

Grondrechtenbescherming in het Nederlandse en Europese auteursrecht na *Spiegel Online*, *Funke Medien* en *Pelham*

T. Sniijders en S. van Deursen*

In deze uitspraken spreekt het Hof van Justitie zich uit over de mogelijkheid van excepties op de exclusieve rechten van auteurs *buiten* de uitputtende lijst met excepties die is opgenomen in de Auteursrechtlijn. Ook laat het Hof van Justitie zich opnieuw uit over de rol van grondrechten bij de interpretatie van de bestaande excepties. Deze uitspraken worden in breder perspectief geplaatst door daarnaast de benadering van het EHRM te bespreken. Tot slot worden de implicaties van deze dynamische Europese rechtsorde voor de Nederlandse praktijk besproken.

HvJ 29 juli 2019, zaak C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (Spiegel Online); HvJ 29 juli 2019, zaak C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (Funke Medien NRW); HvJ 29 juli 2019, zaak C-467/17, ECLI:EU:C:2019:624 (Pelham)

Introductie

Het auteursrecht beschermt onder bepaalde voorwaarden intellectuele creaties, door aan de maker daarvan een uitsluitend recht op openbaarmaking en verveelvoudiging te verlenen.¹ De bescherming van intellectuele-eigendomsrechten door middel van het auteursrecht kan echter op gespannen voet staan met verschillende andere grondrechten zoals de informatievrijheid, maar ook de uitings- en persvrijheid.² Waar deze rechten immers

beogen om de vrije stroom van informatie en ideeën te waarborgen, ontstaat als gevolg van het auteursrecht een alleenrecht op de openbaarmaking en verveelvoudiging van werk waarin dergelijke informatie en ideeën besloten kunnen liggen.³ Dit spanningsveld is in het (deels) geharmoniseerde auteursrecht onder meer geaccommodeerd door naast de uitsluitende rechten van makers een uitputtende opsomming van excepties op die rechten op te nemen, waarmee de grondrechten en belangen van gebruikers en andere makers gewaarborgd moeten worden. Een terugkerende vraag is echter of deze lijst met excepties daar, vanwege zijn uitputtende karakter, in alle gevallen voldoende toe in staat is of dat grondrechten in bepaalde gevallen ook als zelfstandige rechtvaardiging moeten kunnen dienen voor een uitzondering op de uitsluitende rechten van de maker.

Onder andere deze vraag stond centraal in drie uitspraken van het Hof van Justitie in de zaken *Spiegel Online*, *Funke Medien* en *Pelham* in juli 2019. In deze bijdrage staan wij stil bij de daarin door het Hof van Justitie genomen beslissingen en lichten de implicaties voor het Nederlandse auteursrecht toe. Om dit op een gestructureerde en heldere manier te doen, schetsen wij allereerst kort hoe de relatie tussen de exclusieve rechten van de maker en grondrechten is vormgegeven in de Auteursrechtlijn, en hoe deze verder is uitgekristalliseerd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Europees Hof van de Rechten voor de Mens (EHRM). Vervolgens zetten wij de feitelijke achtergronden van de drie zaken uiteen en bespreken wij de beslis-

* T. (Thom) Sniijders volgt de master Legal Research aan de Universiteit Utrecht Mr. S. (Stijn) van Deursen is als promovendus verbonden aan de Universiteit Utrecht.

1. Art. 1 Auteurswet.
2. P. Teunissen, 'Van interpretatie tot harmonisatie: egrondrechtenafwegingen in het auteursrecht', *IER* 2018/40, afl. 5, p. 376. Daarover ook: L.R. Helfer, 'Human rights and intellectual property: conflict or coexistence?', *Minnesota Intellectual Property Review* 2003, afl. 1, p. 47-61; ook de *handhaving* van het auteursrecht kan problematisch zijn voor andere grondrechten, zoals de vrijheid van ondernemerschap. Zie voor

een voorbeeld daarvan HvJ 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden/Sony Music*).

3. Tegelijkertijd kan het auteursrecht, door het bieden van een exclusief recht op openbaarmaking en verveelvoudiging, juist het creëren van creatieve werken stimuleren en daarmee ook een bijdrage leveren aan de verspreiding van informatie en ideeën, doordat makers in de gelegenheid worden gesteld om hun werk te exploiteren. Zie in dat verband ook overwegingen 4 en 10 Auteursrechtlijn.

singen en overwegingen van het Hof van Justitie.⁴ Om de betekenis daarvan voor de Nederlandse praktijk inzichtelijk te maken geven wij daarna een kort overzicht van de manier waarop in de Nederlandse rechtspraak omgegaan wordt met de verhouding tussen grondrechten en het auteursrecht en bespreken wij die aanpak in het licht van de uitspraken van het Hof van Justitie.

Auteursrechten en grondrechten in Europa

Het auteursrecht is grotendeels geharmoniseerd in Richtlijn 2001/29/EG betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (de Auteursrecht-richtlijn). Wanneer sprake is van een auteursrechtelijk te beschermen werk wordt in de Richtlijn niet verder uitgewerkt. In 2009 oordeelde het Hof van Justitie echter dat, om te kunnen spreken van een werk in auteursrechtelijke zin, ten minste sprake moet zijn van materiaal dat een uitdrukking vormt van de ‘eigen intellectuele schepping van de auteur van dit werk’.⁵ Bij geschreven teksten is van een dergelijke intellectuele schepping onder meer sprake als de auteur uitdrukking geeft aan zijn creatieve geest door de keuze, de schikking en de combinatie van woorden op een oorspronkelijke wijze.⁶ Hiermee beschermt het auteursrecht dus slechts de specifieke vorm van een creatieve uiting, maar blijven de onderliggende ideeën vrij. Voor de gevallen waarin bepaald materiaal wel kwalificeert als een werk, en de lidstaten op grond van artikel 2 tot en met 4 in exclusieve rechten voor de maker dienen te voorzien, bevat de Auteursrecht-richtlijn een stelsel van restricties en beperkingen, dat in artikel 5 is neergelegd. Dit stelsel omvat één verplichte, en twintig facultatieve uitzonderingen op het auteursrecht en heeft op grond van overweging 32 van de richtlijn een limitatief karakter. De lidstaten kunnen dus enkel de in artikel 5 genoemde beperkingen en restricties in hun nationale recht implementeren. Als een van de beperkingen op een bepaald geval van toepassing is, is het gebruik van auteursrechtelijk beschermd werk toch toegestaan. Dat is bijvoorbeeld het geval als dit gebeurt ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek (art. 5 lid 3 onder a) of ten behoeve van weergave van dat werk in de pers (art. 5 lid 3 onder c). De Auteursrecht-richtlijn internaliseert op die wijze onder meer de vrijheid van wetenschappen en de persvrijheid, maar

doet dit wel onder strenge voorwaarden.⁷ Dit stelsel moet bezien worden in het licht van het streven van de richtlijn om een rechtvaardig evenwicht te vinden tussen de exclusieve rechten van de auteur en de rechten van anderen.⁸ Vanwege het limitatieve karakter van het stelsel van beperkingen en restricties en de strenge voorwaarden waaronder dat is toegestaan, lijkt de focus daarbij echter met name op de auteursrechthebbende te liggen.

Een analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie laat echter zien dat de rol van de grondrechten binnen de Auteursrecht-richtlijn daarmee niet volledig is uitgespeeld. Zo zijn grondrechten door het Hof van Justitie gebruikt om invulling te geven aan het werkbegrip en aan de reikwijdte van de bijbehorende exclusieve rechten (categorie 1); om bestaande excepties te interpreteren (categorie 2) en tot slot om de toelaatbaarheid van specifieke handhavingsmaatregelen gericht op tussenpersonen (zoals internet service providers) te toetsen (categorie 3).⁹ Daarmee is het Hof van Justitie lang in staat geweest om spanningen tussen auteursrechten en grondrechten binnen het systeem van de richtlijn te accommoderen, zonder daarbij te hoeven tornen aan het gesloten stelsel van beperkingen en restricties.¹⁰

Ook het EHRM heeft zich uitgelaten over de verhouding tussen grondrechten en het auteursrecht. In de zaak *Ashby Donald* oordeelde het EHRM over een Franse zaak waarin drie fotografen waren veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding aan een modehuis voor het zonder toestemming publiceren van foto's van op een modeshow getoonde kleding. De fotografen beriepen zich voor het EHRM echter op artikel 10 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Het EHRM benaderde deze zaak als een botsing tussen twee grondrechten. Ook het recht op intellectuele eigendom, waaronder dus auteursrecht, heeft

4. Zie voor een uitgebreidere bespiegeling op deze vragen van onze hand ook S. van Deursen en T. Sniijders, 'The Court of Justice at the Crossroads: Clarifying the Role for Fundamental Rights in the EU Copyright Framework', *IIC* 2018/49, afl. 9, p. 1080-1098; T. Sniijders en S. van Deursen, 'The Road Not Taken – the CJEU Sheds Light on the Role of Fundamental Rights in the European Copyright Framework – a Case Note on the Pelham, Spiegel Online and Funke Medien Decisions', *IIC* 2019/50, afl. 9, p. 1176-1190.

5. HvJ 16 juli 2009, zaak C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (*Infopaq*), punt 39.

6. *Infopaq*, punt 45.

7. Overwegingen 3 en 31 Auteursrecht-richtlijn. Zie ook A. Renda e.a., *The Implementation, Application and Effects of the EU Directive on Copyright in the Information Society*, Brussel: Centre For European Policy Studies 2015, p. 13.

8. Overweging 9 Auteursrecht-richtlijn; Europese Commissie, 'Copyright in the Knowledge Economy' (Green Paper) COM(2008) 466 final, p. 4-5.

9. Zie voor rechtspraak over categorie 1: HvJ 16 juli 2009, zaak C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (*Infopaq*) en HvJ 8 september 2016, zaak C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 (*GeenStijl/Sanoma*). Over categorie 2: HvJ 4 oktober 2011, zaak C-403/08, ECLI:EU:C:2011:631 (*Football Association Premier League*); HvJ 7 maart 2013, zaak C-145/10, ECLI:EU:C:2013:138 (*Painer*); HvJ 3 september 2014, zaak C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (*Deckmyn*). Over categorie 3: HvJ 29 januari 2008, zaak C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*); HvJ 24 november 2011, zaak C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet Extended/SABAM*); HvJ 15 februari 2012, zaak C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 (*SABAM/Netlog*); HvJ 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*); HvJ 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden/Sony Music*).

10. Over dat uitgangspunt, zie ook HvJ 10 april 2014, zaak C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 (*ACI Adam*), waarin het Hof van Justitie oordeelde dat de richtlijn niet voorziet in 'de mogelijkheid voor de lidstaten om het toepassingsgebied van dergelijke uitzonderingen of beperkingen uit te breiden' (punt 27). Voor een uitgebreidere bespreking van de verschillende niveaus waarop het Hof van Justitie grondrechten in het Europees auteursrecht betreft, zie Van Deursen en Sniijders 2018, p. 1085-1089.

immers grondrechtelijke status.¹¹ Het EHRM oordeelde vervolgens dat de rechtmatigheid van auteursrechtelijke claims – alsmede de handhaving daarvan – dient te worden getoetst aan de hand van de drie stappen van artikel 10 lid 2 EVRM, en dat voor het bepalen van die rechtmatigheid niet slechts kan worden volstaan met de vaststelling dat een inbreuk op het auteursrecht heeft plaatsgevonden.¹² Doorgaans zal het EHRM voor het maken van deze afweging een aanmerkelijke discretionaire ruimte toekennen aan de lidstaten. Indien in een geschil geen sprake is van zogenoemde *commercial speech* maar het bijvoorbeeld gaat om een uiting die bijdraagt aan een maatschappelijk of politiek debat, zal het EHRM de toetsing aan artikel 10 lid 2 EVRM door de nationale rechter echter strikter toetsen.¹³ Volgens deze benadering moet dus in principe een volwaardige afweging worden gemaakt tussen de handhaving van het auteursrecht in algemene zin (dus niet enkel een specifieke handhavingsmaatregel zoals aan de orde in de derde categorie van rechtspraak van het Hof van Justitie), en fungeert de informatievrijheid dus in feite – in termen van de Auteursrechtlijn – als een externe grond voor het limiteren van het auteursrecht.¹⁴ Waar het Hof van Justitie de spanningen dus steeds binnen de systematiek van de Auteursrechtlijn heeft weten te accommoderen, kenmerkt de benadering van het EHRM – dat natuurlijk niet aan de richtlijn gebonden is – zich door een meer autonome en externe rol voor grondrechten. De zaken die voor de Duitse rechter de aanleiding vormden voor het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie, wijzen er echter op dat de zojuist geschetste benadering van het Hof van Justitie mogelijk niet in alle gevallen uitkomst biedt.

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

De zaak *Spiegel Online* betreft de publicatie van een in 1988 door Volker Beck geschreven tekst op de website van weekblad Der Spiegel. In deze tekst liet Beck zich kritisch uit over het toenmalige Duitse beleid ten aanzien van seksuele misdrijven jegens minderjarigen. Beck, die van 1994 tot 2017 zitting had in de Duitse

Bundestag, heeft zich sinds circa 1993 in het openbaar van de inhoud van de gepubliceerde tekst gedistantieerd na kritiek op de daarin ingenomen standpunten, en betoogd dat de uitgever destijds zonder zijn toestemming (inhoudelijke) wijzigingen in de tekst had aangebracht. Nadat het originele manuscript in 2013 boven water kwam, stuurde Beck het naar meerdere krantenredacties, echter zonder toestemming te geven dit te publiceren. Zelf publiceerde hij het manuscript op zijn eigen website, vergezeld van een op elke pagina opgenomen disclaimer waarin hij expliciet afstand nam van de inhoud. De redactie van Spiegel Online was echter van mening dat de inhoud van de uiteindelijke gepubliceerde tekst wel degelijk in overeenstemming bleek met Becks opvattingen in het manuscript, en beschuldigde op haar beurt Beck van het misleiden van het publiek. Spiegel Online onderbouwde dat verwijt door hyperlinks te plaatsen naar zowel de publicatie als Becks originele manuscript. In die versie ontbraken echter de door Beck toegevoegde disclaimers. Beck startte op zijn beurt een procedure waarin hij Spiegel Online auteursrechtinbreuk verweet. Spiegel Online beroept zich op de pers- en informatievrijheid. Het Bundesgerichtshof (BGH) heeft daarop enkele prejudiciële vragen geformuleerd en die ter beantwoording voorgelegd aan het Hof van Justitie. Het vraagt zich onder meer af of de door het Handvest gewaarborgde grondrechten die zien op de pers- en informatievrijheid een externe exceptie kunnen rechtvaardigen.¹⁵

De zaak *Funke Medien* betreft de publicatie door de *Westdeutsche Allgemeine Zeitung* (WAZ), van vertrouwelijke periodieke overheidsrapporten over de aanwezigheid van de Duitse krijgsmacht in Afghanistan. Deze voor aangewezen leden van de *Bundestag* bestemde rapporten werden doorgaans in een gecondenseerde en gewijzigde vorm voor het grote publiek beschikbaar gemaakt. De WAZ, die eerder zonder succes toegang tot de oorspronkelijke documenten had verzocht, had deze op onbekende wijze weten te verkrijgen en vervolgens openbaar gemaakt door deze integraal en voorzien van commentaar op haar website te publiceren. De Duitse Staat vocht die publicatie vervolgens aan met een beroep op zijn auteursrecht op deze documenten. Funke Medien heeft zich, in de veronderstelling dat zij zich niet kon beroepen op een van de in het Duitse auteursrecht geïmplementeerde excepties van artikel 5 Richtlijn, daartegen verzet door zich rechtstreeks te beroepen op haar uitings- en persvrijheid. Ook hier vraagt het BGH of de relevante grondrechten in het Handvest een externe exceptie op de uitsluitende rechten van de auteur kunnen rechtvaardigen.¹⁶

Pelham, tot slot, betreft een twee seconden durende sample van de drumbeat van het nummer *Metall auf Metall* van Kraftwerk, die zonder voorafgaande toestemming werd gebruikt door muziekproducers Moses

11. Zie art. 1 Eerste protocol bij het EVRM. In de rechtspraak: EHRM 11 oktober 2005, appl.nr. 73049/01, ECLI:NL:XX:2005:AW2854 (*Anheuser Busch/Portugal*).

12. Zie EHRM 10 januari 2013, appl.nr. 36769/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0110JUD003676908 (*Ashby Donald e.a./Frankrijk*); EHRM 19 februari 2013, appl.nr. 40397/12, ECLI:NL:XX:2013:BZ9842 (*Neij & Sunde/Zweden/The Pirate Bay*).

13. *Ashby Donald e.a./Frankrijk*, punt 39; zie ook D. Voorhoof en I. Høedt-Rasmussen, 'Copyright vs Freedom of Expression Judgment', *ECHR Blog* 22 januari 2013. Met betrekking tot het belang dat het EHRM hecht aan het onderscheid tussen commerciële en andersoortige uitingen zie zijn arrest in de zaak *Mouvement Raëlien Suisse*: EHRM 13 juli 2012, appl.nr. 16354/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0713JUD001635406, EHRC 2012/10 (*Mouvement Raëlien Suisse/Zwitserland*).

14. Zie in het algemeen M. de Cock Buning, 'Ashby Donald; commercial speech en uitingsvrijheid in het auteursrecht', *IER* 2014/4, afl. 36; Van Deursen en Snijders 2018, p. 1089-1091.

15. HvJ 29 juli 2019, zaak C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), punt 15.

16. HvJ 29 juli 2019, zaak C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (*Funke Medien*), punt 15.

Pelham en Martin Haas voor het nummer *Nur Mir*. Kraftwerk claimt dat dit ongeautoriseerde gebruik van haar nummer een inbreuk op haar auteursrecht en naburige rechten vormt. Pelham en Haas betwisten dat, en beroepen zich daartoe onder meer op een in het Duitse auteursrecht voorziene bepaling waaruit een recht op ‘vrij gebruik’ van andermans werk zou volgen – iets waarin niet expliciet wordt voorzien door de Auteursrechtlijn. Het BGH legt het Hof van Justitie daarom onder andere de vraag voor of de Duitse wetgever vrij is om te voorzien in een zogeheten ‘vrij gebruik’-clausule die erop gericht is artistieke creativiteit te stimuleren en volgens welke men – uitzonderingen daargelaten – vrij is om van een bestaand werk een nieuw werk te vervaardigen.¹⁷

In alle drie de zaken rijst dus de vraag of, en zo ja, onder welke omstandigheden, excepties *buiten* de bestaande uitputtende lijst van artikel 5 lid 3 Auteursrechtlijn geoorloofd zouden kunnen zijn, aangezien de betrokken partijen wellicht geen beroep kunnen doen op een van de bestaande excepties. Daarnaast speelt in *Funke Medien* en *Spiegel Online* de vraag welke rol de fundamentele rechten van het Handvest (moeten) spelen bij het afbakenen van de reikwijdte van bestaande excepties en hun uitlegging.¹⁸

Behandeling van de vragen door het Hof van Justitie

46

Ten aanzien van de vraag of de grondrechten op pers-, informatie- en uitingsvrijheid op zichzelf een rechtvaardiging kunnen bieden voor een ‘externe’ exceptie, in aanvulling op de in de Auteursrechtlijn voorziene lijst van excepties, is het oordeel van het Hof van Justitie helder. Een dergelijke verruiming van het met de richtlijn beoogde systeem acht het onacceptabel. Onder verwijzing naar overweging 32 en de toelichting bij het voorstel tot de Auteursrechtlijn herinnert het Hof van Justitie er in alle drie de zaken allereerst aan dat de Uniewetgever de lijst van artikel 5 lid 3 uitputtend heeft bedoeld.¹⁹ Daarnaast beoogt de richtlijn volgens het Hof van Justitie zelf al een rechtvaardig evenwicht tot stand

te brengen tussen de verschillende rechten en belangen van auteursrechthebbers en gebruikers van beschermde werken.²⁰ De exclusieve rechten van de auteursrechthebbers en de excepties daarop moeten dan ook worden beschouwd als het mechanisme waarmee in concrete zaken een dergelijk evenwicht kan worden gerealiseerd. Vervolgens gaat het Hof van Justitie verder in op het belang van de grondrechten van de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van de pers en de vrijheid van informatie. Deze komen volgens het Hof van Justitie tot uiting in de in artikel 5 lid 3 vervatte excepties.²¹

Het toelaten van externe excepties, zelfs ter bescherming van grondrechten, zou in de ogen van het Hof van Justitie om twee redenen problematisch zijn: niet alleen druist een dergelijke verruiming rechtstreeks in tegen de uitgesproken bedoeling van de wetgever om de excepties uitputtend vast te leggen, de mogelijkheid van een *ad hoc* open exceptie brengt de rechtszekerheid – en daarmee de effectiviteit van de richtlijn – mogelijk in gevaar.²² Het belang dat het Hof van Justitie hecht aan het waarborgen van rechtszekerheid is niet verwonderlijk; het bestaan van grote onderlinge verschillen in excepties tussen de lidstaten belemmerde voorheen immers de goede werking van de interne markt en was een van de redenen om het auteursrecht in Europa deels te harmoniseren.²³ De introductie van een open exceptie zou de deur open kunnen zetten voor verschillende nationale invullingen, met nadelige gevolgen voor het functioneren van de interne markt.²⁴

De overwegingen die betrekking hebben op de mogelijkheid van externe excepties zijn nagenoeg identiek in de drie zaken. De benadering van het Hof van Justitie sluit daarmee niet aan bij de benadering van de advocaat-generaal in zijn conclusie, die omwille van de uiteenlopende feitencomplexen een individuele behandeling per zaak bepleitte, en volgens wie een in algemene bewoordingen gegeven antwoord mogelijk te strikt of juist te ruim zou zijn,²⁵ omdat in de ogen van de advocaat-generaal zich uitzonderlijke situaties kunnen voordoen ‘waarin het auteursrecht (...) moet wijken voor een hoger belang dat verband houdt met de uitoefening van een grondrecht of fundamentele vrijheid’.²⁶ Zo was de

17. HvJ 29 juli 2019, zaak C-467/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*), punt 25. Deze moet volgens de Duitse rechter niet zozeer moet worden beschouwd als een extra exceptie in de trant van de lijst van art. 5 lid 3, maar veeleer als ‘natuurlijke’ begrenzing van het auteursrecht.
18. Zie ook C. Geiger en E. Izyumenko, *The Constitutionalization of Intellectual Property Law in the EU and the Funke Medien, Pelham and Spiegel Online Decisions of the CJEU: Progress, But Still Some Way to Go!*, Centre for International Intellectual Property Research Paper 2019/09. Deze bijdrage zal zich in de eerste plaats richten op de ‘gemeene deler’ in deze zaken. Hierdoor blijven bepaalde andere aspecten grotere deels onbesproken. Zie voor de behandeling van deze andere aspecten o.a. S. Kulk en P. Teunissen, ‘Naar een nieuw fundament – hoe het Handvest het auteursrecht hervormt (deel 2)’, *AMI* 2019, afl. 5; B. Schipper, ‘De kunst van het samplen na Pelham – Grenzen aan het naburige recht van de fonogrammenproducent’, *AMI* 2019, afl. 5; E. Dommering, ‘De arresten Funke Medien, Spiegel Online en Pelham van het HvJ EU van 29 juli 2019’, *AMI* 2019, afl. 6.
19. *Pelham*, punt 58; *Funke Medien*, punt 56; *Spiegel Online*, punt 41.

20. *Pelham*, punt 59; *Funke Medien*, punt 56; *Spiegel Online*, punt 42.
21. De bepaling waarop beroep wordt gedaan in *Pelham* kan bovendien niet teruggevoerd worden tot een aanwijsbaar grondrecht. De bepaling wordt door het Hof van Justitie evengoed onverenigbaar geacht met de richtlijn.
22. *Pelham*, punt 63; *Funke Medien*, punt 62; *Spiegel Online*, punt 7. Ook restricties die door de nationale wetgever als ‘inherent’ aan het auteursrecht worden beschouwd, zoals de vrij gebruik-clausule in *Pelham*, kunnen volgens de A-G in strijd zijn met art. 5 lid 3 Auteursrechtlijn; het staat deze dus niet vrij om zelf te bepalen aan welke inherente restricties het auteursrecht onderworpen zou zijn. Zie Conclusie A-G Szpunar in zaak C-467/17, ECLI:EU:C:2018:1002 (*Pelham*), punt 55-56.
23. *Pelham*, punt 63; *Funke Medien*, punt 62; *Spiegel Online*, punt 47.
24. Die redenering wordt door sommigen echter betwist. Zie bijvoorbeeld C. Geiger en E. Izyumenko, ‘Towards a European “Fair Use” Grounded in Freedom of Expression’, *American University International Law Review* 2019/35, afl. 1.
25. Conclusie A-G Szpunar in zaak C-469/17, ECLI:EU:C:2018:870 (*Funke Medien NRW*), punt 29-31.
26. Conclusie A-G Szpunar, *Funke Medien*, punt 40.

advocaat-generaal in *Funke Medien* van mening dat, mede met het oog op de rechtspraak van het EHRM en gelet op de speciale aard van de zaak, het Hof van Justitie de vrijheid van meningsuiting van Funke Medien en niet de exclusieve rechten van de Duitse Staat als uitgangspunt zou moeten nemen, wat effectief gezien neer lijkt te komen op een externe grondrechttoetsing.²⁷ Hij concludeerde vervolgens dat het beroep door de Duitse Staat op de uitsluitende auteursrechten een ongeoorloofde inbreuk vormt op die vrijheid van meningsuiting.²⁸ Hij benadrukte daarbij echter wel de uitzonderlijke aard van het geval, en laat er geen misverstand over bestaan dat hij geen voorstander is van de introductie van een algemene open exceptie.²⁹

Hoewel grondrechten dus niet kunnen worden ingezet als autonome rechtvaardigingsgronden voor *nieuwe* excepties op de exclusieve rechten, speelt het Handvest al sinds enige tijd een dominante rol in de rechtspraak van het Hof van Justitie bij zowel het bepalen van de reikwijdte van de *bestaande* excepties en bij hun uitleg (categorie 2); die benadering vindt ook in deze drie zaken navolging.³⁰ Onder verwijzing naar overweging 31 bij de richtlijn herinnert het Hof van Justitie eraan dat bij de implementatie van de excepties door de lidstaten een rechtvaardig evenwicht tussen de verschillende grondrechten moet worden gewaarborgd.³¹ In dat verband wijst het Hof van Justitie er ook op dat bij de uitlegging van de relevante bepalingen van nationaal recht, rechters in het algemeen niet alleen gehouden zijn om de bewoordingen van de richtlijn te volgen, maar dat zij deze bepalingen zo moeten uitleggen dat zij niet indruisen tegen de grondrechten.³²

Het Hof van Justitie herinnert eraan dat bijvoorbeeld de pers- en citaatexcepties van artikel 5 lid 3 onder c en d ‘specifiek ten doel hebben prioriteit te geven aan de uit-

oefening van het recht op vrije meningsuiting van de gebruikers van beschermd materiaal en op persvrijheid’, wat inhoudt dat artikel 5 lid 3 daarmee ook rechten van gebruikers tegenover auteursrechthebbers bevat.³³ Het bereiken van een rechtvaardig evenwicht tussen de verschillende rechten en belangen vergt dan ook dat de uitleg van die excepties van artikel 5 lid 3 op zodanige wijze geschiedt dat de eerbiediging van de onderliggende grondrechten voldoende wordt gewaarborgd.³⁴ De bestaande excepties moeten dan ook niet zomaar restrictief worden geïnterpreteerd, maar op een wijze ‘die in volledige overeenstemming is met de door het Handvest gewaarborgde fundamentele rechten’.³⁵ Van de in het Handvest vervatte grondrechten moet bovendien eenzelfde beschermingsniveau uitgaan als die uit het EVRM, zonder echter de autonomie van het Unierecht en de rechtspraak van het Hof van Justitie aan te tasten.³⁶

In de onderhavige zaken geeft het Hof van Justitie al enige voorbeelden van hoe een zorgvuldige benadering van de bestaande excepties tot een bevredigend eindresultaat kan leiden. Zo suggereert het in *Funke Medien* dat, gezien het feit dat Funke Medien de gepubliceerde overheidsdocumenten had voorzien van onder andere inleidende opmerkingen en aanvullende links, mogelijk sprake is van verslaglegging in de zin van het tweede geval van artikel 5 lid 3 onder c, en dat die exceptie daarom mogelijk van toepassing kan zijn indien ook aan de verdere voorwaarden van de betreffende bepaling wordt voldaan.³⁷ Dit komt er kort gezegd op neer dat de kwestie dus gewoon geaccommodeerd zou kunnen worden binnen de richtlijn.

Ook verduidelijkt het Hof van Justitie desgevraagd hoe de nationale rechter bepaalde voorwaarden binnen de bestaande excepties moet interpreteren, zoals de vraag wanneer precies sprake is van een op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar gesteld werk – wat immers een voorwaarde is voor de toepassing van de citaatexceptie van artikel 5 lid 3 onder d Auteursrechtrichtlijn – of de vraag in welke gevallen sprake is van citeren.³⁸ In *Spiegel Online* geeft het Hof van Justitie de nationale rechter bovendien concrete aanwijzingen aan de hand waarvan hij kan vaststellen of het manuscript in kwestie al geoorloofd aan het publiek beschikbaar was gesteld bij de oorspronkelijke publicatie als artikel, of dat dit pas het geval was na publicatie door Beck zelf, en dus met inbegrip van de later door Beck toegevoegde vermeldingen waarin hij expliciet afstand neemt van de inhoud.³⁹

27. De A-G zoekt daarbij aansluiting bij de rechtspraak van het EHRM; door de aard van de documenten is in casu sprake van een geval waarbij de lidstaten indachtig de rechtspraak van het EHRM een veel kleinere beoordelingsmarge hebben, en de rechtmatigheid van de inbreuk op de vrijheid van meningsuiting dus in principe getoetst dient te worden aan de hand van de drie stappen van art. 52 lid 1 Handvest. Conclusie A-G Szpunar in *Funke Medien*, punt 41-43. Strenger was de A-G in *Spiegel Online*; hoewel het ook hier gaat om een bijdrage aan een publiek debat, verschilt deze zaak op belangrijke punten zodanig van *Funke Medien* dat deze volgens hem een andere aanpak behoeft. Zie in dat verband Conclusie A-G Szpunar in zaak C-516/17, ECLI:EU:C:2019:16 (*Spiegel Online*), punt 67 e.v.

28. Daaraan voorafgaand betwijfelt hij echter ten eerste of de documenten in casu überhaupt voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen, omdat deze volgens hem niet aan de vereisten van het werkbe-grip voldoen. Het Hof van Justitie laat zich daar echter niet met zoveel woorden over uit. Vgl. Conclusie A-G Szpunar in *Funke Medien*, punt 14-22; *Funke Medien*, punt 16-26.

29. Zie Conclusie A-G Szpunar, *Funke Medien*, punt 71. Zie in dat verband ook C. Geiger en E. Izyumenko, *Freedom of Expression as an External Limitation to Copyright Law in the EU: The Advocate General of the CJEU Shows the Way*, Centre for International Intellectual Property Studies Research Paper 2018/12, p. 10-12.

30. Zie in het algemeen C. Alberdingk Thijm en C. de Vries, ‘De toenemende invloed van het Handvest op het recht van intellectuele eigendom’, *Berichten Industrieel Eigendom* 2015, afl. 9, p. 177-179. Zie paragraaf ‘Auteursrechten en grondrechten in Europa’ van deze bijdrage.

31. *Funke Medien*, punt 67; *Spiegel Online*, punt 51.

32. *Funke Medien*, punt 68; *Spiegel Online*, punt 52.

33. *Funke Medien*, punt 60, 70 en 73; *Spiegel Online*, punt 45, 54 en 57.

34. *Funke Medien*, punt 71; *Spiegel Online*, punt 55.

35. *Funke Medien*, punt 76; *Spiegel Online*, punt 59. Zie ook Teunissen 2018, p. 383.

36. *Funke Medien*, punt 73; *Spiegel Online*, punt 57.

37. Zie *Funke Medien*, punt 74-76. Dat laatste dient te worden nagegaan door de nationale rechter. *Funke Medien*, punt 75.

38. Zo beslist het Hof van Justitie in *Pelham* dat het begrip ‘citeren’ niet ziet op een situatie waarin het betrokken werk niet kan worden herkend aan de hand van het citaat in kwestie.

39. Hiervoor is bijvoorbeeld van belang of de uitgever contractueel gezien of om andere redenen over het recht beschikte om wijzigingen in het manuscript aan te brengen. Zie *Spiegel Online*, punt 92. Als extra

Zoende weet het Hof van Justitie de integriteit van het gesloten systeem te bewaren, en geeft het tegelijkertijd meer duidelijkheid over de mogelijke aanknopingspunten die in de richtlijn kunnen worden gevonden. Nu zal de methode van een Handvestconforme uitleg van bestaande excepties bij het leeuwendeel van de conflicten tussen het auteursrecht en andere grondrechten voldoende flexibiliteit bieden om tot een bevredigende uitkomst te komen. Gezien de intrinsieke spanning tussen het uitsluitende auteursrecht en de informatievrijheid lijkt het aantal mogelijke conflicten tussen de uitingsvrijheid en het auteursrecht in principe eindeloos, en is de vraag of een dergelijke uitleg van de bestaande excepties altijd toereikend is.⁴⁰ Het is immers denkbaar dat zich situaties voordoen waarbij de bewoordingen van de richtlijn zich simpelweg verzetten tegen een interpretatie die voldoende recht doet aan de rechten en belangen van de gebruiker en/of het maatschappelijk belang, en ook geen andere exceptie voorhanden is waaronder het geval mogelijk zou kunnen worden geschaard. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om situaties waarin bepaald gebruik niet onder een bestaande exceptie valt, of waarin een lidstaat een exceptie uit de richtlijn niet in zijn nationaal recht heeft geïmplementeerd, maar waar met de beschikbaarheid van de auteursrechtelijk beschermde informatie wel een groot maatschappelijk belang gediend zou zijn.⁴¹ In afwachting van zulke toekomstige zaken kunnen niettemin alvast de implicaties van de onderhavige beslissingen voor het Nederlandse auteursrecht worden geduid. Daartoe geven we in de volgende paragraaf eerst kort de huidige Nederlandse benadering weer. In de slotparagraaf gaan wij vervolgens verder in op de Europeesrechtelijke dynamiek en de invloeden van de rechtspraak uit Luxemburg en Straatsburg op de Nederlandse praktijk.

48

Externe beperkingen in het Nederlandse auteursrecht

Voorafgaand aan de Europese discussie heeft zich in het Nederlandse auteursrecht eveneens de vraag voorgedaan of het systeem van bij wet voorziene beperkingen op exclusieve rechten als gesloten moest worden beschouwd, of dat ruimte bestond voor buitenwettelijke uitzonderingen op de exclusieve rechten, bijvoorbeeld op grond van algemene rechtsbeginselen en/of grond-

toetsingscriterium dient de nationale rechter bovendien hoe dan ook na te gaan of het citeren door Spiegel Online in casu naar billijkheid is geschied en gerechtvaardigd is door het bijzondere doel dat met het citaat wordt nagestreefd (punt 94).

40. Zie in dat verband ook *Funke Medien*, punt 28. Daarover ook in kritische zin: P. Geerts, 'Noot onder HvJ EU *Funke Medien* en Spiegel Online', *IT&Recht* 2019, IT2892, punt 3.
41. M. Kingma, 'HvJEU in Spiegel Online en Funke Medien: een pyrrusoverwinning voor de informatievrijheid?', *IEF* 2019, 18625. Dat deze situatie niet denkbeeldig is, blijkt onder meer uit het feit dat een soortgelijk feitencomplex zich voordeed in de in deze bijdrage besproken *Scientology*-zaak. Zie voor een ander voorbeeld Geerts 2019.

rechten.⁴² Als gevolg van een groeiend begrip van het spanningsveld tussen het auteursrecht en de informatievrijheid werd de wenselijkheid van een volledig gesloten – en daardoor inflexibel – systeem door sommigen in Nederland sterk in twijfel getrokken.⁴³ Zowel de formulering van artikel 1 Auteurswet (Aw), dat spreekt over beperkingen die 'bij de wet zijn gesteld', als de destijds heersende opvatting binnen de literatuur leken echter sterk gekant tegen het 'openen' van het systeem.

Sinds halverwege de jaren negentig van de vorige eeuw is in een reeks uitspraken het tot dan toe gesloten geachte systeem echter tot op zekere hoogte opengebroken. Dit heeft geresulteerd in een benadering die misschien nog het beste te karakteriseren is als *Ashby Donald avant la lettre*. Zo stelde de Hoge Raad in de zaak *Dior/Evora* dat hoewel aan het beperkingssysteem van de Auteurswet reeds een belangenafweging ten grondslag ligt, dit niet uitsluit dat de grenzen van het auteursrecht ook in andere gevallen aan de hand van een vergelijkbare afweging nader moeten worden bepaald.⁴⁴ Dit is in het bijzonder het geval als de behoefte aan de desbetreffende begrenzing door de wetgever niet is onderkend en die begrenzing past in het stelsel van de wet.⁴⁵ In 2003 nam het Hof Den Haag in de zaak *Karin Spaink/Scientology* de informatievrijheid tot uitgangspunt en oordeelde na toetsing aan de hand van het driestappenschema van het EVRM dat die vrijheid niet mocht worden beperkt ten behoeve van de handhaving van het auteursrecht.⁴⁶ Van belang daarbij is dat het in deze beoordeling – anders dan bij de eerder in deze bijdrage besproken arresten van het Hof van Justitie – niet ging om een *specifieke* handhavingsmaatregel, maar om de *algemene* mogelijkheid om het auteursrecht in een bepaald geval te handhaven.

In 2015 heeft de Hoge Raad zich weer gebogen over de vraag naar de rol van grondrechten in de auteursrechtelijke beperkingssystematiek in de zaak *Sanoma/GeenStijl*. De Hoge Raad benadrukte allereerst dat ook de bescherming van het auteursrecht een grondrecht is. Vervolgens werd, onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie en het EHRM, overwogen dat, hoewel reeds bij de totstandbrenging van regelgeving betreffende intellectuele eigendom een juist evenwicht tussen de diverse grondrechten dient te worden verze-kerd, dit onverlet laat dat ook de rechter moet onder-

42. Ch. Gielen e.a. (red.), *Kort Begrip van het Intellectuele Eigendomsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 506.

43. Zie bijvoorbeeld P. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie*, Deventer: Kluwer 1989.

44. HR 20 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1995:ZC1845 (*Dior/Evora*), *IER* 1995/41, r.o. 3.6.2.

45. *Dior/Evora*, r.o. 3.6.2. Een dergelijk afweging wordt onder meer gemaakt in Hof Amsterdam 8 juli 1999 (*Anne Frank Fonds/het Parool*).

46. In eerdere zaken was door rechters ook al getoetst aan art. 10 EVRM, al kwam men in die zaken niet tot de conclusie dat sprake was van een ongeoorloofde inbreuk op dat grondrecht. Vgl. Rb. Amsterdam 19 januari 1994 (*Boogschutter*), *Informatierecht/AMI* 1994, p. 51; *Anne Frank Fonds/Het Parool*. Voor een bespreking van deze eerdere jurisprudentie zie P. Hugenholtz, 'Auteursrecht contra informatievrijheid in Europa', in: A.W. Hins (red.), *Van ontvanger naar zender: opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. de Meij*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2003.

zoeken of in een concreet geval de handhaving van het auteursrecht afstuit op een ander grondrecht.⁴⁷ In een zaak tussen het Anne Frank Fonds enerzijds en de Anne Frank Stichting en de KNAW anderzijds had de Rechtbank Amsterdam vervolgens te oordelen in een geschil waarin laatstgenoemden, ter rechtvaardiging van het gebruik van auteursrechtelijk beschermd werk van het Anne Frank Fonds, een beroep deden op de vrijheid van wetenschap. Onder verwijzing naar het voornoemde arrest van de Hoge Raad oordeelde de rechtbank dat in beginsel sprake is van een auteursrechtinbreuk, maar dat in de omstandigheden van het geval beoordeeld diende te worden of de handhaving van het auteursrecht op disproportionele wijze afbreuk zou doen aan de vrijheid van wetenschap. Ook in deze zaak wordt dus een afweging vereist met als mogelijk resultaat dat handhaving van het auteursrecht in dat specifieke geval niet mogelijk zou zijn.

Gevolgen voor de Nederlandse praktijk

Nederlandse rechters dienen in hun rechtspraak zowel het Unierecht als het EVRM in acht te nemen. Daarnaast geldt op grond van artikel 52 lid 3 Handvest dat voor zover fundamentele rechten zowel door het Handvest als het EVRM beschermd worden, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde is als daaraan door het EVRM wordt toegekend. Bovendien geldt op grond van artikel 53 Handvest dat de bepalingen van het Handvest niet mogen worden uitgelegd op een wijze die afbreuk doet aan EVRM-rechten. De benadering van het EHRM in *Ashby Donald* vereist dat in beginsel een volledige afweging gemaakt moet worden tussen het handhaven van het auteursrecht en de bescherming van andere grondrechten. Deze afweging kan ertoe leiden dat in een concreet geval een auteursrechtelijke rechten met het oog op de grondrechten van de wederpartij, in het geheel niet kan handhaven – en kan daarmee neerkomen op een *de facto* beperking van zijn exclusieve rechten. Men kan zich afvragen of het EHRM met deze ‘open’ benadering niet een stap verder is dan het Hof van Justitie. Strikt genomen biedt het EHRM in vergelijking met het Hof van Justitie *materieel* gezien geen hoger beschermingsniveau. In de redenering van het Hof van Justitie wordt met zijn uitspraken de bescherming die het EVRM biedt geëvenaard – het Hof van Justitie verwijst daarbij overigens expliciet naar *Ashby Donald* – zij het via de weg van Handvestconforme uitlegging van de bestaande excepties. Zoals gezegd is het echter de vraag of de verminderde flexibiliteit van de EU-benadering op termijn niet negatief uit kan pakken voor de daadwerkelijke bescherming van grondrechten binnen het auteursrecht.

De Nederlandse rechtspraak laat zien dat ook de nationale rechter zich bewust is geweest van de spanning tussen de exclusieve rechten van de auteur en andere grondrechten. De Nederlandse rechtspraak lijkt op het punt van de afweging tussen die rechten wel een stap verder te zijn dan het Hof van Justitie. Uit de Nederlandse rechtspraak kan worden opgemaakt dat de rechter zich historisch gezien ontvankelijk heeft getoond voor het ‘uitvinden’ van buitenwettelijke excepties, en daarnaast ook nu nog in bepaalde gevallen rechtstreeks een afweging maakt tussen grondrechten en de handhaving van het auteursrecht. Deze aanpak sluit daarmee in principe aan op de benadering van het EHRM, waarin is gesteld dat de handhaving van auteursrecht in beginsel dient te worden getoetst aan de hand van de drie stappen van artikel 10 lid 2 EVRM, en waaruit ook volgt dat voor het bepalen van de rechtmatigheid van de handhaving niet slechts kan worden volstaan met de vaststelling dat een inbreuk op het auteursrecht heeft plaatsgevonden. In beginsel lijkt deze aanpak ook in te passen in de Unierechtelijke benadering. Dit kan echter problematischer worden op het moment dat deze afweging ertoe leidt dat een auteursrechtelijke zijn exclusieve rechten niet meer kan handhaven, bijvoorbeeld doordat het niet meer mogelijk is om een inbreukverbod te vorderen.⁴⁸ Een dergelijk geval zou immers kunnen gelden als een *de facto* (externe) beperking van de exclusieve rechten. Het Hof van Justitie heeft zich over dergelijke gevallen echter nog niet hoeven uitlaten. In de literatuur zijn de meningen echter verdeeld over de vraag of de Nederlandse benadering, zoals die onder meer tot uitdrukking kwam in de zaak *Spaink/Scientology*, nog houdbaar is.⁴⁹

Tot slot kan nog worden opgemerkt dat de rol van het Handvest in de uitspraken van het Hof van Justitie in zekere zin kunnen bijdragen aan een (verdere) Europese constitutionalisering van het auteursrecht.⁵⁰ De Europese rechter benadrukt immers dat excepties zo moeten worden uitgelegd dat de effectiviteit van het Handvest wordt gewaarborgd. Hoewel de (meeste) excepties in de richtlijn een optioneel karakter hebben, kan dit tot gevolg hebben dat bepaalde excepties in het nationale recht geïmplementeerd *moeten* worden om de grondrechten die neergelegd zijn in het Handvest te beschermen. Veelal zal het mogelijk zijn om in die gevallen te voorzien door toepassing van het beginsel van richtlijnconforme uitleg. Dit is de minst ingrijpende oplossing, die daarmee in onze optiek de voorkeur verdient. Daartoe moet er echter vanzelfsprekend wel een bepaling van nationaal recht zijn die richtlijnconform geïnterpreteerd

47. HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:841 (*Sanoma/GeenStijl*), r.o. 5.2.5.

48. Kulk en Teunissen 2019, p. 153.

49. In kritische zin: M. Kingma, ‘HvJEU in Spiegel Online en Funke Medien: een pyrrusoverwinning voor de informatievrijheid?’, *IEF* 18625. Geerts is daarentegen optimistischer gestemd: P. Geerts, ‘Noot onder HvJ EU Funke Medien en Spiegel Online’, *IT&Recht* 2892, punt 11 en 12. Zie hierover ook: Teunissen 2018, p. 384-386.

50. Geiger en Izyumenko 2019. Zie daarover ook: Teunissen 2018, p. 394; J. Griffiths, ‘Constitutionalising or Harmonising? The Court of Justice, the Right to Property and European Copyright Law’, *European Law Review* 2013, afl. 1.

kan worden.⁵¹ Mocht dat niet het geval zijn, dan zou de rechter aansluiting kunnen zoeken bij het reeds genoemde arrest van de Hoge Raad inzake *Dior/Evora*, waarin bepaald werd dat een rechter in een concreet geval de grenzen van het auteursrecht nader kan bepalen als de behoefte aan die begrenzing niet door de wetgever is onderkend en die begrenzing past in het stelsel van de wet. Een belangrijke voorwaarde daarvoor is echter wel dat het feit dat de wetgever er bewust voor heeft gekozen om een bepaalde exceptie uit de Auteursrechtlijn niet in nationaal recht te implementeren, ook daadwerkelijk gezien kan worden als een niet-onderkende behoefte aan begrenzing. Daarbij geldt in alle gevallen op basis van de consistente rechtspraak van het Hof van Justitie dat ook met een dergelijke interpretatie niet buiten het gesloten stelsel van excepties van de Auteursrechtlijn getreden mag worden.

51. Over het beginsel van richtlijnconforme interpretatie, zie ook: S. Haket, 'Dansk Industri: nadere afbakening grenzen aan richtlijnconforme interpretatie en horizontale werking algemeen Unierechtelijk beginsel?', *NtEr* 2016/7.