

Pelham, Funke en Spiegel Online: beperkingen en grondrechten in het EU-auteursrecht

Prof.mr. D.J.G. Visser*

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

Inleiding

Het auteursrecht is het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, *behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld*. Aldus al sinds 1912 artikel 1 van de Nederlandse Auteurswet.

Die beperkingen op het auteursrecht, waaronder bijvoorbeeld het recht om privé-kopieën te maken en het citaatrecht, zijn sinds 2001 Europees geharmoniseerd. In artikel 5 van de Richtlijn 2001/29/EG 'Auteursrecht in de informatiemaatschappij' is een limitatieve opsomming opgenomen van beperkingen die de lidstaten in hun wetgeving mogen opnemen. Recent is alsnog een aantal verplichte beperkingen opgenomen in een nieuwe richtlijn.¹

Het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ EU of Hof) heeft zich de afgelopen jaren regelmatig uitgesproken over de interpretatie van die beperkingen. Zo oordeelde het HvJ EU in 2014 dat privé-kopieën uit illegale bron niet is toegestaan, terwijl in Nederland voordien werd aangenomen dat dit wel mocht.² Het Hof oordeelde bijvoorbeeld ook over de parodie-exceptie.³ Bij de interpretatie van de beperkingen op het auteursrecht betrok het HvJ EU steeds

vaker de *grondrechten* vastgelegd in het Handvest van de Grondrechten van de EU uit 2009 (hierna: Handvest).⁴ Met name de *informatievrijheid* vormt een belangrijke grondslag voor verschillende beperkingen op het auteursrecht. Uit de rechtspraak van het Hof bleek wel al vrij duidelijk dat het in de richtlijn uit 2001 om een *limitatieve* opsomming van beperkingen op het auteursrecht gaat. Het staat lidstaten niet vrij om daarbuiten nog andere beperkingen te introduceren of in stand te houden.⁵

Toch vond de Duitse rechter, het Bundesgerichtshof (BGH), het nuttig om nog eens expliciet aan het Hof te vragen of voor lidstaten de ruimte bestaat om, buiten de geharmoniseerde beperkingen om, nog *andere beperkingen* toe te staan en hoe de toegelaten beperkingen moeten worden geïmplementeerd en geïnterpreteerd. Dat deed het BGH zelfs in drie zaken tegelijk. Deze noot gaat over deze drie zaken.

De drie zaken

De feiten van deze drie zaken zijn nogal verschillend, maar het gaat steeds om de mogelijke toepasselijkheid van beperkingen op het auteursrecht (of het daaraan

* De auteur is dank verschuldigd voor commentaar op een eerdere versie van deze noot aan mrs. P.J. Kreijger, D.W.F. Verkade en C.J.S. Vrendenburg.

1 Richtlijn (EU) 2019/790 van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt ('DSM' (digital single market)) en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG, *PbEU* 2019, L 130/92.

2 HvJ EU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254, *NJ* 2016/185, m.nt. P.B. Hugenholtz onder nr. 186, *AMI* 2015/1, m.nt. C.A. Alberdingk Thijm & D.M. Linders, *IER* 2015/4, m.nt. A. Ringnalda (*ACI Adam / ThuisKopie*).

3 HvJ EU 3 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2132, *NJ* 2016/351, m.nt. P.B. Hugenholtz, *AMI* 2014/16, m.nt. K.J. Koelman (*Deckmyn / Vandersteen*).

4 Zie bijvoorbeeld C.A. Alberdingk Thijm & C. de Vries, 'De toenemende invloed van het Handvest op het recht van de intellectuele eigendom', *BIE* 2015, p. 174.

5 Zie ov. 32 bij Richtlijn 2001/29/EG en HvJ EU 16 november 2016, C-301/15, ECLI:EU:C:2016:878, *AMI* 2017/11, m.nt. L. Guibault (*Soulhier en Doke*), punt 26.

‘naburige’ recht van de fonogrammenproducent) die te maken hebben met informatievrijheid of kunstvrijheid. De informatievrijheid ligt onder andere vast in artikel 11 van het Handvest en de kunstvrijheid in artikel 13 van dat Handvest.

Pelham (‘Metall auf Metall’)

De zaak met de roepnaam *Pelham* gaat over soundsampling, het overnemen van geluidsfragmenten in nieuwe geluidsopnames. De popgroep Kraftwerk heeft in 1977 een fonogram uitgebracht dat het nummer ‘Metall auf Metall’ bevat. Pelham en Haas zijn de componisten van het nummer ‘Nur mir’, dat op door de onderneming Pelham GmbH in 1997 geproduceerde fonogrammen is verschenen. Kraftwerk stelt dat Pelham ongeveer twee seconden van een ritmische sequens van het nummer ‘Metall auf Metall’ elektronisch heeft gekopieerd (gesampled) en deze in een doorlopende herhaling onder het nummer ‘Nur mir’ heeft gezet,⁶ hoewel Pelham die sequens ook zelf had kunnen spelen. Kraftwerk is van mening dat Pelham inbreuk heeft gemaakt op het naburige recht waarvan zij als fonogramproducent houder zijn. De zaak speelt al sinds 2004. Bij de Duitse rechter kreeg Kraftwerk steeds gelijk (behalve bij het Bundesverfassungsgericht⁷). Het BGH stelde naast de vragen over de verhouding tot de grondrechten ook een aantal specifieke vragen over sampling die hierna apart zullen worden besproken.



Cover van het album *Trans Europa Express* van Kraftwerk waar het nummer ‘Metall auf Metall’ op is opgenomen. De foto op de cover is gemaakt door Maurice Seymour.



Cover van het album *Nur mir* met het nummer ‘Nur mir’ van Pelham en Haas, vertolkt door Sabrina Setlur

Funke (‘Afghanistan-Papiere’)

De Duitse overheid stelt onder andere voor bepaalde parlementsleden wekelijks verslagen op over de activiteiten van het Duitse leger. Deze verslagen worden ‘Unterrichtung des Parlaments’ (UdP’s) genoemd.

‘Funke Medien beheert de website van het Duitse dagblad Westdeutsche Allgemeine Zeitung. Op 27 september 2012 heeft zij verzocht om toegang tot alle UdP’s die tussen 1 september 2001 en 26 september 2012 waren opgesteld.

De bevoegde autoriteiten hebben dit verzoek afgewezen op grond dat het verspreiden van de in deze UdP’s vervatte informatie de veiligheid van het federale leger in gevaar kon brengen. Deze autoriteiten hebben in dit verband gewezen op de met regelmaat gepubliceerde voorlichtingen van het publiek, die ingekorte versies van de UdP’s zijn die de genoemde veiligheid niet in gevaar brengen. Funke Medien heeft evenwel langs onbekende weg de hand weten te leggen op een groot deel van de UdP’s. Een aantal hiervan heeft zij onder de naam ‘Afghanistan-Papiere’ (Afghanistan-documenten) gepubliceerd, welke als gescande bladzijden op haar website konden worden ingezien, waarbij ook inleidende opmerkingen, aanvullende links en een uitnodiging om te reageren waren opgenomen’ (punt 11 van arrest *Funke*)

De Duitse overheid stelde een verbodsvordering in en kreeg bij de lagere rechters gelijk. Het BGH stelde de hieronder te bespreken vragen.

Spiegel Online

De zaak *Spiegel Online* is qua feiten het meest ingewikkeld.

Beck was op het moment van de verwijzingsbeslissing sinds 1994 lid van de Bundestag. Hij is auteur van een manuscript over het strafrechtelijke beleid inzake seksuele misdrijven tegen minderjarigen. In 1988 is dit manuscript onder een pseudoniem als artikel in een bundel gepubliceerd. Bij die publicatie heeft de uitgever de titel van het manuscript gewijzigd en is een zin ervan ingekort. Bij brief van 5 mei 1988 heeft de auteur zich hierover bij de uitgever beklagd en tevergeefs van hem geëist dat hij dit bij publicatie van de bundel zou vermelden. In de jaren hierna heeft Beck, die vanwege de in dit artikel geuite standpunten is bekritiseerd, herhaaldelijk geantwoord dat de inhoud van zijn manuscript door de uitgever van de genoemde bundel was gewijzigd. Sinds in elk geval 1993 heeft Beck van de inhoud van dit artikel afstand genomen.

Het manuscript van Beck is in 2013 bij onderzoek van de archieven opgedoken en op 17 september 2013 aan Beck voorgelegd, die toen kandidaat was voor de parlementsverkiezingen in Duitsland. De dag hierna heeft Beck het manuscript ter beschikking gesteld aan verschillende krantenredacties, als bewijs dat het door de uitgever met het oog op de publicatie van het betrokken artikel was gewijzigd. Hij heeft deze redacties echter geen toestemming verleend voor publicatie van dit manuscript en artikel, maar heeft ze op zijn eigen website gepubliceerd, waarbij hij op elke bladzijde de volgende vermelding aanbracht: ‘Ik neem afstand van dit artikel. Volker Beck’. Op de in de betrokken bundel gepubliceerde bladzijden van het artikel was bovendien de volgende vermelding aangebracht: ‘Voor [publicatie van] deze tekst is geen toestemming verleend. De ondertitel en delen van de tekst zijn verdraaid ten gevolge van de vrije bewerking door de uitgever.’

Spiegel Online beheert op internet het informatieportaal Spiegel Online. Op 20 september 2013 heeft zij een artikel gepubliceerd waarin, anders dan hetgeen Beck beweert, wordt gesteld dat de uitgever de kernboodschap van zijn manuscript niet had gewijzigd en dat Beck het publiek derhalve jarenlang had misleid. Behalve dit artikel konden door middel van hyperlinks ook de originele versies van het manuscript en het in de betrokken bundel gepubliceerde artikel worden gedownload.’ (R.o. 10, 11 en 12 van arrest *Spiegel Online*).

Beck maakte op grond van zijn auteursrecht bij de Duitse rechter met succes bezwaar tegen de beschikbaarstelling van de volledige tekst van het manuscript en het artikel op de website van Spiegel Online. Het BGH stelde de hieronder te bespreken vragen en nog een aantal andere vragen over citaatrecht en verslaggeving over actuele gebeurtenissen, die eveneens hierna worden besproken.

6 Beide nummers zijn op YouTube te vinden. Zoek op: ‘Kraftwerk – Metall auf Metall’ en op: ‘Sabrina Setlur – Nur mir’.

7 ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160531.1bvr158513,

www.bundesverfassungsgericht.de/ef/rs20160531_1bvr158513.html Deze uitspraak van het Duitse constitutionele hof speelt hier verder geen rol, maar is wel interessant, omdat dat hof

concludeerde dat bij *sampling* de kunstvrijheid prevaleerde boven het auteursrecht.

De drie vragen

In deze zaken stelde het BGH de volgende vragen:⁸

‘1) Is er *discretionaire* ruimte bij de omzetting in nationaal recht van de Unierechtelijke bepalingen inzake het uitsluitende *reproductierecht* van auteurs [artikel 2, onder a), van richtlijn 2001/29] en inzake het uitsluitende recht van *mededeling* van hun werken *aan het publiek*, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek (artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29) alsook inzake de *beperkingen* of restricties op deze rechten (artikel 5, leden 2 en 3, van richtlijn 2001/29)?

2) Op welke manier dienen de *grondrechten* van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in *aanmerking te worden genomen* bij de vaststelling van de omvang van de in artikel 5, lid 3, van richtlijn 2001/29/EG opgenomen beperkingen of restricties op zowel het uitsluitende reproductierecht van auteurs [artikel 2, onder a), van richtlijn 2001/29/EG] als het uitsluitende recht van mededeling van hun werken aan het publiek, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek (artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG)?

3) Kunnen de *grondrechten* op informatievrijheid (artikel 11, lid 1, tweede zin, van het Handvest) of persvrijheid (artikel 11, lid 2, van het Handvest) een *rechtvaardiging* bieden voor *niet* onder artikel 5, lid 3, van richtlijn 2001/29/EG vallende beperkingen of restricties op zowel het uitsluitende reproductierecht van auteurs [artikel 2, onder a), van richtlijn 2001/29/EG] als het uitsluitende recht van mededeling van hun werken aan het publiek, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek (artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG)?

Zoals veel vaker worden de vragen door het Hof van Justitie enigszins geherformuleerd. (‘Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter dus in wezen te verneemen ...’). De beantwoording van deze vragen bevat ook veel herhalingen en interne verwijzingen. In de onderstaande tekst wordt volstaan met samenvattingen.

Extra beperkingen toegestaan?

Hier beginnen we met het antwoord op de *derde* vraag met de meest verstrekkende optie: of het lidstaten vrij staat om *extra* (dus niet in de richtlijn geregelde) beperkingen *rechtstreeks* op de grondrechten te baseren. Het antwoord op die vraag luidt: nee. Het Hof onderbouwt dat oordeel in de *Spiegel Online*-zaak als volgt.

De opsomming van beperkingen in de richtlijn is *limitatief* (punt 41). Daarmee is harmonisatie beoogd die gericht is op een *rechtvaardig evenwicht* tussen de grondrechten en belangen van rechthebbenden en gebruikers (punt 42). Dat evenwicht *zit in de richtlijn zelf* (punt 43). Daar liggen allerlei grondrechten aan ten grondslag (punt 44). Met name de uitingsvrijheid (punt 45). Maar de rechten van de auteur zijn ook heel belangrijk (punt 46). Als *extra* beperkingen worden toegestaan komen de *rechtszekerheid* en de *interne markt* in gevaar (punt 47). Bovendien wordt dan de coherentie toepassing van de toegestane beperkingen bedreigd (punt 48). Daarom mogen er geen extra beperkingen worden gebaseerd op bijvoorbeeld de uitingsvrijheid (punt 49).

Discretionaire bevoegdheid bij de omzetting?

Dan de eerste vraag: hebben de lidstaten wel een zekere discretionaire bevoegdheid bij het omzetten van de richtlijn? Antwoord (als geformuleerd in de *Funke*-zaak): ten

aanzien het reproductierecht en het ‘mededeling aan het publiek’-recht *niet*, ten aanzien van de *beperkingen* waarvan de tekst het toelaat een *beetje*.

Ten aanzien van het reproductierecht en het recht van mededeling van het publiek is volgens het HvJ EU sprake van *volledige harmonisatie* en bestaat er *geen* discretionaire bevoegdheid voor lidstaten (punt 35-38 van arrest *Funke*).

Bij de beperkingen is daarentegen *geen* sprake van volledige harmonisatie, zo volgt uit punt 39-42 van het arrest *Funke*. Maar vervolgens blijkt de discretionaire bevoegdheid toch weer *beperkt*.

Bij de invulling van de discretionaire bevoegdheid bij de interpretatie van de beperkingen mag volgens het Hof geen afbreuk worden gedaan aan de doelstellingen van de richtlijn, namelijk een *hoog beschermingsniveau* ten gunste van de auteurs in te voeren en de *goede werking van de interne markt* (punt 50). Daarnaast moet ook de *nuttige werking* van de beperkingen en de restricties worden gehandhaafd en het doel daarvan in acht worden genomen ‘teneinde een *rechtvaardig evenwicht* van rechten en belangen te waarborgen tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal’ (punt 51). Dus: hoog beschermingsniveau, goede werking van de interne markt, nuttige werking van de beperkingen handhaven, rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen tussen de verschillende categorieën rechthebbenden én tussen de rechthebbenden en gebruikers. En dat allemaal tegelijk. Waar het in wezen om gaat: op al deze punten wil het Hof het laatste woord aan zichzelf houden.

Hoe de grondrechten te betrekken bij de interpretatie?

Dan de tweede vraag: hoe moeten de grondrechten worden betrokken bij de *interpretatie* van de in de richtlijn opgenomen beperkingen? Moet er *restrictief* worden geïnterpreteerd of moet er *ten volle rekening* worden gehouden met de grondrechten? Antwoord: er moet een juist evenwicht worden bereikt, waarbij alle kolen en geiten betrokken en gespaard moeten worden. In de zaak *Spiegel Online* formuleerde het Hof dat samengevat als volgt.

Er moet een *juist evenwicht* worden bereikt tussen de grondrechten (punt 51). Daarbij mag niet worden ingegaan tegen grondrechten of andere algemene beginselen van het Unierecht (punt 52). *Natuurlijk* moeten beperkingen ‘als afwijking van een algemene regel’ in *beginsel* strikt worden uitgelegd (punt 53). Maar eigenlijk zijn beperkingen op het auteursrecht ook weer *rechten van gebruikers* en dat betekent dat er toch vooral een *rechtvaardig evenwicht* moet zijn (punt 54). Het gaat daarbij immers om de *nuttige werking* van de beperkingen ten behoeve van fundamentele vrijheden (punt 55). Intellectuele eigendom is immers niet onaantastbaar en geniet geen ab-

⁸ De eerste vraag werd in deze vorm alleen gesteld in de *Funke*-zaak, de derde vraag werd niet gesteld in de *Pelham*-zaak

solute bescherming (punt 56). Daarbij is de uitingstvrijheid superbelangrijk en die ligt ook vast in het EVRM (punt 57). Zie bijvoorbeeld het *Donald Ashby*-arrest,⁹ waaruit blijkt dat de *soort informatie* van groot belang is, ‘met name in het kader van politieke gedachtewisselingen of een debat van algemeen belang’ (punt 58). Dus moeten bij de belangenafweging alle omstandigheden worden betrokken, dienen de bewoordingen volledig in acht te worden genomen, dient de nuttige werking te worden behouden en dient het allemaal volledig in overeenstemming te zijn met de grondrechten (punt 59).

Conclusie ten aanzien van de drie hoofdvragen

Ten aanzien van de drie hoofdvragen kan het volgende worden geconcludeerd. De lidstaten mogen *geen extra* beperkingen op het auteursrecht rechtstreeks baseren op grondrechten. Bij de *implementatie* én bij de *interpretatie* van de toegestane, in de richtlijn geregelde beperkingen dient het *juiste evenwicht* te worden bereikt tussen rechten van rechthebbenden en gebruikers, waarbij zowel het *hoge beschermingsniveau*, de *strikte uitleg*, de *tekst* van de bepalingen, de *nuttige werking* én de Europese *grondrechten* *volkomen* en *volledig* in acht moeten worden genomen. Bij deze manier van rechtsvinding heeft het HvJ EU zelf dus altijd het laatste woord, omdat alleen hij uiteindelijk mag beoordelen of het juiste evenwicht gevonden is.

In de zaak *Spiegel Online* werden nog twee concrete vragen gesteld over de beperking ten gunste van verslaggeving over actuele gebeurtenissen – in Nederland vastgelegd in artikel 16a Aw – en over het citaatrecht (art. 15a Aw).

Verslaggeving over een actuele gebeurtenis?

Is voor een geslaagd beroep op de verslaggevingsexceptie vereist dat het *niet mogelijk* is om vooraf toestemming te vragen? Antwoord: nee. Het feit dat het *vaak* onmogelijk is, is wel één van de bestaansredenen van een dergelijke exceptie, maar het is geen vereiste voor de toepasselijkheid.

‘Wanneer zich een actuele gebeurtenis voordoet moet de informatie daarover in beginsel, en in het bijzonder in het kader van de informatiemaatschappij, snel kunnen worden meegedeeld, wat moeilijk verenigbaar is met een vereiste van voorafgaande toestemming van de auteur, dat het tijdig verstrekken van relevante informatie aan het publiek uiterst moeilijk, zo niet onmogelijk zou maken’ (punt 71).

‘Verslaggeving’ moet worden opgevat als het geven van informatie over een actuele gebeurtenis. ‘Ook al houdt een verslag van die gebeurtenis meer in dan de loutere bekendmaking daarvan, het begrip “verslaggeving” in de gebruikelijke betekenis daarvan vereist evenwel niet dat de gebruiker een gedetailleerde analyse van die gebeurtenis geeft’ (punt 66). Een ‘actuele gebeurtenis’ is ‘een gebeurtenis waarbij het publiek op het moment dat verslag ervan wordt gegeven belang heeft om daarover te worden

geïnformeerd’ (punt 67). Het gebruik van een beschermd werk mag niet verder gaan dan vanuit het oogpunt van voorlichting noodzakelijk is (punt 68).

Hyperlink naar volledig document als citaat?

De wezenlijke kenmerken van een citaat bestaan erin 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’ (punt 78).

De gebruiker die wil citeren moet het geciteerde werk ‘in een rechtstreeks en nauw verband brengen met zijn eigen beschouwingen om zodoende de intellectuele confrontatie met andermans werk aan te kunnen gaan’, omdat het met name gaat om kritieken en recensies.

‘Daarnaast volgt hieruit dat het gebruik van het geciteerde werk van ondergeschikt belang dient te zijn ten opzichte van de uitlatingen van die gebruiker, aangezien het beschermde werk volgens artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29 niet zodanig mag worden geciteerd dat afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad’ (punt 79).

Maar niet is vereist ‘dat het geciteerde werk onlosmakelijk wordt geïntegreerd in het citerende werk, door bijvoorbeeld inspringende teksten of reproductie in voetnoten, zodat er dus ook kan worden geciteerd door middel van een hyperlink naar het geciteerde werk’ (punt 80).

Het opnieuw openbaar maken van een volledig document kan volgens het HvJ EU ook onder het citaatrecht vallen als er door middel van een hyperlink naar wordt verwezen in een ander document ‘naar billijkheid geschiedt en door het bijzondere doel wordt gerechtvaardigd’ en niet verder gaat ‘dan noodzakelijk is om het doel van het betrokken citaat te bereiken’ (punt 81-84). Dat geeft *potentieel* een enorme *verruiming* van het citaatrecht. Maar alles hangt dan af van wat billijk, gerechtvaardigd en noodzakelijk is.

Geciteerde bron rechtmatig openbaar gemaakt?

De geciteerde bron moet al eerder rechtmatig openbaar zijn gemaakt. Dat vereiste moet aldus

‘worden uitgelegd dat een werk wordt geacht reeds op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar te zijn gesteld, wanneer het in de betrokken specifieke vorm reeds met toestemming van de rechthebbende of op grond van een gedwongen of wettelijke licentie voor het publiek toegankelijk is gemaakt’ (punt 95).

In het geval van *Spiegel Online* betekent dit mogelijk dat zij alleen de volledige versie die Beck op zijn website heeft geplaatst, *inclusief* de vermelding van het feit dat hij zich ervan distantieerde, had mogen ‘citeren’. Dat is het geval als aannemelijk is dat de oer-publicatie die Spiegel Online citeerde *niet met toestemming* van Beck had plaatsgevonden. Dat moet de feitenrechter vaststellen. Van belang is vast te stellen dat voor rechtmatige openbaarmaking die

9 EHRM 10 januari 2013, 36769/08, ECLI:CE: ECHR:2013:0110JUD003676908, NJ 2015/121,

m.nt. P.B. Hugenholtz, AMI 2014/2, m.nt. E.J. Dommering (*Ashby Donald / Frankrijk*).

citeren mogelijk maakt niet altijd toestemming van de maker nodig is. Het kan ook zijn dat een werk rechtmatig openbaar is geworden doordat het op grond van ‘een gedwongen of wettelijke licentie’ openbaar is geworden. Denk aan de situatie waarin een werk op grond van de beperking ten gunste van actuele reportages openbaar is geworden. Ook de openbaarmaking in het kader van een rechtszaak kan onder omstandigheden tot een rechtmatige openbaarmaking leiden.¹⁰

Extra vragen in *Pelham*

Is een muzieksample een ‘reproductie’?

Een fonogrammenproducent kan verbieden dat ‘een geluidsfragment van zijn fonogram, hoe kort ook, door een derde wordt overgenomen en op een ander fonogram wordt vastgelegd, tenzij dat fragment in een gewijzigde en voor het oor onherkenbare vorm op laatstgenoemd fonogram wordt vastgelegd’ (punten 35-39).

Het is niet duidelijk wat met in een ‘voor het oor onherkenbare vorm’ precies wordt bedoeld of hoe dat moet worden vastgesteld. Waar ligt de grens tussen wat het oor (wiens oor?, welke maatman?) waarneemt en herkent en wat (alleen?) een computer waarneemt en herkent?

Is een muzieksample een ‘kopie’?

Een fonogram dat muziekfragmenten bevat die van een ander fonogram zijn overgenomen is geen ‘kopie’ van dat fonogram in de zin van het distributierecht opgenomen in Richtlijn 2006/115, ‘aangezien op dat fonogram niet het gehele andere fonogram of een wezenlijk gedeelte daarvan is overgenomen’ (punt 55). Daar schiet de gebruiker echter weinig mee op als het wel een inbreukmakende reproductie is.

Is een muzieksample een ‘citaat’?

Een muzieksample kan volgens het HvJ EU een citaat zijn als het kan worden herkend én het ‘gebruik is bedoeld om de dialoog met het werk waarvan het geluidsfragment is overgenomen aan te gaan’ en aan de overige vereisten van het citaatrecht is voldaan (punt 71-74). Daarbij kan mogelijk worden gedacht aan de ondergeschiktheid, gerechtvaardigdheid, noodzakelijkheid en de naamsvermelding. Of het ‘citeren’ van het geluid van metaal in dit geval ‘hoorbaar’ is of er ‘de dialoog mee wordt aangegaan’ zal de feitenrechter moeten beantwoorden. Hoe moet worden vastgesteld of ‘de dialoog wordt aangegaan’ met een muzieksample lijkt mij nog niet eenvoudig. Misschien heeft het Hof het oog op ‘variëaties op een thema van ...’, zoals we die kennen bij verschillende klassieke componisten. Maar om dergelijke ‘variëaties’ onder het vergoedingsvrije

citaatrecht te brengen zou nogal ver gaan. In de muziekwereld is het gebruikelijk, maar in de praktijk vaak ook ingewikkeld om geluidsfragmenten met toestemming en tegen betaling over te nemen.¹¹

Funke-zaak

In de *Funke*-zaak werden geen aanvullende vragen gesteld, maar gaf het Hof (geïnspireerd door de fraaie conclusie van advocaat-generaal Szpunar) wel een ‘overweging vooraf’ ten aanzien van de vraag of deze militaire verslagen wel auteursrechtelijk beschermd zijn.

Daaruit blijkt dat de nationale rechter per geval dient te onderzoeken of deze verslagen ‘een intellectuele schepping van de auteur ervan zijn die de uitdrukking van diens persoonlijkheid vormt die tot uiting komt door de vrije en creatieve keuzen die die auteur bij het opstellen van die verslagen heeft gemaakt’ (punt 25). Ook de beslissing of de beperking ten gunste van verslaggeving over actuele gebeurtenissen van toepassing is laat het Hof aan de feitenrechter, maar hij lijkt er wel een beetje een voorschot op te nemen:

‘In casu blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier dat Funke Medien de UdP’s niet alleen op haar website heeft gepubliceerd, maar deze ook systematisch heeft weergegeven en heeft voorzien van inleidende opmerkingen, aanvullende links en een uitnodiging om te reageren. In die omstandigheden, en ervan uitgaande dat de UdP’s moeten worden aangemerkt als “werken” in de zin van artikel 2, onder a), en artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, moet worden geoordeeld dat de publicatie van deze documenten kan neerkomen op “gebruik van werken [...] in verband met de verslaggeving” in de zin van artikel 5, lid 3, onder c), tweede geval, van richtlijn 2001/29. Deze publicatie kan derhalve onder deze bepaling vallen, mits aan de andere voorwaarden in deze bepaling is voldaan, wat de verwijzende rechter dient na te gaan’ (punt 75).

Als de ‘Afghanistan Papieren’ al auteursrechtelijk beschermd zijn, dan lijkt de kans groot dat de wijze waarop *Westdeutsche Allgemeine Zeitung* ze openbaar maakte, op grond van de beperking ten gunste van verslaggeving over actuele gebeurtenissen toch toelaatbaar zou zijn.

Van belang bij deze zaak is zonder twijfel dat het ook naar de mening van de Duitse overheid zelf niet om erg geheime stukken ging. Voor echt geheime stukken bestaat uiteraard strafrechtelijke regelgeving die het openbaar maken ervan helemaal verbiedt en vervolging mogelijk maakt. Deze poging van de Duitse overheid om met een beroep op het auteursrecht niet zo erg geheime stukken uit de publiciteit te houden kon op weinig begrip rekenen. In de pers werd de term ‘Zensurheberrecht’ gebruikt.¹² Advocaat-generaal Szpunar zei hierover (cursief toegevoegd):

‘Teneinde de beperking van een door het EVRM of het Handvest beschermd grondrecht te rechtvaardigen, kan een lidstaat bijgevolg *uitsluitend het algemeen belang* aanvoeren. Zoals ik hierboven heb opgemerkt, was de Bondsrepubliek Duitsland in casu evenwel van mening dat een strafrechtelijke vervolging van Funke Medien wegens de verspreiding van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde documenten zou leiden tot een *beperking van de vrijheid van menings-*

¹⁰ Daarmee is op dit punt achterhaald het oordeel van Hof Den Haag uit 2003 in de *Scientology*-zaak: Hof ‘s-Gravenhage 4 september 2003, ECLI: NL:GHSGR:2003:AI5638, *AMI* 2003/18, m.nt. P.B. Hugenholtz, *CR* 2003, p. 350, m.nt. K.J. Koelman, *IER* 2003/69, m.nt. F.W. Grosheide, *Mf* 2003/45, m.nt. D.J.G. Visser. In r.o. 7.10 en 7.11

van dat arrest overwoog het Haagse hof dat het citaatrecht niet van toepassing kon zijn omdat er geen toestemming van Scientology was voor de overigens wettige eerdere openbaarmaking door een Californische rechtbank.

¹¹ Zie hierover bijvoorbeeld: B. de Knock, *Noot voor noot. Inleiding muziekrecht*, Amsterdam:

deLex 2015, p. 162-163, in een bewerkte versie online beschikbaar: www.ie-forum.nl/artikelen/auteursrechtdebat-sample-clearance-van-mijnenveld-naar-eerlijk-speelveld.

¹² Een samentrekking van *Zensur* (censuur) en *Urheberrecht* (auteursrecht).

uiting en de vrijheid van de media die, afgewogen tegen het algemeen belang van de bescherming van de vertrouwelijkheid van die documenten, *onevenredig* is. In een dergelijke situatie kan de lidstaat in plaats van het algemeen belang niet zijn auteursrecht aanvoeren' (punt 56).

'De Bondsrepubliek Duitsland, die meende dat het belang bij de bescherming van de betrokken documenten als vertrouwelijke informatie *geen* rechtvaardiging vormde voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting die hieruit zou voortvloeien, heeft dus *hetzelfde resultaat* willen bereiken door zich te beroepen op haar *auteursrecht* op die documenten, terwijl het auteursrecht volstrekt andere doelen nastreeft, en zelfs niet is aangetoond dat die documenten werken zijn in de zin van dat recht. Naar mijn mening is een dergelijke handelwijze onaanvaardbaar' (punt 62 en 63).

De A-G was daarom van mening 'dat een lidstaat zich niet kan beroepen op het [...] auteursrecht teneinde te verhinderen dat vertrouwelijke documenten van die lidstaat worden meegedeeld aan het publiek in het kader van een debat over vraagstukken van algemeen belang' (punt 66 van zijn conclusie). Het Hof heeft de A-G niet in deze formulering gevolgd, maar zal er zeker niet wakker van liggen als de nationale rechter via een ruime toepassing van het citaatrecht of de beperking ten behoeve van reportages over actuele gebeurtenissen tot hetzelfde resultaat komt.

Consequenties

Extra beperkingen op het auteursrecht, rechtstreeks gebaseerd op de grondrechten, buiten de beperkingen die de Auteursrecht-richtlijn toelaat, mogen *niet*. Maar de *implementatie* door de lidstaten en de *interpretatie* ervan door de rechter moet wel *volkomen* in overeenstemming zijn met die grondrechten én met bewoordingen van de beperking én met het hoge beschermingsniveau én met de nuttige werking en met de werking van de interne markt. De beslissing over criteria of het 'rechtvaardig evenwicht' met inachtneming van al deze gezichtspunten en alle omstandigheden van het geval juist is bepaald ligt uiteindelijk steeds bij het HvJ EU, dat het eindoordeel vervolgens weer bij de feitenrechter teruglegt. De eeuwig zoektocht naar het juiste evenwicht, de *ars aequi et boni*.

Het citaatrecht en de beperking ten gunste van actuele reportages kunnen kennelijk vrij ver worden opgerekt ten

behoefte van de uitingsvrijheid. Bij citeren in de muziek moet hoorbaar 'de dialoog worden aangegaan'.

Van groot belang is evenwel dat de rechter mijns inziens bevoegd en verplicht blijft om bij de *handhaving* van IE-rechten te onderzoeken of de gevraagde *maatregel* niet te ver gaat. Dit volgt uit de Handhavingsrichtlijn¹³ en uit het *GS Media*-arrest van de Hoge Raad uit 2015 gebaseerd op de rechtspraak van het HvJ EU én het EHRM en dit is mijns inziens *niet* achterhaald door de drie arresten van het HvJ EU van 29 juli 2019. In zijn *GS-Media*-arrest¹⁴ overwoog de Hoge Raad (cursiveringen toegevoegd):

'de rechter, [dient] indien een daarop gericht verweer wordt gevoerd, [...] te onderzoeken of in het concrete geval de *handhaving* van een intellectueel eigendomsrecht afstuit op een ander grondrecht. Weliswaar dient reeds bij de totstandbrenging van regelgeving betreffende intellectuele eigendom een juist evenwicht tussen de diverse grondrechten te worden verzekerd, maar dat laat onverlet dat ook 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 (vgl. bv. HvJEU 24 november 2011, zaak C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771, NJ 2012/479 (Scarlet/Sabam), HvJEU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (UPC Telekabel Wien) en EHRM 10 januari 2013, zaak 36769/08, ECLI:NL:XX:2013:BZ9845 (Ashby Donald e.a./Frankrijk)).' (r.o. 5.2.5).

Zo kan de toetsing van een gevraagde maatregel, bijvoorbeeld een verbod, aan de uitingsvrijheid ertoe leiden dat die maatregel (het verbod) niet toegijsbaar is, maar een veroordeling tot betaling van een redelijke gebruiksvergoeding (schadevergoeding) wél.

Als een bepaalde vorm van gebruik dus niet onder het citaatrecht of onder de beperking ten gunste van actuele reportages valt, is daarmee dus nog niet gezegd dat een verbod altijd mogelijk is. Daarom is mijns inziens niet achterhaald hetgeen in de vierde druk van het handboek *Auteursrecht* wordt opgemerkt:

'Los van art. 16a Aw menen wij dat voor zeer actuele en belangwekkende foto- en filmopnames geldt dat het (her)vertonen van die opnames in nieuwsprogramma's niet zal kunnen worden verboden. Uitoefening van het auteursrecht als verbodsrecht doet dan, gelet op het beginsel van proportionaliteit, te zeer afbreuk aan het grondrecht van de informatievrijheid waarop het overnemende nieuwsmiddeel zich kan beroepen. Er kan dan wel aanleiding zijn voor een vergoedingsplicht. In de praktijk worden dergelijke foto's meestal aangeboden via internationale fotopersbureaus met wie de meeste nieuwsmiddeel doorlopende overeenkomsten hebben, omdat de fotograaf er op die manier het meest aan verdient én de foto optimaal (legaal) verspreid wordt.'¹⁵ ■

13 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, *PbEU* 2004, L 195/16. Zie punt 2 van de considerans: 'De bescherming van de intellectuele eigendom moet de uitvinder of maker in staat stellen rechtmatig profijt van zijn uitvinding of schepping te trekken en bovendien een zo groot mogelijke verspreiding van werken, denkbeelden en nieuwe kennis mogelijk maken. Tegelijkertijd mag de bescherming van de intellectuele eigendom geen belemmering van de vrijheid van meningsuiting,

het vrije verkeer van informatie of de bescherming van persoonsgegevens vormen, ook niet op het internet.' (cursivering toegevoegd) Zie voorts punt 32 van de considerans: 'Deze richtlijn eerbiedigt de grondrechten en neemt de beginselen in acht die met name worden erkend door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. [...]'. Art. 3 lid 2 van de richtlijn bepaalt: 'De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen moeten tevens doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn [...]'. De evenredigheid van art. 3 lid 2 vereist dat bij toepassing van de maatregelen een passend

evenwicht wordt verzekerd tussen de belangen en grondrechten van de betrokkenen, zo volgt uit de arresten HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*) en HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal / eBay*).

14 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:841 (*GS Media / Sanoma*).

15 J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht* (Serie Recht en Praktijk IE2), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 5.32, p. 309.