruimte” hebben. Die ruimte volgt uit de totstandkomingsgeschiedenis en uit de open normen die in de bepalingen zijn neergelegd. Zo bepaalt art. 5 lid 3 onder c Arl dat gebruik van werken ter verslaggeving is geoorloofd “voor zover dit uit het oogpunt van voorlichting gerechtvaardigd is” en art. 5 lid 3 onder d Arl dat citeren is toegestaan voor zover dit “naar billijkheid geschiedt en door het bijzondere doel wordt gerechtvaardigd.”⁸ Er lijkt dus enige ruimte te bestaan voor nationale wetgevers en rechters om een eigen invulling te geven aan deze begrippen en een afweging te maken tussen de betrokken belangen en rechten.

Het Hof relateert de hierboven beschreven beoordelingsruimte echter vrijwel direct door te overwegen dat de beoordelingsruimte van lidstaten “in meerdere opzichten” beperkt is. Zo moeten lidstaten bij de uitoefening van hun discretionaire bevoegdheid binnen de grenzen van het Unierecht blijven, waaronder de grenzen van de bepaling zelf en het evenredigheidsbeginsel. Daarnaast mag het nationale recht geen afbreuk doen aan de doelen van de richtlijn, waartoe enerzijds het beginsel van een hoog beschermingsniveau voor rechthebbenden en anderzijds de nuttige werking van de beperkingen en restricties behoren. Verder stelt de driestappentoets enkele voorwaarden aan de toepassing van excepties, te weten dat zij alleen in bepaalde bijzondere

gevallen worden toegepast, dat geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van het werk en dat de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad. Ten slotte moeten lidstaten de grondrechten uit het Handvest respecteren en zich baseren op een uitleg van de richtlijn die een rechtvaardig evenwicht mogelijk maakt tussen de betrokken grondrechten.⁹

Het Hof overweegt in *Funke Medien* en *Spiegel Online* voor de reportage- en citaatexceptie “dat deze specifiek ten doel hebben prioriteit te geven aan de uitoefening van het recht op vrije meningsuiting van de gebruikers van beschermd materiaal en op vrijheid van de pers, welk recht van bijzonder belang is wanneer het wordt beschermd als grondrecht, ten opzichte van het belang van de auteur zich tegen het gebruik van zijn werk te kunnen verzetten, waarbij die auteur wel het recht wordt gewaarborgd dat in beginsel zijn naam wordt vermeld.”¹⁰ Deze prioritering brengt met zich dat lidstaten (steeds) minder beoordelingsruimte hebben bij het verrichten van de afweging van belangen. Wanneer aan het ene grondrecht een groter belang wordt gehecht, brengt dat immers een lager beschermingsniveau met zich voor het andere grondrecht. Dat is een uitkomst die door het Unierecht is verboden.¹¹

In *Spiegel Online* gaat het Hof een stap verder bij de uitleg van de reportage-exceptie. Het Hof merkt op dat de nuttige werking van de bepaling erin is gelegen het publiek tijdig te informeren over actuele gebeurtenissen, hetgeen is verzekerd door het recht op vrijheid van informatie (art. 11 Handvest). Daaruit volgt volgens het Hof dat de exceptie niet de eis mag stellen dat voorafgaand toestemming wordt gevraagd voor gebruik van het beschermde werk.¹²

3.2 Het facultatieve karakter van excepties

Ook de harmoniserende werking van het Handvest kent zijn grenzen. Een obstakel voor een geharmoniseerd stelsel van excepties blijft het facultatieve karakter van excepties. Advocaat-Generaal (A-G) Szpunar betoogde in zijn conclusie in de zaak *Pelham* in dat verband dat met bepaalde excepties is beoogd een evenwicht tot stand te brengen tussen verschillende grondrechten, en dat het niet opnemen van deze

6 HvJ 29 juli 2019, C-469/19, ECLI:EU:C:2019:623 (*Funke Medien*), r.o. 40. Zie ook: HvJ 21 oktober 2010, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620, AMI 2012, afl. 6, nr. 20, m.nt. J.H. Spoor, IER 2011/26, m.nt. K.J. Koelman, NJ 2011/509, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Padawan*), r.o. 35; HvJ 5 maart 2010, C-463/12, ECLI:EU:C:2015:144, NJ 2016/186, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Copydan Båndkopi*), r.o. 57.

7 HvJ 29 juli 2019, C-469/19, ECLI:EU:C:2019:623 (*Funke Medien*), r.o. 40; HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 25. Zie ook: 31e considerans preambule Arl.

8 HvJ 29 juli 2019, C-469/19, ECLI:EU:C:2019:623 (*Funke Medien*), r.o. 42-43; HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 27-28.

9 HvJ 29 juli 2019, C-469/19, ECLI:EU:C:2019:623 (*Funke Medien*), r.o. 45-53; HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 30-38.

10 HvJ 29 juli 2019, C-469/19, ECLI:EU:C:2019:623 (*Funke Medien*), r.o. 60; HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 45 en 57. Zie ook: HvJ 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, AMI 2012, afl. 2, nr. 6, m.nt. M.M.M. van Eechoud, IER 2012/16, m.nt. P.G.F.A. Geerts, *Mediaforum* 2012-3, nr. 8, m.nt. V. Rörsch, NJ 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz (*Painer*), r.o. 135.

11 HvJ 29 juli 2019, C-469/19, ECLI:EU:C:2019:623 (*Funke Medien*), r.o. 30-32; HvJ 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*), r.o. 78-80; HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 19-21; zie ook: HvJ 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Melloni*), r.o. 60.

12 HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 71-74.

beperkingen onverenigbaar kan zijn met het Handvest.¹³ Daarmee zouden bepaalde excepties als de citaatexceptie, de persexcepties en de parodie-exceptie niet langer als facultatief kunnen worden beschouwd.¹⁴ Een overweging in deze trant ontbreekt in de arresten van het Hof. Wellicht was deze gevolgtrekking het Hof een brug te ver omdat, ondanks alle relativeringen, de richtlijn een gedeeltelijke harmonisatie van excepties beoogt.¹⁵

Niettemin is verdedigbaar dat de inwerkingtreding van het Handvest gevolgen heeft – of zou moeten hebben – voor het facultatieve karakter van excepties.¹⁶ Wanneer met een exceptie is beoogd een rechtvaardig evenwicht tot stand te brengen tussen het belang van de auteur en de belangen van gebruikers en het publiek, moet de nationale rechter zijn nationale recht immers uitleggen op een wijze die dit evenwicht tot stand kan brengen.¹⁷ Dit wordt nog maar eens benadrukt door het oordeel van het Hof dat “hoewel artikel 5 van richtlijn 2001/29 formeel het opschrift ‘Beperkingen en restricties’ draagt, echter [sic] [moet] worden opgemerkt dat die beperkingen of restricties zelf rechten bevatten voor de gebruikers van werken of ander beschermd materiaal.”¹⁸ Wanneer deze rechten tevens bestreken worden door grondrechten, moeten nationale rechters een uitleg geven aan het nationale recht die in overeenstemming is met deze grondrechten.¹⁹

4. Externe excepties

Het Hof gaat in *Funke Medien, Pelham* en *Spiegel Online* in op de in de literatuur veelbesproken vraag of een partij een beroep kan doen op een exceptie op het exclusieve recht die niet is opgenomen in de lijst van art. 5 Arl. In dat verband is gewezen op de grondrechten uit het EVRM en het Handvest.²⁰

4.1 Het bolwerk blijft gesloten

Enigszins geparafraseerd luidt het oordeel van het Hof in *Funke Medien, Pelham* en *Spiegel Online* dat het Unierecht in het algemeen geen ruimte laat voor excepties die art. 5 Arl te buiten gaan, ongeacht of deze hun grondslag vinden in het Handvest of het nationale recht. Enerzijds onderbouwt het Hof zijn beslissing met het argument dat het stelsel van rechten en excepties uit de richtlijn al een bepaald evenwicht tot stand beoogt te brengen tussen de rechten en belangen van de auteur en de rechten en belangen van gebruikers.²¹ Anderzijds overweegt het Hof dat de effectiviteit van de door de richtlijn beoogde harmonisatie en ook de rechtszekerheid op de tocht zouden komen te staan, omdat lidstaten naar eigen inzicht zouden kunnen afwijken van de (volledig geharmoniseerde) exclusieve rechten. Hierdoor zouden naar het oordeel van het Hof de goede werking van de interne markt en de coherente toepassing van excepties niet kunnen worden verzekerd.²² Het Hof onderschrijft daarmee grotendeels de conclusie van A-G Szpunar, die zich in *Spiegel Online* in ronkende bewoordingen tegen een algemene externe exceptie keerde.²³

4.2 Gevolgen voor het Nederlandse auteursrecht

Het Nederlandse auteursrecht aanvaardt een externe exceptie in de handhavingfase. De Hoge Raad oordeelde in *GS Media/Sanoma*, onder verwijzing naar de jurisprudentie van het HvJ en het EHRM, dat “de rechter in een hem voorgelegd geschil, indien de stellingen van de aangesproken partij daartoe aanleiding geven, dient te onderzoeken of in de omstandigheden van het geval bij toewijzing van de gevraagde maatregel, gelet op het beginsel van proportionaliteit, niet te zeer afbreuk wordt gedaan aan het grondrecht waarop de aangesproken partij zich beroept.”²⁴ Sinds het arrest van de

13 Concl. A-G M. Szpunar, ECLI:EU:C:2018:1002, bij HvJ 29 juli 2019, C-476/17 (*Pelham*), pt. 77.

14 Daarbij past de opmerking dat de citaatexceptie in vrijwel iedere lidstaat (m.u.v. Oostenrijk) is geïmplementeerd; zie copyrightexceptions.eu.

15 HvJ 21 oktober 2010, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620, AMI 2012, afl. 6, nr. 20, m.nt. J.H. Spoor, IER 2011/26, m.nt. K.J. Koelman, NJ 2011/509, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Padawan*), r.o. 35.

16 J. Griffiths, ‘Taking Power Tools to the Acquis – The Court of Justice, the Charter of Fundamental Rights and European Union Copyright Law’, in: C. Geiger (red.), *Intellectual Property and the Judiciary*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 157.

17 31e considerans preambule Arl. Zie ook: HvJ 4 oktober 2011, C-403/08, ECLI:EU:C:2011:631, AMI 2012, afl. 1, nr. 1, m.nt. F.W. Grosheide, IER 2012/26, m.nt. H.M.H. Speyart, NJ 2012/164, m.nt. P.B. Hugenholtz, *Computerrecht* 2012/10, m.nt. S.C. van Loon (Premier League), r.o. 164; HvJ 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, AMI 2012, afl. 2, nr. 6, m.nt. M.M.M. van Eechoud, IER 2012/16, m.nt. P.G.F.A. Geerts, *Mediaforum* 2012-3, nr. 8, m.nt. V. Rörsch, NJ 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz (*Painer*), r.o. 134-135; HvJ 3 september 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132, AMI 2014, afl. 6, nr. 16, m.nt. K.J. Koelman, NJ 2016/351, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Deckmyn*), r.o. 26-27 en 34.

18 HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 54.

19 S. Kulk & P. Teunissen, ‘Naar een nieuw fundament – hoe het Handvest het auteursrecht hervormt’, AMI 2019, afl. 4, p. 126-128. Zie ook: HvJ 5 oktober 2004, C-397/01 t/m C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, AB 2005/16, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, NJ 2005/333, m.nt. M.R. Mok, SEW 2005/12, m.nt. S.A. Prechal (*Pfeiffer e.a.*), r.o. 113; HvJ 26 februari

2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, NJ 2013/348, m.nt. M.R. Mok, AB 2013/131, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Akerberg Fransson*), r.o. 19.

20 C. Geiger & E. Izyumenko, ‘Copyright on the Human Rights’ Trial’, IIC 2014, p. 317-342; A. Lucas & J.C. Ginsburg, ‘Droit d’auteur, liberté d’expression et libre accès à l’information (étude comparée de droit américain et européen)’, *Revue internationale du droit d’auteur* 2016, afl. 249, p. 25; C. Geiger & E. Izyumenko, ‘Freedom of Expression as an External Limitation to Copyright Law in the EU: The Advocate General of the CJEU Shows the Way’, *EIPR* 2019, afl. 3, p. 131-137.

21 HvJ 29 juli 2019, C-469/19, ECLI:EU:C:2019:623 (*Funke Medien*), r.o. 58; HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 43. Zie ook: HvJ 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, AMI 2012, afl. 2, nr. 6, m.nt. M.M.M. van Eechoud, IER 2012/16, m.nt. P.G.F.A. Geerts, *Mediaforum* 2012-3, nr. 8, m.nt. V. Rörsch, NJ 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz (*Painer*), r.o. 135.

22 HvJ 29 juli 2019, C-469/19, ECLI:EU:C:2019:623 (*Funke Medien*), r.o. 60-63; HvJ 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*), r.o. 64-65; HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 47-48. Zie ook: concl. A-G M. Szpunar, ECLI:EU:C:2018:1002, bij HvJ 29 juli 2019, C-476/17 (*Pelham*), pt. 52-54.

23 Concl. A-G M. Szpunar, ECLI:EU:C:2019:16, bij HvJ 29 juli 2019, C-516/17 (*Spiegel Online*), pt. 63. De A-G was niettemin van mening dat in uitzonderlijke gevallen de vrijheid van meningsuiting een rechtvaardiging kan vormen voor een mededeling aan het publiek (pt. 62 en 81).

24 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:841, NJ 2015/183, SEW 2015/108 (*GS Media/Sanoma*), r.o. 5.2.5.

Hoge Raad kwam het in enkele zaken tot een concrete afwijzing tussen het belang van de rechthebbende bij toewijzing van diens vordering en het grondrecht waarop een beroep was gedaan door diens wederpartij.²⁵

Men kan zich afvragen in hoeverre deze lijn in het licht van de arresten *Funke Medien*, *Pelham* en *Spiegel Online* nog houdbaar is. Betoogd kan worden dat zulks nog steeds het geval is, omdat geen sprake is van een exceptie op het exclusieve recht, maar een verweer dat de inbreukmaker kan aanvoeren tegen een gevorderde sanctie zoals een verbod of schadevergoeding.²⁶ Het Unierecht sluit immers niet uit dat de betrokken (grondrechtelijke) belangen een rol kunnen spelen in de handhavingfase. In de overwegingen bij de richtlijn wordt het belang van handhaving onderstreept, maar ook dat “de bescherming van de intellectuele eigendom geen belemmering van de vrijheid van meningsuiting, het vrije verkeer van informatie of de bescherming van persoonsgegevens [mag] vormen, ook niet op het internet.”²⁷ Daarnaast schrijft de Handhavingsrichtlijn voor dat de rechter ook bij het vaststellen van de geëigende sanctie rekening houdt met de concrete omstandigheden van het geval.²⁸ De rechter kan aan deze verplichting onder meer invulling geven door de omvang van een gevorderd verbod te beperken of door een gevorderde dwangsom af te wijzen.²⁹ Ook afwijzing van nevenvorderingen behoort tot de mogelijkheden, omdat dat een discretionaire beslissing van de rechter betreft.³⁰

Onduidelijk is of afwijzing van een *verbod* mogelijk is. Dat zou eveneens kunnen leiden tot gevaren voor de effectiviteit van de tot stand gebrachte harmonisatie en de rechtszekerheid. Het verbod is immers niet veel meer dan een effectuering van de uitsluitende rechten van de rechthebbende (niet voor niets vaak omschreven als ‘verbodsrechten’).³¹ Een (aanvullend) beroep op een grondrecht lijkt in ieder geval te moeten worden verworpen wanneer daarmee via een omweg

een exceptie wordt gerealiseerd waarin niet is voorzien door de Arl.³² De onvermijdelijke conclusie daarvan zou zijn dat een afwijzing van een verbod zoals het geval was in de zaak *Scientology* niet langer mogelijk is. In die zaak kwam het Hof Den Haag tot de conclusie dat de *Thetan*-documenten, die krachtens rechterlijk bevel ter inzage lagen in de bibliotheek van het District Court of California, niet rechtmatig openbaar waren gemaakt, omdat Scientology daarvoor geen toestemming had verleend.³³ Het Hof besliste niettemin dat, ondanks de vastgestelde inbreuk, het gevorderde verbod moest worden afgewezen vanwege strijd met art. 10 EVRM.³⁴ Die weg lijkt inmiddels, gezien de verwerping van de externe exceptie, niet langer begaanbaar. De rechter zal moeten bezien of, binnen de grenzen van Unierecht en nationaal recht, een ruime uitleg van een exceptie mogelijk is.³⁵

4.3 Buitenwettelijke excepties

Hoewel het stelsel van beperkingen uit de richtlijn op slot blijft, mag daaruit niet de conclusie worden getrokken dat *buitenwettelijke* excepties per definitie zijn uitgesloten. De richtlijn verbiedt immers slechts dat lidstaten beperkingen toepassen die art. 5 Arl te buiten gaan. Implementatie van een exceptie uit de richtlijn hoeft immers niet uitdrukkelijk in een nieuwe wettelijke bepaling te gebeuren. Dat kan ook bereikt worden door een beperking af te leiden uit het bestaande nationale rechtssstelsel.

Naar Nederlands recht kan gedacht worden aan de toepassing van ongeschreven rechtsbeginselen of grondrechten, maar ook van bepalingen van algemeen civiel recht, zoals de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW) en het verbod op misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW). Mogelijk blijft ook een analoge interpretatie of een uitleg die past in het stelsel van de wet, zoals door de Hoge Raad is aanvaard in *Dior/Evora*.³⁶ De Hoge Raad oor-

25 Rb. Amsterdam 16 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3517 en Hof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:395, AMI 2018, afl. 5, nr. 14, m.nt. J.J.C. Kabel (*Anne Frank Fonds/Anne Frank Stichting*); Rb. Amsterdam 10 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3590, AMI 2015, afl. 5, nr. 7, m.nt. M.M.M. van Eechoud en Hof Amsterdam 21 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:523 (*Pictoright/Stadsarchief Rotterdam*); Rb. Amsterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9312, IER 2017/5, m.nt. C.F.M. de Vries (*Anne Frank Fonds/Anne Frank Stichting & KNAW*).

26 P. Teunissen, ‘Van interpretatie tot harmonisatie: grondrechtenafwijzingen in het auteursrecht’, IER 2018/40, afl. 5, p. 384-386. Zie ook: P.F.G.A. Geerts, ‘HvJ EU Funke Medien en Spiegel Online: geen pyrrus-overwinning voor de informatievrijheid’, IEF 18736, pt. 8.

27 2e considerans preambule Handhavingsrichtlijn.

28 Zie 17e considerans preambule Handhavingsrichtlijn: “De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen waarin deze richtlijn voorziet, moeten in elk afzonderlijk geval zodanig worden vastgesteld dat naar behoren rekening wordt gehouden met de specifieke kenmerken van dat geval, waaronder de specifieke kenmerken van elk intellectueel-eigendomsrecht en in voorkomend geval de opzettelijke of onopzettelijke aard van de inbreuk.”

29 Zie Hof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:395 (*Anne Frank Fonds/Anne Frank Stichting*), r.o. 3.11.

30 Rb. Amsterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9312 (*Anne Frank Fonds/Anne Frank Stichting & KNAW*), r.o. 4.8-4.9 en 5.1.

31 Zie o.m. J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 2.

32 Dat zou eveneens in strijd zijn met het effectiviteitsbeginsel; zie daarover Asser/Hartkamp 3-1 2019/111.

33 Hof Den Haag 4 september 2003 ECLI:NL:GHSGR:2003:A15638, AMI 2003, afl. 6, nr. 18, m.nt. P.B. Hugenholtz; BIE 2004/57, m.nt. A.A. Quaedvlieg, *Computerrecht* 2003, p. 350, m.nt. K.J. Koelman, NJ 2003/664, IER 2003/69, m.nt. F.W. Grosheide, *Mediaforum* 2003, p. 341, m.nt. D.J.G. Visser (*Scientology/Spaink*), r.o. 7.9.

34 Hof Den Haag 4 september 2003 ECLI:NL:GHSGR:2003:A15638, AMI 2003, afl. 6, nr. 18, m.nt. P.B. Hugenholtz; BIE 2004/57, m.nt. A.A. Quaedvlieg, *Computerrecht* 2003, p. 350, m.nt. K.J. Koelman, NJ 2003/664, IER 2003/69, m.nt. F.W. Grosheide, *Mediaforum* 2003, p. 341, m.nt. D.J.G. Visser (*Scientology/Spaink*), r.o. 8.2-8.4.

35 Een dergelijke uitleg had in het *Scientology*-arrest waarschijnlijk oplossing kunnen bieden; zie paragraaf 5.5.

36 HR 20 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1845, AA 1997, 640-645, m.nt. H. Cohen Jehoram, IER 1995/41, NJ 1995/682, m.nt. J.H. Spoor (*Dior/Evora*), r.o. 3.6.2. Anders: P.G.F.A. Geerts & A.M.E. Verschuur (red.) *Kort Begrip van het Intellectuele Eigendomsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 593.

deelde in dat arrest dat de beperkingen uit de Auteurswet niet uitsluiten dat “de grenzen van het auteursrecht ook in andere gevallen aan de hand van een vergelijkbare afweging nader moeten worden bepaald, in het bijzonder wanneer de behoefte aan de desbetreffende begrenzing door de wetgever niet is onderkend en zij past in het stelsel van de wet, zulks in het licht van de ontwikkeling van het auteursrecht als middel tot bescherming van commerciële belangen.” De rechter kan dus een bestaande exceptie analoog toepassen, voor zover deze binnen de grenzen van de richtlijn blijft.³⁷

Ook een uitleg die vooruitloopt op een aanpassing van de richtlijn (*anticiperende interpretatie*) is geenszins uitgesloten. Daarbij kan worden gedacht aan een uitleg in overeenstemming met de inmiddels aangenomen (verplichte) excepties voor tekst- en datamining. Een dergelijke interpretatie is naar Nederlands recht mogelijk wanneer een richtlijn nog niet is geïmplementeerd.³⁸ Daarbij past het dat de rechter, gelet op het belang van rechtszekerheid voor rechthebbenden, enige terughoudendheid in acht neemt. Dit geldt in het bijzonder wanneer bij de implementatie enige beoordelingsruimte is gelaten aan de wetgever.

5. Flexibilisering van het auteursrecht

Een flexibel auteursrecht biedt de rechter ruimte om een uitleg te geven aan auteursrechtelijke regels die rekening houdt met veranderende maatschappelijke en technologische omstandigheden. Een dergelijke uitleg kan de balans waarborgen tussen de verschillende rechten en belangen van rechthebbenden en gebruikers.³⁹ Zoals eerder beschreven, biedt het Handvest de rechter hiertoe de ruimte.⁴⁰ Dat het Hof van Justitie deze ruimte herkent en ook benut, komt naar voren in de arresten *Funke Medien*, *Spiegel Online* en *Pelham*. Noemenswaardig is dat het Hof in deze uitspraken uitgebreider en meer gestructureerd dan voorheen ingaat op de wijze waarop excepties moeten worden uitgelegd. Op deze uitlegeregels zal in deze paragraaf nader worden ingegaan. Daarnaast wordt in het bijzonder gekeken naar uitleg die het Hof in de arresten geeft aan het reproductierecht van de fonogrammenproducent, de reportage-exceptie en de citaatexceptie.

5.1 Uitlegeregels

In de arresten *Funke Medien*, *Spiegel Online* en *Pelham* herhaalt het Hof de bekende rechtspraak over de uitleg van bepalingen van de Auteursrechtlijn. Het Hof benadrukt dat de exclusieve rechten moeten worden uitgelegd in overeenstemming met het uitgangspunt van een hoog beschermingsniveau voor rechthebbenden. Deze uitleg moet echter ook een rechtvaardig evenwicht tot stand brengen tussen, enerzijds, het belang van de houders van auteursrechten en naburige rechten, zoals ook beschermd door art. 17 lid 2 Handvest en, anderzijds, de bescherming van de belangen en fundamentele rechten van de gebruikers van beschermd materiaal, alsmede van het algemeen belang.” Het Hof verwijst daarbij naar art. 13 Handvest, mede uitgelegd in het licht van art. 10 EVRM, dat zich uitstrekt tot de openbare uitwisseling van allerlei soorten culturele, politieke en sociale inlichtingen of denkbeelden.⁴¹

Volgens het Hof dienen excepties uitgelegd te worden op een wijze die hun nuttige werking beschermt en hun doel eerbiedigt.⁴² Deze regel is volgens het Hof “van bijzonder belang” wanneer de betrokken exceptie ten doel heeft de bescherming van een grondrecht te waarborgen. Voor de reportage-exceptie en de citaatexceptie geldt volgens het Hof zelfs dat deze *prioriteit* geven aan de vrijheid van informatie en het recht op vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid. Het Hof verwijst wederom naar de rechtspraak van het EHRM, waaruit volgt dat bij de afweging van het auteursrecht en het recht op vrijheid van meningsuiting rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat “het betrokken soort ‘uiteenzetting’ of informatie van groot belang is, met name in het kader van politieke gedachte-wisselingen of een debat van algemeen belang.”⁴³

Het Hof concludeert dat de nationale rechter “zich moet baseren op een uitlegging van deze bepalingen die, met volledige inachtneming van de bewoordingen en behoud van de nuttige werking ervan, volkomen in overeenstemming is met de door het Handvest gewaarborgde fundamentele rechten.”⁴⁴ De gezichtspunten die het EHRM heeft ontwikkeld met betrekking tot de afweging van het auteursrecht en de vrijheid van meningsuiting vormen daarvan een integraal onderdeel.

37 Dit lijkt met name relevant in het kader van de reportage-exceptie; zie par. 5.3.1.

38 HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262, m.nt. S.D. Lindenberg en J.S. Kortmann (*Tennet/ABB*), r.o. 4.3.4.

39 Zie: Ch. Geiger, ‘Flexibilising Copyright – Remedies to the Privatisation of Information by Copyright Law’, *IIC* 2008, afl. 2, p. 178-197; P.B. Hugenholtz & M.R.F. Senftleben, *Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities*, Amsterdam: IViR & VU 2011, p. 10. Zie ook: M.R.F. Senftleben, ‘The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation’, *JIPITEC* 2010, afl. 2, p. 67-82; M.R.F. Senftleben, ‘The Perfect Match – Civil Law Judges and Open-Ended Fair Use Provisions’, *American University International Law Review* 2017, afl. 1, p. 231-286; S. Kulk, *Internet Intermediaries and Copy-*

right Law. Towards a Future-proof EU Legal Framework, Deventer: Kluwer Law International 2019 (nog te verschijnen).

40 S. Kulk & P. Teunissen, ‘Naar een nieuw fundament – hoe het Handvest het auteursrecht hervormt (deel 1)’, *AMI* 2019, afl. 4, p. 122-123; 127-129.

41 HvJ 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*), r.o. 28-35.

42 HvJ 29 juli 2019, C-469/19, ECLI:EU:C:2019:623 (*Funke Medien*), r.o. 71; HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 55.

43 HvJ 29 juli 2019, C-469/19, ECLI:EU:C:2019:623 (*Funke Medien*), r.o. 71-74, HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 55-58.

44 HvJ 29 juli 2019, C-469/19, ECLI:EU:C:2019:623 (*Funke Medien*), r.o. 75, HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 59.

5.2 Het reproductierecht van de fonogrammenproducent

In *Pelham* gaat het Hof in op de vraag of een geluidssample van twee seconden een handeling oplevert die binnen het bereik van het exclusieve reproductierecht voor fonogrammenproducenten valt. Dit recht is neergelegd in art. 2 onder c ArI, dat bepaalt dat lidstaten ten behoeve van “producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen” 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.”

Het Hof oordeelt dat het begrip “volledige of gedeeltelijke reproductie” uit die bepaling conform de vaste formule moet worden uitgelegd in overeenstemming met de gebruikelijke betekenis in de omgangstaal. Om die reden is naar het oordeel van het Hof “iedere reproductie van een fragment, hoe kort ook” een handeling die een gedeeltelijke reproductie oplevert. Als uitgangspunt vallen daarom ook samples onder het reproductierecht.⁴⁵ Het Hof verwerpt daarmee in navolging van de A-G de door de verzoekers voorgestelde *de minimis*-drempel voor toepasselijkheid van het reproductierecht.⁴⁶

Het Hof formuleert niettemin een uitzondering die inhoudt dat het reproductierecht niet van toepassing is wanneer een gebruiker een geluidsfragment in gewijzigde en voor het oor onherkenbare vorm in een nieuw werk gebruikt.⁴⁷ Het Hof motiveert deze beperking van het reproductierecht met een beroep op de kunstvrijheid van art. 13 Handvest. Dat grondrecht strekt zich, op grond van vaste rechtspraak over (het daarmee corresponderende) art. 10 EVRM, uit tot deelname aan “openbare uitwisseling van allerlei soorten culturele, politieke en sociale inlichtingen of denkbeelden.”⁴⁸ Het Hof komt op basis van deze rechtspraak tot het oordeel dat ook sampling binnen het beschermingsbereik van het grondrecht

op artistieke expressie valt. Na een reeks enigszins ondoorzichtige afwegingen komt het Hof tot de conclusie dat het beginsel van een rechtvaardig evenwicht in de weg staat aan een uitleg die onherkenbare samples onder het reproductierecht schaarst.⁴⁹ Het Hof wijst er verder op dat onherkenbare samples geen afbreuk doen aan de mogelijkheid voor die producent om een behoorlijk rendement voor zijn investering te verkrijgen.⁵⁰

De enigszins gekunstelde beperking van het reproductierecht tot herkenbare overnames is weinig overtuigend te noemen. Zo is onduidelijk hoe de herkenbaarheid van een fonogram positief moet worden vastgesteld.⁵¹ Daarnaast kan men zich afvragen of onherkenbare overnames niet per definitie buiten de reikwijdte van het reproductierecht zouden moeten vallen.⁵² Ten slotte kan het nodige worden ingebracht tegen een uitleg die ook een minimale overname aanmerkt als “gedeeltelijke reproductie” van een fonogram.⁵³ Zo is in de Conventie van Genève bepaald dat een overname slechts als reproductie (*duplicate*) kan worden aangemerkt voor zover deze een wezenlijk (*substantial*) onderdeel vormt van het fonogram.⁵⁴ Het belangrijkste argument volgt echter uit de ratio van de naburige rechten: de bescherming van investering.⁵⁵ Daaruit zou men kunnen concluderen dat een handeling pas onder het reproductierecht zou moeten vallen wanneer de investering van de fonogrammenproducent in het geding komt.⁵⁶ Ohly heeft betoogd dat zulks het geval is wanneer de reproductie als *substituut* kan fungeren voor het fonogram.⁵⁷ Het Hof legt het reproductierecht evenwel ruim uit en verwijst ter ondersteuning naar het beginsel van een hoog beschermingsniveau.⁵⁸ De gebruiker die een herkenbaar deel overneemt uit een beschermd werk is dientengevolge aangewezen op de excepties, in welk kader vooral het citaatrecht een rol lijkt te kunnen spelen.⁵⁹

45 HvJ 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*), r.o. 28-30.

Aldus ook: BGH 20 november 2008, I ZR 112/06 (*Kraftwerk/Pelham c.s.; “Metall auf Metall I”*), r.o. 11b, 13 en 14bb.

46 Concl. A-G M. Szpunar, ECLI:EU:C:2018:1002, bij HvJ 29 juli 2019, C-476/17 (*Pelham*), pt. 28-33.

47 HvJ 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*), r.o. 31.

48 Zie ook: EHRM 24 mei 1988, nr. 10737/84, ECLI:CE:ECHR:1988:0524JUD001073784, NJ 1991/685, m.nt. E.A. Alkema, *NJCM Bulletin* 1988, p. 675, m.nt. L. Zwaak (*Müller/Zwitserland*), r.o. 27; EHRM 8 juli 1999, 23168/94, ECLI:CE:ECHR:1999:0708JUD002316894 (*Karataş/Turkije*), r.o. 49.

49 HvJ 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*), r.o. 31-37.

50 HvJ 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*), r.o. 38.

51 Zie daarover verderop in deze aflevering: B.H.M. Schipper, ‘De kunst van het samplen na *Pelham*. Grenzen aan het naburige recht van de fonogrammenproducent’, *AMI* 2019, afl. 5, p. 162-166.

52 Dit lijkt het Hof ook zelf te onderkennen in r.o. 37: “Het aanmerken van een van een fonogram overgenomen fragment dat voor een eigen artistieke schepping in een gewijzigde en voor het oor onherkenbare vorm in een nieuw werk wordt gebruikt, als een „reproductie” van dat fonogram in de zin van artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/29, zou niet alleen strijdig zijn met de in de omgangstaal gebruikelijke betekenis van dat begrip [cursivering SK & PT], in de zin van de in punt 28 van dit arrest aange-

haalde rechtspraak, maar eveneens voorbijgaan aan het in punt 32 van dit arrest genoemde vereiste van een rechtvaardig evenwicht.”

53 D. Jongma, AG Szpunar on Copyright’s Relation to Fundamental Rights: One Step Forward and Two Steps Back’, *ssrn.com*, p. 5.

54 Zie art. 1 onder c Overeenkomst ter bescherming van producenten van fonogrammen tegen het ongeoorloofd kopiëren van hun fonogrammen, Genève 29 oktober 1971, *Trb.* 1986, 183 (Conventie van Genève).

55 Betoogd is dat het investeringsargument niet langer overtuigt als legitimatie voor het bestaan van naburige rechten: P.B. Hugenholtz, ‘De naburige rechten hebben hun tijd gehad’, *AMI* 2018, afl. 6, p. 243-244; P.B. Hugenholtz, ‘Neighbouring Rights are Obsolete’, *IIC* 2019 (online).

56 J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 17.12 en 17.16, p. 849 en 861; L. Bently, S. Dusollier, C. Geiger e.a., ‘Sound Sampling, a Permitted Use Under EU Copyright Law? Opinion of the European Copyright Society in Relation to the Pending Reference before the CJEU in Case C-476/17, *Pelham GmbH v. Hütter*, *IIC* 2019, afl. 4, par. 3.5. Zie ook: concl. A-G M. Szpunar, ECLI:EU:C:2018:1002, bij HvJ 29 juli 2019, C-476/17 (*Pelham*), pt. 28.

57 A. Ohly, ‘Hip Hop und die Zukunft der “freien Benutzung” im EU-Urheberrecht. Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des BGH “Metall auf Metall”’, *GRUR* 2017, p. 964.

58 HvJ 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*), r.o. 30 en 38.

59 Zie par. 5.4.

5.3 De reportage-exceptie

Art. 5 lid 3 onder c Arl harmoniseert enkele excepties voor gebruik van werken in en door de pers. De bepaling maakt onderscheid tussen, enerzijds, het gebruik van gepubliceerde artikelen over actuele economische, politieke of religieuze onderwerpen (overname door de pers) en, anderzijds, het gebruik van werken in verband met verslaggeving over actuele gebeurtenissen (reportage).⁶⁰ Deze laatste exceptie wordt door het Hof in *Spiegel Online* en *Funke Medien* uitgelegd in het licht van (onder meer) de informatievrijheid en de persvrijheid.

In *Spiegel Online* was de vraag of een nationale reportage-exceptie zo eng mag worden uitgelegd dat die zich beperkt tot gevallen waarin vooraf geen toestemming gevraagd kon worden voor publicatie. Naar het oordeel van het Hof verzet de richtlijn zich tegen een dergelijke uitleg. Het Hof overweegt daartoe allereerst dat in de reportage-exceptie geen vereiste van voorafgaande toestemming is opgenomen. Het Hof gaat vervolgens in op de vereisten voor toepassing van de exceptie, waarbij het de nadruk legt op de voorwaarden dat het gebruik van het werk geschiedt “in verband met de verslaggeving over actuele gebeurtenissen” en daarnaast “uit een oogpunt van voorlichting gerechtvaardigd is.” In het arrest geeft het Hof een autonome uitleg aan de begrippen die onderdeel zijn van deze vereisten, met inachtneming van de betekenis van die begrippen in de omgangstaal, de context waarin zij worden gebruikt en de doelstellingen die worden nagestreefd met de richtlijn.⁶¹

5.3.1 “Verslaggeving” van een “actuele gebeurtenis”

In *Spiegel Online* geeft het Hof een definitie van het begrip “verslaggeving.” Daarmee wordt volgens het Hof bedoeld het verstrekken van informatie over een “actuele gebeurtenis”, hetgeen zich laat uitleggen als een gebeurtenis waarbij het publiek op het moment dat verslag ervan wordt gegeven belang heeft om daarover te worden geïnformeerd.⁶² Een gedetailleerde analyse van de gebeurtenis is niet vereist. Het Hof oordeelt in *Funke Medien* voorts dat ook het online plaatsen van documenten met actualiteitswaarde kan worden gezien als gebruik van werken in het kader van verslaggeving wanneer die documenten in een bepaalde context worden geplaatst, bijvoorbeeld door ze te voorzien van opmerkingen en links, en door bezoekers de mogelijkheid te bieden om te reageren.⁶³

5.3.2 Toestemmingsvereiste?

Ten aanzien van de context van de reportage-exceptie benadrukt het Hof dat de bepaling “moet worden gezien in het kader van de verspreiding van informatie door de media teneinde te voldoen aan het belang van het publiek om te worden geïnformeerd over actuele gebeurtenissen, wat met name blijkt uit enerzijds de in deze bepaling gebruikte bewoordingen, waarbij het eerste genoemde geval specifiek ziet op de weergave in de pers en de publicatie van artikelen over actuele onderwerpen, en anderzijds uit de door de Uniewetgever vastgestelde beperkingen van het gebruik van het betrokken werk of beschermd materiaal, dat ‘uit een oogpunt van voorlichting gerechtvaardigd’ moet zijn.”⁶⁴ Het Hof stelt vast dat een vereiste van voorafgaande toestemming tijdige informatieverstrekking aan het publiek uiterst moeilijk of zelfs onmogelijk zou maken.⁶⁵

Het Hof analyseert vervolgens de doelstellingen van de richtlijn, meer concreet de nuttige werking van de exceptie in kwestie, en schenkt daarbij aandacht aan de betrokken grondrechten. Daarbij verwijst het Hof naar de informatievrijheid en de persvrijheid (beide door art. 11 Handvest beschermd) en het arrest *Painer*, waarin het overwoog dat “de pers in een democratische samenleving en een rechtsstaat tot taak heeft zonder andere dan de strikt noodzakelijke beperkingen het publiek te informeren.” Met een vereiste van toestemming, in gevallen waarin dat redelijkerwijs mogelijk is, wordt volgens het Hof voorbijgegaan aan het doel van de reportage-exceptie.⁶⁶

Wat opvalt aan de overwegingen van het Hof is dat een analyse van, enerzijds, de context van de regeling en, anderzijds, de nuttige werking van de exceptie conceptueel mogelijk moeilijk van elkaar zijn te scheiden. Zo wordt in de analyse van de context van de regeling verwezen naar de daaraan ten grondslag liggende kernwaarden van een goede informatievoorziening (met name “het belang van het publiek om te worden geïnformeerd”). Hoewel deze waarden ook worden beschermd door art. 11 Handvest, verwijst het Hof niet expliciet naar dat grondrecht. In het kader van de nuttige werking van de exceptie doet het Hof dat wel.

De beslissing van het Hof in *Spiegel Online* wijkt af van de conclusie van A-G Szpunar, die een enge uitleg had gegeven aan de reportage-exceptie. De A-G achtte een ruime uitleg van de exceptie onhoudbaar, omdat zulks niet zou stroken met de inhoud van art. 10bis lid 2 BC. Dat artikel staat lidstaten toe excepties in te voeren voor de weergave en het toegankelijk maken van werken die zijn te zien tijdens actuele gebeurtenissen ten behoeve van verslaggeving van die gebeurtenissen

60 Vgl. art. 15 en 16a Aw.

61 HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 60-65.

62 HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 66-67.

63 HvJ 29 juli 2019, C-469/19, ECLI:EU:C:2019:623 (*Funke Medien*), r.o. 75.

64 HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 70.

65 HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 71.

66 HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 71 en 73; HvJ 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, AMI 2012/6, m.nt. M.M.M. van Eechoud, IER 2012/16, m.nt. P.G.F.A. Geerts, *Mediaforum* 2012-3, nr. 8, m.nt. V. Rörsch, NJ 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz (*Painer*), r.o. 113.

“door middel van fotografie, cinematografie of langs de weg van radio-uitzending of overbrenging per draad.” Op grond van deze bewoordingen zou de reportage-exceptie zich volgens de A-G slechts uitstrekken tot “verslagen van actuele gebeurtenissen die langs auditieve en visuele weg (fotografie, radio, televisie, cinematografie) worden uitgebracht.” Daarnaast was volgens de A-G vereist dat de weergegeven werken “gezien of gehoord” moeten zijn tijdens de actuele gebeurtenissen waarvan verslag wordt gedaan.⁶⁷ Omdat de materialen in *Spiegel Online* niet slechts worden waargenomen, maar zij nadere analyse van de lezer vragen, vond de beperking volgens de A-G daarom geen toepassing.

De vraag rijst hoe de ruime uitleg van het Hof zich verhoudt tot art. 10bis lid 2 BC. Deze vraag legt bovendien een mogelijk spanningsveld bloot tussen, enerzijds, de verplichting het auteursrecht Handvest-conform uit te leggen en, anderzijds, de verplichting van de Unie om “zich te voegen” naar de Berner Conventie.⁶⁸

De ruime uitleg die het Hof geeft aan de reportage-exceptie heeft in ieder geval gevolgen voor het Nederlandse auteursrecht. De reikwijdte van de reportage-exceptie in art. 16a Aw is immers eveneens beperkt tot de opname of weergave van een werk in een “foto-, film-, radio- of televisiereportage.” Aangenomen wordt dat reportages van beelden en geluiden op websites ook onder art. 16a Aw vallen.⁶⁹ De bewoordingen van de Nederlandse bepaling wijzen er echter op dat deze een minder ruim toepassingsgebied heeft dan de richtlijnbevestiging. De Nederlandse rechter zal, voor zover dat niet een *contra legem* interpretatie tot gevolg heeft, art. 16a Aw zo moeten uitleggen dat ook andere vormen van verslaggeving, zoals de publicatie van nieuwswaardige documenten op het internet, onder de bepaling vallen.⁷⁰ Voor zover een dergelijke uitleg niet mogelijk is, ligt een analoge uitleg van de exceptie aan de hand van *Dior/Evora* voor de hand.

5.4 De citaatexceptie

Op grond van art. 5 lid 3 onder d Arl kan een exceptie worden ingevoerd voor “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.” Uit

deze omschrijving zijn drie voorwaarden te destilleren waaronder een overname onder de citaatexceptie valt. Het Hof geeft in *Pelham* en *Spiegel Online* een uitleg aan deze voorwaarden in het licht van de betrokken grondrechten van het Handvest.

5.4.1 “Citaat”

Het Hof geeft in *Pelham* en *Spiegel Online* een algemene definitie van het begrip “citeren”. Het overweegt dat dit begrip moet worden uitgelegd conform de in de omgangstaal gebruikelijke betekenis ervan, met inachtneming van de context waarin het wordt gebruikt en de doelstellingen die worden nagestreefd door de regeling waarvan het deel uitmaakt. Met betrekking tot het citaatbegrip oordeelt het Hof dat:

“de wezenlijke kenmerken van een citaat erin bestaan dat een gebruiker die niet de auteur van een werk is, dit werk of meer in het algemeen een passage eruit gebruikt ter illustratie van een uitlating of ter verdediging van een opvatting dan wel om een intellectuele confrontatie teweeg te brengen tussen dit werk en de uitlatingen van de gebruiker, waarbij de gebruiker van een beschermd werk die zich beroept op de beperking voor citeren dus de bedoeling moet hebben om de dialoog met dat werk aan te gaan.”⁷¹

Het Hof geeft daarmee een ruime uitleg van de vereiste context waarbinnen geciteerd mag worden, hetgeen in overeenstemming lijkt met de uitleg die in ons nationale auteursrecht aan art. 15a Aw wordt geven.⁷² Sinds de toevoeging van de bewoordingen “uitingen met een vergelijkbaar doel” was immers geen sprake meer van een serieuze afbakening van het citaatrecht tot bepaalde uitingen.⁷³ Het Hof biedt met zijn al even ruime uitleg ruim baan aan de ontwikkeling van cultuur en wetenschap.⁷⁴

De uitleg van het Hof inzake het vereiste verband tussen het citaat en het werk waaruit wordt overgenomen, lijkt juist restrictiever. Zo oordeelt het Hof in *Spiegel Online* dat de gebruiker die een beroep doet op de citaatexceptie het geciteerde werk “noodzakelijkerwijs in een rechtstreeks en nauw verband” moet brengen met zijn eigen beschouwingen om de bedoelde intellectuele confrontatie aan te kunnen gaan.⁷⁵ Naar Nederlands recht was tot nu toe voldoende dat het verband tussen citaat en uiting voldoende duidelijk is, waarbij als ondergrens gold dat het citaat niet in overwegende mate de

67 Concl.A-G M. Szpunar, ECLI:EU:C:2019:16, bij: HvJ 29 juli 2019, C-516/17 (*Spiegel Online*), pt. 33. Zie over de totstandkoming van de bepaling:

S. Ricketson & J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, Oxford: OUP 2006, p. 805.

68 Zie met betrekking tot die laatste verplichting: HvJ 13 november 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (*Heksenkaas*), r.o. 38 en de daar aangehaalde arresten.

69 J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 305.

70 S. Kulk & P. Teunissen, ‘Naar een nieuw fundament – hoe het Handvest het auteursrecht hervormt (deel 1)’, *AMI* 2019, afl. 4, p. 126.

71 HvJ 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*), r.o. 70-71; concl.A-G M. Szpunar, ECLI:EU:C:2018:1002, bij HvJ 29 juli 2019, C-476/17 (*Pelham*), pt. 64.

72 M.R. de Zwaan, ‘Zeer apart: een Beoordeling van 10 jaar Citaatrecht’, *AMI* 1995, afl. 10, p. 186 en 190.

73 J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 5.19, p. 283.

74 Al eerder is op die grond een ruime uitleg van de Auteurswet betoogd: A.A. Quaadvlieg, ‘De parodiërende nabootsing als een bijzondere vorm van geoorloofd citaat’, *RMThemis* 1987, afl. 6, p. 286.

75 HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 79.

functie van een versiering heeft.⁷⁶ In de rechtspraak is zelfs een voorbeeld bekend waarin werd aangenomen dat de overname van foto's en begeleidende informatie afkomstig van een makelaarswebsite door een zoekmachine een toelaatbaar citaat opleverde.⁷⁷ Een dergelijke opvatting lijkt na *Spiegel Online* niet langer houdbaar, omdat het nauwe en rechtstreekse verband en de intellectuele confrontatie ontbreken.

Het Hof komt in *Pelham* tot het oordeel dat, in het licht van art. 13 Handvest, ook een (herkenbare) overname in een *sound sample* een citaat kan opleveren. Onherkenbare samples vallen daarentegen buiten de reikwijdte van de citaatexcepcie.⁷⁸ Noemenswaardig is vooral dat het Hof met deze ruime uitleg van het citaatbegrip de weg vrijmaakt voor het kunstcitaat. De erkenning van de "intellectuele confrontatie" als legitiem doel voor citeren, ingevuld door rechtspraak van het EHRM, maakt het mogelijk om allerlei vormen van artistieke uitingen onder de citaatexcepcie te vatten.⁷⁹ Deze ontwikkeling zal ongetwijfeld met gejuich ontvangen worden in de literatuur.⁸⁰

Uit *Spiegel Online* volgt dat ook het plaatsen van een hyperlink die verwijst naar een werk onder de citaatexcepcie kan vallen. Het Hof overweegt in dat verband dat een citaat niet onlosmakelijk hoeft te worden geïntegreerd in het citerende werk.⁸¹ Het Hof motiveert deze ruime uitleg met een verwijzing naar vaste rechtspraak, waarin is beslist dat hyperlinks bijdragen aan "de goede werking van het internet, dat van bijzonder belang is voor de vrijheid van meningsuiting en informatie."⁸² Ook het online aanbieden van het bestand (waarnaar wordt gelinkt) kan gelden als een citaat.⁸³

Dat een 'reguliere' hyperlink onder het citaatbegrip kan vallen, is vooral dogmatisch interessant.⁸⁴ Het Hof besliste in *Svensson*

immers al dat linken naar vrij toegankelijk materiaal in beginsel is toegestaan, omdat daarmee geen nieuw publiek zou worden bereikt.⁸⁵ In *Spiegel Online* ging het echter om een verwijzing naar een bestand dat door *Spiegel Online* zelf was geüpload.⁸⁶ Het op dergelijke wijze aanbieden van een werk kan normaliter worden verboden door de rechthebbende. Het Hof oordeelde in *Renckhoff* daaromtrent dat het plaatsen van een afbeelding op een website, die al eerder door de rechthebbende beschikbaar was gesteld op een openbare website, een mededeling aan het publiek opleverde. Het toestaan van een dergelijke handeling zou naar het oordeel van het Hof namelijk indruisen tegen het vereiste rechtvaardige evenwicht tussen de bescherming van het auteursrecht en andere belangen, in dit geval met name de informatievrijheid van gebruikers.⁸⁷ Uit *Spiegel Online* volgt dat denkbaar is dat op een dergelijk gebruik de citaatexcepcie van toepassing is, mits natuurlijk is voldaan aan de overige vereisten van de bepaling.⁸⁸

5.4.2 "Naar billijkheid en door het bijzondere doel gerechtvaardigd"

Art. 5 lid 3 onder d Arl stelt voorts de eis dat het citeren "naar billijkheid geschiedt en het bijzondere doel rechtvaardigt." Het Hof overweegt in *Pelham* en *Spiegel Online* dat uit deze voorwaarde volgt dat de overname niet verder mag gaan dan noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken.⁸⁹ Deze eis vormt een toepassing van het evenredigheidsbeginsel.⁹⁰ Er zal een afweging gemaakt moeten worden tussen het concrete belang van de rechthebbende, eveneens beschermd door het recht op intellectuele eigendom (art. 17 lid 2 Handvest), en het belang van de gebruiker, zoals beschermd door de vrijheid van meningsuiting en/of het recht op artistieke expressie (art. 11 en 13 Handvest).

76 HR 26 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0647, NJ 1993/205, m.nt. D.W.F. Verkade, *IER* 1992/40, m.nt. A.A. Quaadvlieg (*Damave/Trouw*), r.o. 3.3.

77 Hof Arnhem 4 juli 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY0089, *AMI* 2007, afl. 3, nr. 12, m.nt. K.J. Koelman; CR 2007-5, m.nt. O.M.B.J. Volgenant, *Mediaforum* 2007-1, nr. 1, m.nt. B. Beuving, (*NVM-Makelaars/zoekalhuizen.nl*), r.o. 4.8.

78 HvJ 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*), r.o. 72-73; zie ook: concl. A-G M. Szpunar, ECLI:EU:C:2018:1002, bij HvJ 29 juli 2019, C-476/17 (*Pelham*), pt. 65.

79 B.J. Jütte & H. Maier, 'A Human Right to Sample – will the CJEU dance to the BGH-beat?', *JIPLP* 2017, afl. 9, p. 787. Zie ook: EHRM 24 mei 1988, nr. 10737/84, ECLI:CE:ECHR:1988:0524JUD001073784, NJ 1991/685, m.nt. E.A. Alkema (*Müller/Zwitsersland*), r.o. 70.

80 Zie ook de bijdrage over *Pelham* in deze aflevering: B.H.M. Schipper, 'De kunst van het samplen na *Pelham*. Grenzen aan het naburige recht van de fonogrammenproducent', *AMI* 2019, afl. 5, p. 162-166.

81 HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 80.

82 HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 81. Zie ook: HvJ 8 september 2016, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644, AA 2016, p. 877-881, m.nt. D.J.G. Visser; *AMI* 2016, afl. 5, nr. 7, m.nt. K.J. Koelman, *IER* 2016/47, m.nt. J.M.B. Seignette, NJ 2018/112, m.nt. P.B. Hugenholtz, *NtER* 2017, p. 24-28, m.nt. M.F.J. Haak en M.M. Truijens (*GS Media*), r.o. 45; HvJ 7 augustus 2018, C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634, *AMI* 2018, afl. 5, nr. 12, m.nt. D.J.G. Visser, *Mediaforum* 2018-5, nr. 13, m.nt. S.M. Kingma, *IER* 2019/11, m.nt. J.M.B. Seignette (*Renckhoff*), r.o. 40.

83 HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 81-83. Anders: Concl. A-G Szpunar 10 januari 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:16 (*Spiegel Online*), pt. 46-52.

84 Zie bijv. M.R. De Zwaan, 'Ruimte in het citaatrecht in Europa? Zoekmachine vindt niets bij 'search naar flexibiliteiten', *AMI* 2012, afl. 4, p. 141; J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 5.19, p. 284.

85 HvJ 13 februari 2014, C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76, *AMI* 2014, afl. 3, nr. 7, m.nt. K.J. Koelman; *IER* 2014/59, m.nt. J.M.B. Seignette (*Svensson*), r.o. 25.

86 Een dergelijke beschikbaarstelling wordt door het EHRM overigens niet aangemerkt als een hyperlink: EHRM 4 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1204JUD001125716, *Computerrecht* 2019/92, m.nt. A.J. Tromp, NJ 2019/293, m.nt. E.J. Dommering (*Magyar Jeti Zrt/Hongarije*), r.o. 75.

87 HvJ 7 augustus 2018, C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634, *AMI* 2018, afl. 5, nr. 12, m.nt. D.J.G. Visser, *Mediaforum* 2018-5, nr. 13, m.nt. S.M. Kingma, *IER* 2019/11, m.nt. J.M.B. Seignette (*Renckhoff*), r.o. 41.

88 Daarbij moet de nuancering worden gemaakt dat een eerste openbaarmaking in vrijwel alle gevallen kan worden verboden; zie verder par. 5.4.3.

89 HvJ 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*), r.o. 69; HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 83.

90 HvJ 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, *AMI* 2012, afl. 2, nr. 6, m.nt. M.M.M. van Eechoud, *IER* 2012/16, m.nt. P.G.F.A. Geerts, *Mediaforum* 2012-3, nr. 8, m.nt. V. Rörsch, NJ 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz (*Painer*), r.o. 104-106; zie ook HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 68 (t.a.v. de reportage-exceptie).

De Nederlandse lijn lijkt op dit punt in overeenstemming met het Unierecht.⁹¹ Uit het arrest *Damave/Trouw* volgt de voorwaarde dat het citaat “functioneel en ondergeschikt” is, in die zin dat een verband moet bestaan tussen het geciteerde werk en de uitlating en het citaat daarnaast niet wezenlijk afbreuk doet aan de belangen van de auteur ter zake van de exploitatie van het werk.⁹² De (exploitatie)belangen spelen ook in het Nederlandse recht geen doorslaggevend rol voor de toelaatbaarheid van het citaat, maar vormen een “veiligheidsventiel.”⁹³

Het concrete gewicht dat aan het belang van de gebruiker zal moeten worden gehecht wordt in belangrijke mate ingevuld door de rechtspraak van het EHRM. Sampling betreft bijvoorbeeld een vorm van artistieke expressie.⁹⁴ Hyperlinks zullen in het algemeen zelfs een ruime mate van bescherming genieten, omdat zij bijdragen aan de goede werking van het internet, dat op zichzelf weer van waarde is voor de informatievrijheid.⁹⁵ Vooral relevant in het kader van deze analyse is daarom de eerder besproken publicatie van zowel het manuscript als het artikel en het aanbieden daarvan door middel van een hyperlink. Het Hof benadrukt in *Spiegel Online* dat deze publicaties moeten voldoen aan de in art. 5 lid 3 onder d Arl vervatte evenredigheidstoets.⁹⁶ Aannemelijk is dat bij een dergelijke vergaande overname een zwaarwegend belang moet bestaan. Dat belang kan gelegen zijn in het aanpakken van misstanden waarover het publiek moet worden geïnformeerd.⁹⁷ In de meeste gevallen zal een dergelijk gebruik, gelet op de belangen van de rechthebbende, echter als disproportioneel moeten worden beschouwd.⁹⁸

Als ondergrens geldt dat het citaat de normale exploitatie van het werk waaruit wordt geciteerd niet in gevaar mag brengen. Dat is in lijn met de algemeen aanvaarde regel dat het citaat niet mag “concurreren” met het geciteerde werk, in die zin dat

het werk waaruit wordt geciteerd niet meer hoeft te worden geraadpleegd.⁹⁹ Betoogd kan worden dat het toestaan van een dergelijke overname ook de kern van het grondrecht op intellectuele eigendom aantast, hetgeen betekent dat geen rechtvaardig evenwicht kan worden bereikt.¹⁰⁰ Datzelfde lijkt te gelden wanneer niet is voldaan aan de voorwaarde van bronvermelding, expliciet genoemd in art. 5 lid 3 onder d Arl.¹⁰¹ Dat is alleen anders indien vermelding van de bron “onmogelijk” is of wanneer bij een geoorloofde eerste openbaarmaking zelf geen bron is vermeld.¹⁰²

5.4.3 “Op geoorloofde wijze aan het publiek beschikbaar gesteld”

Voor toepasselijkheid van de citaatexceptie is ten slotte vereist dat het betrokken citaat “reeds op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld.” In *Painer* verduidelijkt het Hof dat onder ‘beschikbaarstelling’ moet worden verstaan “het toegankelijk maken van het werk voor het publiek.” Een antwoord op de vraag wanneer een beschikbaarstelling als *geoorloofd* moet worden beschouwd bleef echter uit. In *Spiegel Online* verschaft het Hof daarover duidelijkheid. Het oordeelt, in navolging van A-G Szpunar, dat een werk op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld wanneer “het reeds met toestemming van de rechthebbende of op grond van een gedwongen of wettelijke licentie voor het publiek toegankelijk is gemaakt.”¹⁰³

Verdedigbaar is dat deze uitleg in het Nederlandse auteursrecht al gold. Art. 15a Aw spreekt immers van een “rechtmatige” openbaarmaking, hetgeen zich mede uitstrekt tot openbaarmakingen die moeten worden geduld op grond van een beperking.¹⁰⁴ Ook in de internationale literatuur is al langer aanvaard dat “geoorloofd” moet worden opgevat als “rechtmatig” en dus ook publicaties krachtens wettelijke

91 Zie voor een overzicht: J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 5.20-21, p. 285-290.
 92 HR 26 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0647, NJ 1993/205 m.nt. D.W.F. Verkade, IER 1992/40, m.nt. A.A. Quaadvlieg (*Damave/Trouw*).
 93 A.A. Quaadvlieg, annotatie bij: HR 26 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0647 (*Damave/Trouw*), IER 1992/40, nr. 2.
 94 EHRM 24 mei 1988, nr. 10737/84, ECLI:CE:ECHR:1988:0524J UD001073784, NJ 1991/685, m.nt. E.A. Alkema (*Müller/Zwitserland*), r.o. 27-34.
 95 HvJ 8 september 2016, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644, AA 2016, p. 877-881, m.nt. D.J.G. Visser, AMI 2016, afl. 5, nr. 7, m.nt. K.J. Koelman, IER 2016/47, m.nt. J.M.B. Seignette, NJ 2018/112, m.nt. P.B. Hugenholtz, NtER 2017, p. 24-28, m.nt. M.F.J. Haak en M.M. Truijens (*GS Media*), r.o. 45; EHRM 4 december 2018, nr. 11257/16, ECLI:CE:ECHR:2018:1204J UD001125716, *Computerrecht* 2019/92, m.nt. A.J. Tromp, NJ 2019/293, m.nt. E.J. Dommering (*Magyar Jeti Zrt/Hongarije*), r.o. 45-49.
 96 HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 83.
 97 In dat verband kan worden gedacht aan de *Scientology*-zaak.
 98 Zie paragraaf 5.5.
 99 Aldus ook: concl. A-G Szpunar 10 januari 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:16 (*Spiegel Online*), pt. 46. F. Pollaud-Dulian, *Le Droit d'Auteur*, Parijs: Economica 2014, p. 851; M. Vivant & J.M. Bruguiere, *Droit d'auteur et droits voisins*, Parijs: Dalloz 2016, p. 572.
 100 Zie art. 52 Handvest: “Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen.”

Zie ook: HvJ 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485, NJ 2016/369, m.nt. D.W.F. Verkade (*Coty Germany/Stadtparkasse*); HvJ 15 september 2016, C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689, AMI 2017, afl. 1, nr. 10, m.nt. P. Teunissen, IER 2017/13, m.nt. J.M.B. Seignette (*McFadden*); M. Brkan, ‘The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core’, *ECLR* 2018, afl. 2, p. 332-368.
 101 HvJ 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, AMI 2012, afl. 2, nr. 6, m.nt. M.M.M. van Eechoud, IER 2012/16, m.nt. P.G.F.A. Geerts, *Mediaforum* 2012-3, nr. 8, m.nt. V. Rörsch, NJ 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz (*Painer*), r.o. 139. Voor *sampling* geldt dat de bron niet in het lied zelf zal worden vermeld, maar in de begeleidende informatie.
 102 HvJ 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, AMI 2012, afl. 2, nr. 6, m.nt. M.M.M. van Eechoud, IER 2012/16, m.nt. P.G.F.A. Geerts, *Mediaforum* 2012-3, nr. 8, m.nt. V. Rörsch, NJ 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz (*Painer*), r.o. 147. Indien een sample wordt overgenomen uit een werk dat zelf mede bestaat uit een sample, kan het ingewikkelder worden om te achterhalen wie de rechthebbende is; zie D.M. Morrison, ‘Bridgeport Redux: Digital Sampling and Audience Recoding’, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* 2008, p. 75-142.
 103 HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 89; concl. A-G Szpunar 10 januari 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:16 (*Spiegel Online*), pt. 55 en 58.
 104 In gelijke zin: concl. A-G D.W.F. Verkade, ECLI:NL:PHR:2005:AT2056, bij HR 16 december 2005, NJ 2006/9 (*Scientology/Spaink*), pt. 5.23-5.28.

beperkingen of dwanglicenties omvat.¹⁰⁵ Onduidelijk is of onder het begrip 'licentie' ook de publicatie of terinzagelegging van een auteursrechtelijk beschermd werk in het kader van een gerechtelijke procedure moet worden begrepen.¹⁰⁶

Het Hof oordeelt dat onder een geoorloofde beschikbaarstelling tevens valt het toegankelijk maken van een werk op grond van een gedwongen of wettelijke licentie. Het Hof gaat in *Spiegel Online* in op de vraag of in de gegeven omstandigheden sprake was van een geoorloofde beschikbaarstelling. Vast stond dat de uitgever enkele wijzigingen had aangebracht in de gepubliceerde versie van het manuscript van Beck. Het Hof oordeelt dienaangaande dat "het aan de nationale rechter staat om in het licht van het concrete geval en met inachtneming van alle omstandigheden van het geval te beslissen of een werk op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld". De rechter moet in het bijzonder onderzoeken of de uitgever van de bundel waarin het stuk van Beck was verschenen destijds bevoegd was de redactionele wijzigingen te verrichten. Indien het antwoord op die vraag ontkennend luidt, dan is ook het manuscript niet op geoorloofde wijze gepubliceerd.¹⁰⁷

Daarmee is de kous echter nog niet af. Beck had immers het stuk in kwestie ook op zijn eigen website gepubliceerd, voorzien van een afstandsverklaring op iedere pagina. Die publicatie vormt volgens het Hof een afzonderlijke, geoorloofde beschikbaarstelling. *Spiegel Online* kan uit de publicatie citeren, op voorwaarde dat in het citaat de genoemde distantieeringen zijn vermeld.¹⁰⁸ Hieruit volgt dat een volledig citaat niet inhoudelijk gewijzigd mag worden, maar moet plaatsvinden in de vorm waarin de auteur het werk heeft gepubliceerd.¹⁰⁹

Uit het oordeel van het Hof schemert door dat de citaat-exceptie geen afbreuk mag doen aan de (niet-geharmoniseerde) auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten. Beck hoeft geen verdere verspreiding van een verdraaiing van zijn werk te dulden, tenzij hij daarvoor zelf al eerder toestemming heeft gegeven.¹¹⁰ Het Hof doet verder – in onze ogen terecht – geen uitspraak over de vraag wanneer sprake is

van een dergelijke verdraaiing, omdat dat buiten de tot stand gebrachte harmonisatie zou vallen.¹¹¹

5.5 Het maatschappelijk belang van 'geheime werken'

Een vraag die na *Funke Medien* en *Spiegel Online* resteert, is wat de status is van overnames uit ongepubliceerde of ongeoorloofd gepubliceerde werken waarbij een groot maatschappelijk belang bestaat. Moet de overnemer, geconfronteerd met de harde grens van een rechtmatige openbaarmaking en de onmogelijkheid van een zelfstandig beroep op de informatievrijheid, in dit geval buigen voor het verbodsrecht van de rechthebbende?¹¹²

Het antwoord daarop luidt ontkennend en ligt besloten in de reportage-exceptie. Daarin staat immers niet de voorwaarde dat het werk waaruit wordt overgenomen geoorloofd beschikbaar is gesteld. Deze exceptie sluit het gebruik van ongepubliceerde werken dus niet uit, met dien verstande dat zulk gebruik evenredig moet zijn ("voorzover dit uit een oogpunt van voorlichting gerechtvaardigd is").¹¹³ Het betrokken maatschappelijke belang zal moeten worden afgewogen tegen de belangen van de auteur. De laatste zal in het bijzonder een beroep kunnen doen op het *droit de divulgation*. Denkbaar is voorts dat, zoals in *Spiegel Online* het geval was, de auteur een bepaald belang heeft om niet in verband gebracht te worden met controversiële meningen die hij niet langer heeft; een belang dat onder meer wordt bestreken door het *droit de repentir*.¹¹⁴ Dat controversiële karakter zal bij een politicus als Beck echter eveneens bijdragen aan het maatschappelijke belang dat is gemoeid bij publicatie, waardoor de weegschaal juist de andere kant op kan uitslaan.¹¹⁵

6. Conclusie

Het Hof verstevigt in *Funke Medien*, *Pelham* en *Spiegel Online* het primaat van de Auteursrechtlijn, maar vult het geharmoniseerde acquis ook verder in en breidt dat bovendien uit. Die uitbreiding heeft onvermijdelijk tot gevolg dat afwijkende nationale auteursrechtelijke tradities en daarop gebaseerde normen – zoals de *freie Benutzung* – aan belang

105 Zie S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Deventer: Kluwer 1987, p. 491.

106 Bevestigend: Concl. A-G D.W.F. Verkade, ECLI:NL:PHR:2005:AT2056, bij HR 16 december 2005, NJ 2006/9 (*Scientology/Spaink*), pt. 5.63-5.65. Ontkennend: Hof Den Haag 4 september 2003 ECLI:NL:GHSGR:2003:AI5638, AMI 2003, afl. 6, nr. 18, m.nt. P.B. Hugenoltz; BIE 2004/57, m.nt. A.A. Quaadvlieg, *Computerrecht* 2003, p. 350, m.nt. K.J. Koelman, NJ 2003/664, IER 2003/69, m.nt. F.W. Grosheide, *Mediaforum* 2003, p. 341, m.nt. D.J.G. Visser (*Scientology/Spaink*), r.o. 7.9.

107 HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 91-92.

108 HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 93-94.

109 J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 5.21, p. 290.

110 Zie ook: A.A. Quaadvlieg, 'Een modern citaatrecht belemmert niet de uitingsvrijheid. Scientology, het openbaarmakingsbegrip en de noden van de democratische samenleving', AMI 2006, afl. 6, p. 198: "Uitleg van

de citeerrechtelijke openbaarmakingseis in het licht van haar persoonlijkheidsrechtelijke ratio moet dus meebrengen dat de voorwaarde van openbaarmaking dan vervuld is, als de auteur het werk op zodanige wijze aan de wereld buiten hem vrijgeeft dat hij zijn persoonlijkheidsbelang bij afscherming prijsgeeft."

111 In gelijke zin: concl. A-G M. Szpunar, ECLI:EU:C:2019:16, bij HvJ 29 juli 2019, C-516/17 (*Spiegel Online*), pt. 57.

112 In bevestigende zin: M. Kingma, 'HvJEU in Spiegel Online en Funke Medien: een pyrrusoverwinning voor de informatievrijheid?', IEF 18625, ie-forum.nl.

113 HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 68.

114 Dit werd door de A-G gevat onder het "recht om van gedachte te veranderen" (art. 10 lid 1 Handvest en art. 9 lid 1 EVRM); zie concl. A-G M. Szpunar, ECLI:EU:C:2019:16, HvJ 29 juli 2019, C-516/17 (*Spiegel Online*), pt. 79.

115 Zie ook: A.A. Quaadvlieg, 'Een modern citaatrecht belemmert niet de uitingsvrijheid. Scientology, het openbaarmakingsbegrip en de noden van de democratische samenleving', AMI 2006, afl. 6, p. 199.

inboeten. Deze ontwikkeling kan alleen worden gerechtvaardigd wanneer deze tradities worden vervangen door een stelsel dat, in algemene zin, een zorgvuldige afweging van belangen mogelijk maakt en, meer specifiek, bestand is tegen maatschappelijke en technologische veranderingen. Wanneer men de richtlijn in ogenschouw neemt, is niet op voorhand duidelijk dat zij aan die eisen beantwoordt. Dat het potentiële daartoe bestaat, wordt echter niet bestreden.¹¹⁶ Een positieve ontwikkeling in dat verband is dat het Hof lang niet altijd vasthoudt aan een restrictieve uitleg van excepties, maar het inmiddels, indachtig het Handvest, dikwijls kiest voor een uitleg die rekening houdt met de hiervoor genoemde belangen en veranderingen.¹¹⁷

De toegenomen invloed van het Handvest in de rechtspraak van het Hof brengt een verantwoordelijkheid met zich voor rechters om invulling te geven aan open normen en deze op duidelijke wijze te motiveren. Een complicerende factor blijft dat het Hof, dat in dit verband een leidende rol heeft, afhankelijk is van de aanvoer van prejudiciële vragen om duidelijkheid te kunnen scheppen. Nationale rechters moeten daarom niet terughoudend zijn wanneer vragen rijzen over de

uitleg van auteursrechtelijke regels, in het bijzonder wanneer deze een grondrechtelijke achtergrond hebben.

Bieden deze arresten nu flexibiliteit? Hoewel het Hof externe beperking door grondrechten afwijst, kiest het op verschillende plaatsen voor een ruime uitleg van bepalingen van de Auteursrechtlijn. Met name de ruime uitleg van de reportage-exceptie en de citaatexceptie stemt tot tevredenheid. De uitleg van de reportage-exceptie verzekert een vergaande bescherming van uitingen waarmee een maatschappelijk belang is gemoeid. De citaatexceptie strekt zich mede uit tot het online plaatsen van complete documenten en ontsluiten daarvan via hyperlinks, maar ook tot artistieke overnames zoals sampling.

De interpretatievrijheid van de rechter kent echter ook zijn grenzen. De rechter mag aan een exceptie immers geen uitleg geven die voorbijgaat aan de eigenlijke betekenis ervan. Het stelsel van beperkingen uit de Auteursrechtlijn kan niet op alle vlakken voldoen aan de behoeften die mogelijk voortvloeien uit maatschappelijke of technologische ontwikkelingen. In dat geval is het aan de Uniewetgever om in nieuwe excepties te voorzien.

116 P.B. Hugenholtz & M.R.F. Senftleben, *Fair use in Europe. In search of flexibilities*, Amsterdam: IViR/VU 2011, p. 9; T. Dreier, 'Thoughts on Revising the Limitations on Copyright under Directive 2001/29', *JIPLP* 2016, afl. 2, p. 141; S. Kulk & P. Teunissen, 'Naar een nieuw fundament – hoe het

Handvest het auteursrecht hervormt (deel 1)', *AMI* 2019, afl. 4, p. 122-123.

117 T. Rendas, 'Copyright, Technology and the CJEU: an empirical study', *IIC* 2018, afl. 2, p. 153-184.