



Annotatie bij [EHRM 10 januari 2013](#) (Ashby Donald e.a. / Frankrijk), *NJ*, 2015-14, nr. 121.

P.B. Hugenholtz

Dit is een baanbrekend arrest. Voor de eerste maal erkent het Europese Hof voor de Rechten van de Mens dat er een potentieel conflict bestaat tussen het auteursrecht en de uitingsvrijheid. Donald Ashby (niet 'Ashby Donald') en twee andere klagers zijn modefotografen, die op basis van een accreditatie van de Franse modehuizen foto's hebben gemaakt tijdens haute couture modeshows. Deze foto's zijn door klagers op hun website 'Viewfinder' geplaatst, zulks in strijd met de accreditatievoorwaarden en zonder toestemming van de auteursrechthebbende modehuizen. Ashby c.s. worden op klacht van de Franse modebranche strafrechtelijk vervolgd, en in appel door het Parijse gerechtshof veroordeeld tot geldboetes en schadevergoeding van in totaal meer dan € 250.000. De uitspraak houdt in cassatie stand.

Voor het Straatsburgse Hof klagen Ashby c.s. dat hun recht op uitingsvrijheid (art. 10 EVRM) door Frankrijk is geschonden. Het Hof overweegt dat de verspreiding van foto's via het Internet inderdaad door art. 10 EVRM beschermd wordt, en dat de veroordeling van klagers dus een beperking van de uitingsvrijheid oplevert (r.o. 34). Volgens het welbekende stappenplan van art. 10 lid 2 onderzoekt het Hof vervolgens of deze beperking bij wet is voorzien, een van de door art. 10 lid 2 genoemde legitieme doelen dient en daartoe 'noodzakelijk in een democratische samenleving' is. Niet verrassend is dat het Hof in de Franse wet op de intellectuele eigendom, waarin het auteursrecht is geregeld, een voldoende wettelijke basis vindt, en in de bescherming van de auteursrechten van de modeontwerpers, zijnde "de bescherming van [...] de rechten van anderen", een legitieme beperkingsgrond ziet (r.o. 36). Interessanter is de toetsing aan de noodzakelijkheidseis. Hierbij stelt het Hof voorop dat de uitzonderingen op de uitingsvrijheid in art. 10 lid 2 weliswaar strikt geïnterpreteerd moeten worden, maar dat verdragstaten bij de toetsing aan dit criterium een zekere beoordelingsmarge hebben (r.o. 38). Deze is ruim waar het gaat om uitingen in het commerciële domein (r.o. 39). Waar de beperking van de uitingsvrijheid strekt ter bescherming van rechten die op zichzelf door de conventie worden beschermd, dienen de verdragstaten daarenboven over een aanmerkelijke beoordelingsmarge te beschikken zodat zij de conventierechten en -vrijheden tegenover elkaar kunnen afwegen. Het auteursrecht is zo'n recht. Hoewel het recht van de intellectuele eigendom in het EVRM geen eigen statuut heeft (zoals in art. 17 lid 2 van het EU-handvest), vindt het grondrechtelijke bescherming in de eigendomswaarborg van art. 1 van het Eerste Protocol (r.o. 40). Met dat al beschikte Frankrijk in casu over een 'bijzonder ruime beoordelingsmarge' (r.o. 41).

Na deze overwegingen verrast het eindoordeel van het Hof niet. Het Parijse Hof van Beroep is binnen deze zeer ruime marge gebleven door de auteursrechtelijke bescherming van de modehuizen te laten prevaleren boven de uitingsvrijheid (r.o. 42). De opgelegde boetes en schadevergoedingen zijn naar het oordeel van het Hof ook niet disproportioneel. Hoewel klagers stelden dat zij hierdoor 'financieel gewurgd' werden, hebben zij de negatieve gevolgen op hun financiële situatie niet onderbouwd. Het oordeel van de Franse rechter is bovendien op tegenspraak gegeven en voldoende gemotiveerd (r.o. 44). Ergo, art. 10 EVRM is niet geschonden.

Wat maakt dit arrest dan zo belangrijk, dat een gezaghebbende Duitse commentator het zelfs als *eine Sensation* bestempelt (Th. Hoeren, *Multimedia und Recht* 2013, 797)? Dat is niet het weinig spectaculaire resultaat van deze toetsingsoperatie, maar het feit van de toetsing als zodanig: de principiële onderwerping van het auteursrecht aan het primaat van de uitingsvrijheid. Zover was de Commissie voor de Rechten van de Mens, het voormalige voorportaal van het EHRM dat zich in het verleden tweemaal over conflicten tussen auteursrecht en uitingsvrijheid heeft uitgesproken, nooit gegaan (ECRM 6 juli 1976, NJ 1978/237 (*De Geïllustreerde Pers/Nederland*); ECRM 15 januari 1997, *Informatierecht/AMI* 1999, p. 115 (*France 2/Frankrijk*)). Hoewel nationale rechters het wel enkele malen hebben aangedurfd om het auteursrecht rechtstreeks aan de uitingsvrijheid te toetsen (zie bijv. Hof Amsterdam 8 juli 1999, *Informatierecht/AMI* 1999, p. 116 (*Anne Frank Fonds v. Het Parool*); Hof Den Haag 4 september 2003, *AMI* 2003-6, p. 222-223 (*Scientology*)), heerste in de conservatieve wereld van het recht van de intellectuele eigendom lange tijd de illusie dat het auteursrecht een gesloten wettelijk stelsel van rechten en uitzonderingen (wettelijke beperkingen) inhoudt. Zie Hugenholtz, '[Auteursrecht contra informatievrijheid in Europa](#)', in: *Van ontvanger naar zender (De Meij-bundel)*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003, p. 157-174. Deze illusie is door het EHRM verstoord: auteursrechtelijke aanspraken dienen voortaan niet enkel aan het interne stelsel van rechten en beperkingen te worden getoetst, maar ook — extern — aan de uitingsvrijheid.

In normale situaties zal deze externe toetsing overigens weinig verschil maken, zo bewijst ook de uitkomst van de *Asbby*-zaak. De meeste auteurswetten — en zeker de Nederlandse — voorzien in een arsenaal wettelijke beperkingen, die ten dele door de uitings- en informatievrijheid zijn ingegeven. Voorbeelden zijn het overnamerecht van de media (art. 15 Auteurswet), het citaatrecht (art. 15a Aw), het actuele-reportagerecht (art. 16a Aw) en de parodie-exceptie (art. 18b Aw). Daarnaast geldt in het auteursrecht dat enkel de originele vorm, niet de zakelijke inhoud van een werk wordt beschermd; deze (in Nederland ongeschreven) regel is mede ingegeven door de uitings- en informatievrijheid. Dat geldt eveneens voor de door tijdsverloop beperkte duur van het auteursrecht; 70 jaar na het sterfjaar van de maker valt het werk in het publiek domein. Externe toetsing van het materiële auteursrecht aan de uitingsvrijheid zal derhalve vooral aan de orde zijn in — meestal door nieuwe technische ontwikkelingen gecreëerde — situaties die door de bestaande wettelijke beperkingen niet zijn voorzien. Aldus kan art. 10 EVRM enigszins tegemoet komen aan de steeds luider klinkende roep om meer *flexibiliteit* in het auteursrecht [Hugenholtz & Senftleben, [Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities](#) (2011), SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1959554>].] Anders gezegd, het *Asbby*-arrest zet de deur voor ongeschreven wettelijke beperkingen, die door de Hoge Raad in 1995 al op een kier was gezet (HR 20 oktober 1995, NJ 1996/682 (*Dior/Evora*)), iets verder open.

Bij de toetsing van het materiële auteursrecht aan de uitingsvrijheid beschikken de conventiestaten, zo overweegt het EHRM in het *Asbby*-arrest, over een 'bijzonder ruime beoordelingsmarge'. Maakt dit de toetsing door een nationale rechter niet tot een formaliteit? Dat hangt, zoals Dommering opmerkt ([AMI, 2014/2, p. 58](#)), af van de appreciatie van de feiten. In de zaak *Asbby* raakte de beperking van de uitingsvrijheid van klagers volgens het Hof niet de kern van de uitingsvrijheid; de publicatie van de modefoto's van klagers zou vooral een commercieel doel dienen (t.w. de verkoop van de door klagers gemaakte foto's). Hoewel mode in het algemeen en haute couture modeshows in het bijzonder de belangstelling van het publiek trekken, namen klagers niet deel aan een debat van algemeen belang (r.o. 39). Dit oordeel van het Hof roept vragen op. Waarom zouden foto's van de grote Franse modeshows, waar de media tegenwoordig bol van staan, minder nieuwswaarde hebben dan bijvoorbeeld foto's van de Tour de France? Ook gaat het Hof wel erg gemakkelijk voorbij aan het gegeven dat de nieuwsvoorziening over haute couture uit de aard der zaak door middel van beelden moet plaatsvinden; de vorm-inhoud dichotomie van het auteursrecht werkt hier niet goed als waarborg

van de informatievrijheid (Geiger & Izyumenko, *IIC* 2014, p. 336-338).

Hoe dit ook zij, in geval van overwegend ‘commerciële’ uitingen is de beoordelingsmarge volgens vaste rechtspraak van het EHRM inderdaad zeer ruim. Dat neemt niet weg dat ook allerlei casus denkbaar zijn waarin een auteursrechtelijk beschermd werk gebruikt wordt in een uiting die wél in de kern door art. 10 EVRM beschermd wordt. Een mooi voorbeeld is de *Scientology*-zaak: gedaagde Karin Spaink mocht in het kader van het maatschappelijk debat over deze ‘kerk’ auteursrechtelijk beschermde documenten op haar website publiceren, ook al ging zij daarmee veel verder dan de regels van het citaatrecht in de Auteurswet toelieten (Hof Den Haag 4 september 2003, *AMI* 2003-6, p. 222-223). Uit het *Ashby*-arrest volgt dus geenszins dat er steeds sprake is van een ‘bijzonder ruime’ beoordelingsmarge in zaken waarin het auteursrecht en de uitingsvrijheid elkaar tegenkomen.

In zoverre stelt het arrest teleur; het geeft geen richtsnoeren voor de nationale rechter voor de toetsing van auteursrechtelijke aanspraken aan art. 10 EVRM (zie Voorhoof, in: *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Cheltenham: Elgar 2015, p. 349). Het korte tijd later door het Hof gewezen arrest inzake *The Pirate Bay* doet dat evenmin (EHRM 19 februari 2013, *Neij& Sunde/Zweden*, nr. 40397/12). Klagers in die zaak waren door de Zweedse rechter tot forse gevangenisstraffen veroordeeld voor hun rol als oprichters van het — ook in Nederland gevreesde — file sharing-platform *The Pirate Bay*. Evenals in de *Ashby*-zaak loopt het beroep van klagers hier stuk op de ‘bijzonder ruime beoordelingsmarge’ die het EHRM de conventielanden gunt. En net als in *Ashby* toetst het Hof niet alleen het materiële auteursrecht aan art. 10 EVRM, maar ook de door de Zweedse strafrechter opgelegde sancties. Volgens het Hof waren deze in casu niet disproportioneel.

Beide arresten nodigen de nationale rechter derhalve uit niet alleen het materiële auteursrecht in het licht van de uitingsvrijheid uit te leggen en zo nodig te corrigeren, maar ook de handhaving in rechte van het auteursrecht aan de fundamentele vrijheden te toetsen. Daarbij speelt niet enkel de uitingsvrijheid een rol. Zoals de rechtspraak van het Hof van Justitie EU laat zien, dienen ook allerlei andere grondrechten bij deze afweging betrokken te worden, zoals het recht op privacy en de (niet in het EVRM, maar wel in art. 16 Handvest beschermde) vrijheid van ondernemerschap (HvJEG 29 januari 2008, zaak C-275/06 (*Promusicae/Telefónica*), NJ 2009/551; HvJEU EU 24 november 2011, zaak C-70/10 (*Scarlet Extended/SABAM*) en HvJEU 16 februari 2012, zaak C-360/10 (*SABAM/Netlog*), NJ 2012/479 en 480, afl. 37/38; HvJEU 27 maart 2014, zaak C-314/12 (*UPC Telekabel Wien*)). Dat de conventiestaten in dergelijke complexe gevallen, waarbij meerdere grondrechten onderling moeten worden afgewogen, steeds een ‘bijzonder ruime beoordelingsmarge’ zouden hebben, lijkt mij onjuist. Beter lijkt mij de benadering van het Hof van Justitie: tussen (de handhaving van) het auteursrecht en conflicterende grondrechten moet steeds een *fair balance* worden gevonden.

Tot besluit: over de vraag of modecreaties überhaupt auteursrechtelijk beschermd zijn, gaat deze zaak niet. Het Straatsburgse Hof gaat hier op basis van het Franse recht voetstoots van uit, maar zo vanzelfsprekend is dat niet. In de Verenigde Staten bijvoorbeeld worden kledingontwerpen beschouwd als ‘useful articles’ die niet door de Copyright Act beschermd worden. In Nederland en elders in de EU worden werken van industriële vormgeving, inclusief modecreaties, wel door het auteursrecht bestreken, zij het dat het mode-auteursrecht door de dynamiek van de modemarkt in de praktijk zelden gehandhaafd wordt.

Het arrest is enkel in het Frans beschikbaar; een door het EHRM gemaakte Engelse samenvatting is te vinden op <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-7393>, en gepubliceerd in *AMI* 2014/2, p. 57. Het arrest is besproken door Voorhoof (*Mediaforum*

2013/2, p. 56-57), Dommering ([AMI, 2014/2, p. 57-59](#)) en Geiger & Izyumenko (*IIC* 2014, p. 316-339).