

Nr. 4 Ashby Donald c.s./Frankrijk

EHRM 10 januari 2013, appl. nr. 36769/08

Legal Summary

Freedom of expression

Conviction of photographers for copyright infringement through publication on the Internet of photographs of fashion show: no violation.

(art. 10 EVRM)

Facts

The applicants are fashion photographers. Accredited by the French designers' federation *Fédération française de la couture* for different fashion publications, they were invited by various fashion houses to the women's winter 2003/2004 collection fashion shows in March 2003. They had not signed any exclusive agreements. Photographs they took at the fashion shows were sent to a company that published them on line, a few hours after the shows, on a specialised Web site offering photos and videos of fashion shows on a free or pay-to-view basis and for sale. The designers' federation and several fashion houses lodged a complaint with the Central Industrial and Artistic Copyright Infringement Brigade. The applicants were questioned in 2003. They were acquitted by the criminal court in June 2005. The complainants and the public prosecutor appealed. In a judgment of January 2007 the court of appeal set aside the first-instance judgment and found the applicants guilty of copyright infringement. The Court of Cassation rejected their subsequent appeal in February 2008.

Law

Article 10: There had been interference with the applicants' legally protected right to freedom of expression as they had been convicted of copyright infringement for disseminating or representing intellectual works in breach of the authors' rights under the Intellectual Property Code as interpreted by the domestic courts. The interference pursued the legitimate aim of protecting the rights of others, namely the authors' rights of the fashion houses whose creations were featured in the disputed photographs. The photos had been published on the Web site of a company run by the first two applicants, with the aim of selling them or charging a fee to view them. The applicants' approach had essentially been a commercial one. Although there was no denying the public appeal of fashion in general and designer fashion in particular, it could not be said that the applicants had taken part in a debate on a topic of general interest by simply publishing photographs of fashion shows. The domestic authorities had a particularly wide margin of appreciation in this case considering the aim of the interference and the fact that, as Article 1 of Protocol No. 1 applied to intellectual property, the interference was also aimed at protecting rights safeguarded by the Convention or its Protocols.

The applicants considered that their conviction for copyright infringement was not 'necessary' in so far as they had been invited to the fashion shows in question, in their capacity as photographers, to take photographs of the fashions presented with a view

to their publication, and the publication of the photographs outside the framework of their accreditation had given rise to no additional risk of copyright infringement because the same pictures had been published at the same time by accredited magazines, and the 'press commitment' practice whereby photographers were required to sign exclusive agreements with the magazines that accredited them was no longer really followed. The court of appeal had nevertheless found that the applicants had knowingly disseminated the photographs in issue without the authorisation of the rights holders, that the argument that 'press commitment' agreements were unsuitable or no longer standard practice did not absolve them of their liability and that they were accordingly guilty of copyright infringement. The domestic court had therefore not overstepped its margin of appreciation in privileging respect for the fashion designers' property over the applicants' right to freedom of expression.

The applicants also contended that the sentences served on them had been disproportionately harsh. They had been sentenced not only to large criminal fines but also to pay substantial damages. They adduced no evidence, however, as to the consequences of these penalties on their financial situation. In any event, the domestic court had fixed these sums following adversarial proceedings the fairness of which was not in dispute, and had given adequate reasons for its decision, explaining the circumstances which it considered warranted such penalties.

In these circumstances and regard being had to the particularly wide margin of appreciation open to the domestic authorities, the nature and gravity of the penalties imposed on the applicants were not such that the Court could find that the interference in issue was disproportionate to the aim pursued.

Conclusion

No violation (unanimously).

Noot

E.J. Dommering

Prof. mr. E.J. Dommering is emeritus hoogleraar informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam.

De zaak

Modeshows tonen vaak voor het eerst kledingontwerpen die de trend voor het komende jaar zullen zetten. Het zijn voorstellingen waarvan, mede door de fotogenieke mannequins die over het platform paraderen, mooie plaatjes en films vallen te maken. De films zijn vaak achtergrondbehang in cafés. Het gaat dus om uit te baten amusementsgoederen, die de organisatoren net als bij sportevenementen voor zich zelf willen houden door exclusiviteitsarrangementen rond het (her)gebruik van beeld op te trekken. En op de mode-ontwerpen rust auteursrecht. Maar het is natuurlijk ook nieuws, namelijk modenieuws.

De zaak draait om de najaarsmodeshows in Parijs in 2003 ('*les défilés de mars 2003 relatifs au prêt-à-porter féminin hiver 2003-2004*'). De

drie (bekende) fotografen, klagers in Straatsburg, waren als gespecialiseerde mode persfotograaf uitgenodigd. Het is duidelijk dat zij zich afzetten tegen een systeem waarin de mode-industrie alleen de media toelaten die de exclusiviteitsregeling onderschrijven (een systeem vergelijkbaar met dat van de RVD die via de Mediacode het beeldgebruik over het koninklijk huis probeert te reguleren). Ze waren weliswaar als geaccrediteerde fotografen op persoonlijke titel uitgenodigd, maar hadden de exclusiviteitsregeling expres niet ondertekend. Zij stellen bij de Franse rechter dat in die regeling 'de klad is gekomen.' De eerste fotograaf had na de show zijn foto's doorverkocht aan een onderneming *Zeppelin* (waarvan hijzelf aandeelhouder was), die ze vervolgens had doorverkocht aan een Amerikaanse onderneming *Viewfinder* (waarvan de twee andere fotografen aandeelhouder waren) die ze een paar uur na de show online zette. Op de site zijn foto's en video's van modeshows vrij te raadplegen, tegen betaling te bezichtigen en te koop. De feitenvaststelling door het Hof van Beroep, zoals weergegeven in het arrest van het EHRM verschaft geen inzicht wat het onderscheidende criterium is tussen vrij raadpleegbaar en tegen betaling raadpleegbaar of te koop. Het Hof van Beroep geeft het modehuis gelijk omdat het gaat om foto's van creaties waarop auteursrecht rust. Het hecht geen belang aan het feit dat de fotografen niet getekend hadden, want het waren ervaren fotografen die de regeling kenden en ook wisten hoe geaccrediteerde media met foto's voor uitsluitend nieuwsdoeleinden omgingen. Bovendien was er volgens het Hof sprake van een opzette. De fotograaf-aandeelhouder had de accreditatie gevraagd voor *Viewfinder*. Die was geweigerd omdat de firma, die in 2001 nog was veroordeeld voor piraterij (*contrefaçon*), slecht bekend stond. Toen was de fotograaf maar op persoonlijke titel naar binnen gegaan. En vervolgens waren de foto's via *Zeppelin* toch weer bij *Viewfinder* terecht gekomen. In cassatie beriepen de fotografen zich op artikel 10 EVRM en artikel L 122-5 van de Code de la propriété intellectuelle. Laatstgenoemd artikel, dat kennelijk de implementatie is van artikel 5 lid 3 onder c van de Richtlijn Auteursrecht in de Informatiesamenleving, luidt dat toegestaan is de verveelvoudiging of integrale of gedeeltelijke weergave van een werk van grafische-, plastische- of architecturale kunst in de geschreven pers, de audiovisuele media of on line met een uitsluitend informatief doel en in directe relatie daarmee, mits de naam van de auteur wordt vermeld. Zij beriepen zich erop dat de foto's direct na de actualiteit waren gepubliceerd op een site die zich ten doel stelde modenieuws te brengen. Het Cour de Cassation verwerpt het beroep met een voor dit college gebruikelijke uiterst korte en lapidaire overweging dat artikel L 122-5 CPI niet was geschonden en dat het Cour de Appèl over de feiten ging en in het licht van de feitenvaststelling zijn beslissing voldoende had gemotiveerd.

Margin of appreciation

Na de gebruikelijke riedels over vrijheid van meningsuiting, stelt het EHRM dat het online plaatsen van de foto's in beginsel onder de bescherming van artikel 10 EVRM valt. Dan krijgen we de tournee over de margin of appreciation in commerciële kwesties, inhoudende dat het Hof in dit soort zaken op grote afstand toetst. Een recente beslissing is de zaak *Raëlien/Zwitserland*,¹ ook geciteerd in deze zaak (r.o. 39). In de *Raëlien*-beslissing legt het Hof nog eens uit dat het een onderscheid maakt in beschermingsomvang al naar gelang, wat het noemt 'type of speech': 'States have a broad margin of appreciation in the regulation of speech in commercial matters or advertising.' (r.o. 61 van dat arrest). Hoewel er in die zaak grote verdeeldheid was over de vraag of het wel om een reclameboodschap ging, blijft dit de benadering.

De margin of appreciation blijft in dit soort zaken toch een Catch 22-redenering, omdat je als Europese rechter eerst precies de feiten moet vaststellen om te kunnen beslissen of je met je beoordeling van de nationale afweging op afstand moet blijven. Het is een oud punt: zie de annotatie van E.A. Alkema onder 2 bij het *markt Intern Verlag*-arrest,² naar aanleiding van de dissenting opinion van de Nederlandse rechter S.K. Martens die hetzelfde punt opwierp. In de onderhavige zaak stelt het Hof in r.o. 39 vast dat de site van *Viewfinder* voornamelijk tot doel had om foto's te verkopen of tegen betaling toegankelijk te maken. Het handelen van de klagers was dus voornamelijk ingegeven door commerciële motieven. En dan: 'Hoewel niet valt te ontkennen dat de site een publiek aantrekt dat in mode en modeshows is geïnteresseerd, kan men niet zeggen dat de klagers deelnamen aan een algemeen debat terwijl zij zich beperkten tot het voor het publiek toegankelijk maken van foto's van modeshows.' In de weergave van de feiten in het arrest van het Hof mis ik details om tot die conclusie te komen. Namen de fotografen niet deel aan een debat over de dichtgetimmerde kongsi tussen de mode-industrie en de geaccrediteerde pers, dus over de vrije toegankelijkheid van een nieuwsbron? De scheiding tussen vrij toegankelijke beelden en tegen betaling toegang tot beelden van oude shows, kan een relevant onderscheid zijn tussen berichtgeving en exploitatie? Is modenieuws alleen nieuws als het aanleiding geeft tot debat? De vraag waar je mee blijft zitten is: als het alleen om een handig commercieel opzette van de heren-fotografen ging, waarom procederen zij dan tot in Straatsburg door om hun gelijk te krijgen? Dan was er toch meer aan de knikker. Het zijn vragen die ik in de commentaren bij dit arrest heb gemist, waarschijnlijk omdat de meeste annotatoren onvoldoende naar de feitelijke context van Straatsburgse zaken kijken.

Wat is nu precies de betekenis van de toepassing van artikel 10 EVRM in het domein van het auteursrecht?

Wat dit arrest ondubbelzinnig duidelijk maakt is dat het auteursrecht moet worden opgevat als een beperking in de zin van artikel 10 EVRM ('rechten van derden') en dus altijd in zijn toepassing bloot staat aan de proportionaliteitstoets van dat artikel. Gelet op de ruime 'margin of appreciation' die het EHRM bij commerciële communicaties (waaronder dus ook het auteursrecht valt) overlaat aan nationale instanties, komt alles aan op de appreciatie van de feiten. Bespeurt het EHRM daarin een publieke discussie (ook al wordt die gevoerd in een commerciële context) dan versmalt het de margin of appreciation (zie bijvoorbeeld de beslissing in de *Hertel*-zaak³). Maar vindt het de zaak te 'commercieel' dan blijft het op afstand, zoals de onderhavige zaak leert. Dit betekent dat de nationale rechter vrij autonoom de grens kan afbakenen tussen de Auteurswet en artikel 10 EVRM, maar hij zal daarbij toch in het vaarwater van het EHRM moeten blijven, zodat het beslissende criterium zal moeten zijn of de toegang tot informatie in het door een concrete toepassing van het auteursrecht teveel belemmerd zal worden. Een koppeling aan een 'publiek debat' lijkt mij een te beperkend criterium. Het kan ook gewoon om nieuws gaan. Waar het om gaat is dat de toegang niet een verkapte vorm van exploitatie is. Dat is het feitencomplex dat bij uitstek de nationale rechter moet beoordelen.

Omdat het auteursrecht in vergaande mate is geharmoniseerd door de Auteursrecht richtlijn in de Informatiesamenleving, komt de nadruk te liggen op de uitleg van de Auteurswet in samenhang met deze richtlijn en het Europese Handvest (en daarmee het EHRM). Daarom dat ik de vraag naar de betekenis van het EHRM voor de toepassing van het auteursrecht liever bekijk in het licht van de recente en zich vormende jurisprudentie op dit punt.

1 EHRM 13 juli 2012, appl. nr. 16354/06 (*Mouvement Raëlien Suisse/Switzerland*).

2 EHRM 20 november 1989, NJ 1991/738 (*markt Intern Verlag/Germany*).

3 EHRM 25 augustus 1998, NJ 1999/712 m.nt. EJD.

Auteursrechtlijn, Handvest en HvJ EU

Het Handvest heeft het HvJ EU als een spin in het web geplaatst om conflicten tussen commerciële rechten en grondrechten te beslechten, zoals de *Scarlet*-zaak⁴ heeft geleerd. Ik verwijst naar mijn artikel 'De zaak Scarlet/Sabam: naar een horizontale integratie van het auteursrecht', in: *AMI* 2012/2, p. 49-53. Dat betekent mijns inziens ook dat het HvJ EU er met een heel andere 'margin of appreciation' inzigt dan het EHRM. Het HvJ EU heeft tot taak de reikwijdte van commerciële rechten vast te stellen en dat is een andere taak dan die van het EHRM. Bij het HvJ EU vormt de toetsing van de uitoefening van het auteursrecht juist het hart van de zaak. De toetsing van het HvJ EU heeft bovendien de extra dimensie dat het Hof ook toetst of een aan een onderneming opgelegde auteursrechtelijke beperking een disproportionele beperking oplevert van de 'ondernemingsvrijheid'.

Ik onderscheid daarin op basis van de huidige jurisprudentie drie situaties.

Gaat het om de uitoefening van het auteursrechtelijke verbodsrecht, dan vindt een volle 'externe' toetsing plaats van het conflict tussen het auteursrecht en de vrijheidsrechten (en eventueel ook het privacyrecht). Dit is de *Scarlet*-zaak en de op het moment van het schrijven van deze noot nog aanhangige *Telekabel Wien/Film Verleih*, zaak C-314/12. Beide zaken gaan over de vraag of een tussenpersoon bij een elektronische verspreiding een doorgifteverbod van inbreukmakend materiaal kan worden opgelegd. In de zaak *Scarlet* oordeelde het Hof dat het opgelegde verbod onvoldoende specifiek was en daarom in strijd met de vrijheid van meningsuiting én de ondernemingsvrijheid. In de *Telekabel Wien*-zaak heeft de A-G in zijn conclusie van 26 november 2013 een nadere invulling aan deze afwegingsnorm gegeven, maar tegelijkertijd erbij gezegd dat de nationale rechter die moet toepassen. Een voorbeeld daarvan is de beslissing van het Hof Den Haag in de *Brein/Ziggo*-zaak, waar het Haagse Hof het opgelegde verbod veroordeelde omdat uit deskundigenonderzoek bleek dat dit ineffectief en daarom disproportioneel was.⁵

De tweede situatie is de uitleg van open begrippen en normen in het auteursrecht, bijvoorbeeld 'the communication to the public' en 'reproduction' in de zin van de richtlijn. Hier zien we een 'interne' toetsing waarbij de uitleg auteursrechtelijk blijft, maar waarin impliciet de waarde van de informatievrijheid (en eventueel de ondernemingsvrijheid) wordt meegenomen. Een voorbeeld is de discussie over de betekenis van de hyperlink in de *Svensson*-zaak.⁶

De European Copyright Society heeft zich in die zaak gemengd met een opinie dat de (kale) hyperlink die op een lijn kan worden gesteld met een voetnoot niet een auteursrechtelijk relevante nieuwe openbaarmaking oplevert.⁷ In deze *opinion* worden artikel 10 EVRM en het corresponderende artikel 11 van het Handvest niet als afzonderlijk argument opgeworpen. Het Hof heeft (zonder conclusie van een A-G, voortbouwend op zijn arresten *ITV Broadcasting*⁸ en *Premier League and Murphy*⁹) de zaak ook geheel afgedaan door uitleg van het begrip 'mededeling aan het publiek'. Het oordeelt dat een 'kale' hyperlink die niet beoogt beperkingen die in de site waarnaar wordt verwezen zijn opgenomen, te omzeilen, geen nieuwe mededeling aan het publiek vormt. Anders dan de opinie van de European Copyright Society beslist het Hof de zaak dus niet op basis van een geoorloofd citaatrecht: de 'beperking' komt niet aan de orde omdat er geen nieuwe openbaarmaking is.

De derde situatie is een nog open vraag, namelijk hoe het HvJ EU en de nationale rechter zullen omgaan met de uitleg en toepassing van artikel 5 van de Richtlijn (restricties op het auteursrecht). Martin Senftleben heeft in *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, Den Haag: Kluwer Law International (Information Law Series nr. 13) 2004 en zijn rechtsvergelijkende analyse van het citaatrecht ('Internet Search Results: a permissible quotation', in: *RIDA* 235, januari 2013, p. 3-111) de op grond van artikel 5 voorgeschreven driestappentest ('fair use') in de sleutel van de toepassing van de beginselen van artikel 10 EVRM gezet. Algemeen aanvaard is dat nog niet, omdat de driestappentest juist aan artikel 5 is toegevoegd om te verzekeren dat de restricties op het auteursrecht strikt worden geïnterpreteerd. Senftleben laat in het laatste artikel echter zien dat er bij het HvJ EU van een evolutie in die richting sprake is juist door de volkomen nieuwe verspreidingsomgeving van het internet die tot verbinding en vernetting van informatie leidt. Ik ga daarin mee en voeg er aan toe dat het Handvest hier een externe beïnvloeding van de puur auteursrechtelijke interpretatietraditie moet leiden. Daarmee is nog niet de vraag beantwoord of buiten de in artikel 5 van de richtlijn genoemde gevallen (zoals dat nationaal is geïmplementeerd), er gevallen kunnen zijn die een beperking van het auteursrecht rechtvaardigen. Dat kan eigenlijk niet zonder 'externe' toetsing van de richtlijn en de nationale wet aan de informatievrijheid. De dynamiek van het internet zal spoedig die vraag opwerpen.

Het arrest is op verschillende plaatsen minder of meer uitvoerig geannoteerd door Dirk Voorhoof, zie de noot en vindplaatsen van zijn voortschrijdende annotaties in: *Mediaforum* 2013-2, nr. 4.

4 HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, *AMI* 2012/2, nr. 5.

5 Hof Den Haag 28 januari 2014, *ECLI:NL:GHDA 2014:88*, cassatieberoep ingesteld.

6 HvJ EU 13 februari 2014, zaak C-466/12 (*Svensson/Retriever Sverige*).

7 Zie http://www.ivir.nl/news/European_Copyright_Society_Opinion_on_Svensson.pdf.

8 HvJ EU 7 maart 2013, zaak C-607/11 (*ITV Broadcasting c.s./TVCatchup*). Zie ook D.J.G. Visser, 'Openbaar maken met ketchup', *AMI* 2013/2, p. 41-51.

9 HvJ EU 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 en C-429/08 (*Premier League e.a./QC Leisure e.a. en Murphy/Media Protection Services*).

Information Influx 2-4 July 2014, Amsterdam

Registration is now open for Information Influx, the Institute for Information Law's 25th anniversary conference. This international conference features the Information Influx Young Scholars Award event, a public opening with keynote speech by prof. Yochai Benkler, and two days packed with panels sessions and keynotes addressing the myriad legal challenges facing our information societies. Check the conference website for the full programme at www.informationinflux.org. Places are limited so please register early.