

De toenemende invloed van het Handvest op het recht van intellectuele eigendom

Christiaan Alberdingk Thijm en Caroline de Vries*

Inleiding

1. Het recht van intellectuele eigendom ("IE") – zo kunnen wij elkaar onderling wel toevertrouwen – is een mandarijnenwetenschap. De gedachte dat de reikwijdte en uitoefening van exclusieve rechten beperkt zouden kunnen worden door rechten buiten het bekende IE-wettenbundeltje, is voor veel IE-juristen niet te verkroppen. Buitenstaanders worden binnen het IE-recht slecht getolereerd. Een gesloten bastion, dat is de intellectuele eigendom.

2. Het evenwicht tussen enerzijds de reikwijdte en uitoefening van exclusieve rechten en anderzijds de uitzonderingen en beperkingen is al door de wetgever gevonden in de IE-wetten zelf. De botsing tussen exclusieve rechten en de uitzonderingen daarop is geïnternaliseerd, zo is nog steeds een populaire opvatting.

3. Lange tijd hebben slechts bij hoge uitzondering andere buitenwettelijke rechten iets af weten te knabbelen van de reikwijdte en uitoefening van IE-rechten. Het mededingingsrecht waagde weleens een poging, zelden succesvol. In de nationale jurisprudentie wist de vrijheid van meningsuiting in een handvol zaken de handhaving van IE-rechten aan banden te leggen.¹ In de literatuur werd dikwijls gewezen op het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden ("EVRM") als mogelijkheid om het IE-recht in te perken. In het arrest *Ashby Donald/Frankrijk* is het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ("EHRM") voor het eerst meegegaan in die gedachtegang.²

4. De echte aardverschuiving komt echter uit Luxemburg. Het Hof van Justitie van de Europese Unie ("HvJEU") past sinds 2008 met zichtbaar enthousiasme het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie toe in zaken betreffende de reikwijdte en uitoefening van IE-rechten. Intussen is ook de na-

tionale rechter daarvan doordrongen.³ Reden voor een onderzoek naar het Handvest. Wat is de invloed van het Handvest op de reikwijdte en uitoefening van IE-rechten? Hoe werken de daarin opgenomen grondrechten door in horizontale verhoudingen? En: hoe gaat het HvJEU om met botsende grondrechten?

Het gesloten bastion

5. Lange tijd was het een populaire gedachte dat het IE-recht zich niets hoefde aan te trekken van wetgeving die niet was opgenomen in de betreffende IE-wetten. Niet iedereen stond daarover te juichen. In de loop der jaren heeft menig auteur bepleit dat de reikwijdte en uitoefening van het IE-recht beperkt zou kunnen worden door beginselen en rechten van elders. In 1998 pleitte Gielen ervoor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid toe te passen, zonder gevolg.⁴ Krikke, Van Rooijen en Stein zagen in het leerstuk van misbruik van recht een mogelijkheid de barricades te slechten.⁵ Nooit toegepast. Verkade pleitte in zijn oratie voor 10 EVRM als grensbewaker.⁶ Slechts met aarzeling navolging gevonden. Het evenwicht tussen de inhoud en reikwijdte van de exclusieve rechten en de uitzonderingen daarop moest in de wetgeving zelf gevonden worden.⁷ Reden voor sommigen om te pleiten voor een fair use beginsel in het auteursrecht.⁸ Of de toepassing van de drie-stappentoets om de wettelijke beperkingen in de Auteursrechtlijn ("ARI") te ver-

* De auteurs zijn beiden werkzaam als advocaat te Amsterdam. Alberdingk Thijm is tevens verbonden als docent aan het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam.

1 Hof Den Haag 4 september 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AI538 (*Scientology*). Rb. Den Haag 4 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ3525 (*Nadia Plesner/ Louis Vuitton*).
2 EHRM 10 januari 2013, nr. 36769/08 (*Ashby Donald/Frankrijk*).

3 Zie HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:841 (*Sanoma/GeenStijl*), alsmede de bijbehorende conclusie van Advocaat-Generaal ("A-G") Van Peurse van 9 januari 2015 (ECLI:NL:PHR:2015:7), Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:88 (*Xs4ALL & Ziggo/Brein*) en de conclusie van A-G van Peurse van 29 mei 2015 in deze zaak (ECLI:NL:PHR:2015:729). De auteurs zijn als advocaten betrokken bij deze procedures.
4 Ch. Gielen, *Volghende het recht oordeel van redene*, rede, Zwolle 1994.
5 A. van Rooijen, 'Liever misbruikt dan misplaatst auteursrecht: Het doelcriterium ingezet tegen oneigenlijk auteursgebruik', AMI 2006/2, p. 45-51, J.I. Krikke, 'Auteursrecht in de maat', Informatierecht/AMI 1995/6, p. 103, P.A. Stein, 'Misbruik van auteursrecht', Informatierecht/AMI 1993/7, p. 123.
6 D.W.F. Verkade, *Intellectuele eigendom, mededinging en informatie-vrijheid* (oratie, Leiden), Deventer: Kluwer 1990.
7 L.M.C.R. Guibault, 'Limitations found outside of copyright law', in: L. Baulch, M. Green and M. Wyburn (ed.), *The boundaries of Copyright: its proper limitations and exceptions*, ALAI Study Days, Cambridge, 1998, Sydney: Australian Copyright Council 1999, p. 43.
8 Chr.A. Alberdingk Thijm, 'Fair use: het auteursrechtelijk evenwicht hersteld', Informatierecht/AMI 1998/9, p. 145-154.

ruimen.⁹ Het heeft geen weerklank gevonden bij wetgever en rechter.

6. Met name in het auteursrecht was de deur op slot sinds de ARL uit 2001.¹⁰ De catalogus beperkingen in de ARL was uitputtend, zo volgt uit overweging 23. Waar de Hoge Raad de deur voorzichtig had geopend in *Dior/Evora*,¹¹ ging hij weer op slot met de inwerkingtreding van de ARL.

7. Maar inmiddels heeft het HvJEU de deur wagenwijd geopend. Sinds 2008 past het HvJEU in IE-zaken steeds vaker het Handvest toe om de reikwijdte van exclusieve rechten en beperkingen nader in te vullen. Het stelt paal en perk aan handhaving van IE-rechten met grondrechten als het recht op privacy en de vrijheid van meningsuiting in de hand. Ook het nieuwe grondrecht de vrijheid van ondernemerschap wordt grif gehanteerd om grenzen te stellen aan de uitoefening van IE-rechten.

Het Handvest

8. Het Handvest is in wezen de Europese Grondwet waar Nederland in 2005 bij referendum tegen stemde. Het verankert de fundamentele grondrechten, vrijheden en beginselen die in de Unie gelden. Sinds 1 december 2009 is het Handvest juridisch bindend voor de instellingen van de EU en voor de lidstaten van de EU wanneer zij het EU-recht ten uitvoer brengen.¹²

9. Het Handvest heeft ingevolge artikel 6 lid 1 VEU¹³ dezelfde status als het VEU en het VWEU.¹⁴ Daarmee behoort het tot het primaire Unierecht. Richtlijnen, verordeningen en beschikkingen – het secundaire

Unierecht – zijn vernietigbaar wanneer deze in strijd met het Handvest komen.¹⁵ In de zaak *Digital Rights/Ierland* oordeelde het HvJEU dat de Datarentierichtlijn uit 2006 strijdig was met, onder meer, artikel 8 van het Handvest en stelde het de richtlijn buiten werking.¹⁶ Het Handvest heeft gelding binnen de rechtsorde van de lidstaten en heeft voorrang boven het nationale recht voor zover dat mede gebaseerd is op Unierecht.¹⁷

10. Het Handvest codificeert een groot aantal grondrechten¹⁸ en algemene beginselen van Unierecht. Algemene beginselen van het recht van de Unie zijn bijvoorbeeld het evenredigheidsbeginsel¹⁹ en het non-discriminatiebeginsel.

Rechten en beginselen

11. Het Handvest bevat rechten aan de ene kant en beginselen aan de andere kant.²⁰ Deze beginselen moeten weer worden onderscheiden van de hierboven genoemde algemene beginselen van Unierecht, waar de grondrechten een uitwerking van vormen.

12. Het onderscheid tussen “rechten” en “beginselen” is van belang voor het toepassingsgebied.²¹ Artikel 51 lid 1 bepaalt namelijk dat rechten worden “geëerbiedigd”, terwijl beginselen slechts worden “nageleefd”.²² Uit de Toelichting bij het Handvest moet blijken wanneer een grondrecht een beginsel is en wanneer een grondrecht.

Verhouding EVRM

13. Het HvJEU bouwt voort op het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM. Voor de (vele) rechten in het Handvest die corresponderen met de rechten in het EHRM, bepaalt artikel 52 lid 3 dat de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde is als onder het EVRM. De bepalingen uit het Handvest moet dus in ieder geval worden uitgelegd in overeenstemming met gelijklopende bepalingen in het EVRM en relevante jurisprudentie van

9 M. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test – An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Den Haag/London/New York: Kluwer Law International 2004, M. Senftleben, ‘The International Three-Step Test – A Model Provision for EC Fair Use Legislation’, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)* 1 (2010), p. 67-82, M. Senftleben, ‘Fair Use in The Netherlands – a Renaissance?’, *AMI* 2009, p. 1-7.

10 Richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

11 HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 682 (*Dior/Evora*). Evora verkoopt parallel geïmporteerde parfums van Dior en adverteert daarvoor in het Kruidvat-reclameblad met foto. Dior beroept zich op het auteursrecht. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest echter dat het auteursrecht onder omstandigheden voor de uitingsvrijheid zal moeten wijken. In dit geval is dat echter niet nodig, maar wordt, naar analogie met een bestaande beperking, een buitenwettelijke beperking geconstrueerd. Een jaar eerder, in 1994, had de rechtbank Amsterdam het auteursrecht voor het eerst getoetst aan artikel 10 EVRM in een zaak waarin de Volkskrant een ondernemer had geïnterviewd en gefotografeerd. Op de foto was, tot ongenoegen van de Stichting Beeldrecht, echter ook prominent een beeldhouwwerk, dat in het kantoor stond, te zien, Rb. Amsterdam 19 januari 1994, AMI 1994, p. 51 (*Boogschutter*). Zie ook: P.B. Hugenholtz, ‘Auteursrecht contra informatievrijheid in Europa’, in: A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis (red.), *Van ontvanger naar zender*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003, p. 167.

12 Artikel 51 van het Handvest.

13 Verdrag betreffende de Europese Unie.

14 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

15 T. Barkhuysen, A.W. Bos en F. ten Have, ‘Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese unie voor het privaatrecht’, *NTBR* 2011/68, § 3.3.

16 HvJEU 8 april 2014, zaak C-293/12 (*Digital Rights/Ierland*).

17 Vgl. HvJEU 5 februari 1963, zaak C-26/62 (*Van Gend en Loos*), HvJEU 15 juli 1964, zaak C-6/64 (*Costa/ENEL*).

18 Het Handvest verenigt in wezen alle grondrechten uit het EVRM, het Europees Sociaal Handvest en de VN-verdragen in één document.

19 HvJEU 20 juni 2002, zaak C-313/99 (*Mulligan*), r.o. 35-36.

20 T. Barkhuysen, A.W. Bos en F. ten Have, ‘Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese unie voor het privaatrecht’, *NTBR* 2011/68, § 2.1.

21 J.M. Emaus, ‘Rechten, beginselen en horizontale werking van de grondrechten uit het EU-Handvest’, *NTBR* 2015/10, § 2.1.

22 Artikel 51 lid 1 luidt: “De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de Verdragen aan de Unie zijn toegedeeld”.

het EHRM.²³ Op die manier wordt alle jurisprudentie uit Straatsburg in een keer naar Luxemburg geïmporteerd. De bescherming van het Handvest mag overigens wel ruimer zijn, want bepaald is dat “deze bepaling [niet] verhindert dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt”.

14. Het Handvest kent een aantal grondrechten die ook in het EVRM voorkomen. Bijvoorbeeld het recht op privacy (artikel 7 respectievelijk 8), de vrijheid van meningsuiting (artikel 11 respectievelijk 10), en het recht op eigendom (artikel 17 lid 1 respectievelijk 1). Het Handvest wijkt in sommige opzichten echter ook af van het EVRM en biedt meer bescherming.

15. Zo benoemt het Handvest, anders dan het EVRM, het recht van intellectuele eigendom als onderdeel van het eigendomsrecht (artikel 17 lid 2). Het Handvest bevat verder een apart grondrecht voor de bescherming van persoonsgegevens (artikel 8), dat geldt naast en in aanvulling op het meer algemene recht op privacy in artikel 7. Een andere noviteit in het Handvest is de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16), dat geen evenknie heeft in het EVRM.²⁴ Zoals hieronder zal blijken, zijn met name deze grondrechten relevant voor het IE-recht. Aan het Handvest komt daarom zelfstandige betekenis en meerwaarde boven het EVRM toe.

16. Het Handvest bevat een algemene beperkingsclausule in artikel 52 lid 1.²⁵ Deze beperkingsclausule is vergelijkbaar met de drie-stappen-beperking uit het EVRM, opgenomen in (onder meer) het tweede lid van artikelen 8 en 10 EVRM.

Horizontale toepassing

17. De klassieke benadering is dat grondrechten afweerrechten tegen de overheid vormen en dat zij verticale werking hebben. Dat wil zeggen dat zij gelden in de relatie tussen burger en overheid. De overheid moet zich onthouden van maatregelen die de fundamentele rechten van haar burgers beperken. Deze notie ligt onder meer ten grondslag aan de klassieke grondrechten de vrijheid van meningsuiting (artikel 11 Handvest) en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (artikel 7 Handvest).²⁶

18. Tegelijkertijd zijn de in grondrechten belichaamde waarden van dusdanig groot belang, dat het wense-

lijk kan worden geacht dat zij voor burgers niet alleen werking hebben tegenover de overheid, maar ook tegen andere burgers en ondernemingen. Dat geldt ook voor een groot aantal grondrechten in het Handvest.²⁷ Wanneer grondrechten doorwerken in de relatie tussen particuliere partijen onderling wordt dit de horizontale werking van grondrechten genoemd.

19. In de literatuur wordt wat betreft de wijze waarop fundamentele rechten horizontale werking kunnen hebben, onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte horizontale werking. Van directe, of rechtstreekse, horizontale werking is sprake als een regel rechtstreeks rechten en verplichtingen voor private partijen kan scheppen, waar zij zich tegenover de rechter op kunnen beroepen.²⁸ Alle andere vormen van beïnvloeding vallen onder de noemer “indirecte” horizontale werking. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als een richtlijn of implementatiewetgeving in een procedure tussen particulieren wordt uitgelegd met inachtneming van een of meerdere grondrechten uit het Handvest (Handvest-conforme interpretatie). Een ander voorbeeld is wanneer nationale- of implementatie wetgeving wordt getoetst aan de toepasselijke grondrechten en, zo nodig, buiten toepassing wordt gelaten of ongeldig wordt verklaard.²⁹

20. De vraag of grondrechten een dergelijke indirecte horizontale werking kunnen hebben, is onder het EVRM al diverse malen van belang geweest in de rechtspraak van het EHRM.^{30|31} Aangenomen wordt dat de in het EVRM geregelde rechten op verschillende wijze van invloed kunnen zijn in rechtsverhoudingen tussen particulieren. Zo kunnen de grondrechten uit het EVRM werking hebben tussen private partijen doordat “positieve verplichtingen” in bepaalde verdragsbepalingen worden ingelezen, of doordat geoordeeld wordt dat een nationale bepaling onverenigbaar is met het EVRM. De nationale rechter verleent aan de verdragsbepalingen uit het EVRM de in zijn ogen passende werking. Dat kan directe horizontale werking zijn, maar ook indirecte, via de open normen van het privaatrecht (met name de onrechtmatige daad).³²

23 T. Barkhuysen, A.W. Bos en F. ten Have, ‘Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese unie voor het privaatrecht. Deel 2: De verhouding van het Handvest tot het EVRM en de meerwaarde van het Handvest’, NTBR 2011/76, § 2.1.

24 Voor een uitgebreide uiteenzetting van de verschillen tussen het EVRM en het Handvest zij verwezen naar T. Barkhuysen, A.W. Bos en F. ten Have, ‘Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese unie voor het privaatrecht. Deel 2: De verhouding van het Handvest tot het EVRM en de meerwaarde van het Handvest’, NTBR 2011/76.

25 Anders dan het EVRM, dat voor elk recht een afzonderlijke beperkingsclausule kent.

26 Asser/Hartkamp 3-I 2015/226.

27 D. Leczykiewicz, ‘Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights’, (2013) *European Law Review* (2013) 38, p. 483, T. Barkhuysen, A.W. Bos en F. ten Have, ‘Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese unie voor het privaatrecht’, NTBR 2011/68, § 2.2.

28 A.S. Hartkamp, ‘De invloed van het EU Handvest van de grondrechten op het privaatrecht’, WPNR 2014 (7035), D. Leczykiewicz, ‘Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights’, (2013) *European Law Review* (2013) 38, p. 490, J.M. Emaus, ‘Rechten, beginselen en horizontale werking van de grondrechten uit het EU-Handvest, NTBR 2015/10, § 2.2.1.

29 A.S. Hartkamp, ‘De invloed van het EU Handvest van de grondrechten op het privaatrecht’, WPNR 2014 (7035). Vgl. HvJEU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland*).

30 Zie T. Barkhuysen, A.W. Bos en F. ten Have, ‘Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese unie voor het privaatrecht’, NTBR 2011/68, p. 9.

31 Vgl. in het kader van artikel 8 EVRM (bescherming van de persoonlijke levenssfeer) onder meer EHRM 15 maart 2012 (*Aksu v. Turkije*) en EHRM 5 april 2005 (*Monory v. Romania and Hungary*).

32 Asser/Hartkamp 3-I 2015/226.

21. De vraag of ook de grondrechten in het Handvest werking kunnen hebben tussen privépersonen of ondernemingen, wordt in het Handvest niet uitdrukkelijk beantwoord.³³ Het is een vraag die in de rechtspraak³⁴ en literatuur onderwerp is van discussie. Sommigen, waaronder Advocaat-Generaal Trstenjak, interpreteren artikel 51 lid 1 *a contrario* en menen dat directe werking in particuliere relaties dient te worden uitgesloten, nu dat artikel zich uitsluitend richt tot instellingen van de Unie en de lidstaten.³⁵

22. Daar valt echter het nodige tegenin te brengen. Een dergelijke enge interpretatie van de kring van normadressanten lijkt in de eerste plaats moeilijk te rijmen met het karakter van het Handvest als codificatie van de algemene beginselen van Unierecht,³⁶ waarvan de eerbiediging door het HvJEU moet worden verzekerd³⁷ en waarvan al is vastgesteld dat deze horizontaal effect kunnen sorteren.³⁸ De grondrechten waren voor de inwerkingtreding van het Handvest al als dergelijke “algemene beginselen van Unierecht” erkend.³⁹ Niet in te zien valt waarom Handvest-bepalingen op andere wijze zouden moeten worden toegepast dan de algemene beginselen van Unierecht waarvan zij de schriftelijke uitdrukking zijn.⁴⁰

23. Een ander argument voor de aanvaarding van horizontale doorwerking van het Handvest is gelegen in de verhouding met het EVRM. Nu het Handvest voortbouwt op het EVRM en de rechtspraak van het EHRM (artikel 52 lid 3), is het logisch dat de (in)directe doorwerking van EVRM-grondrechten in horizontale ver-

houdingen ook opgaat voor het Handvest, al is het maar omdat het door het Handvest geboden beschermingsniveau nooit lager mag zijn dan dat van het EVRM.⁴¹

24. Het argument, dat artikel 51 lid 1 van het Handvest horizontale toepassing uitsluit, lijkt dan ook te beperkt. Dat is onder anderen de mening van Advocaat-Generaal Cruz Villalón. Waarschijnlijker is volgens hem dat deze bepaling slechts een constitutionele kwestie betreft en niets beoogt te regelen over de vraag of het Handvest rechtstreeks burgers kan binden.⁴²

25. De praktijk wijst er inmiddels op dat Handvest-bepalingen wel degelijk (horizontaal) kunnen doorwerken in rechtsverhoudingen tussen particulieren, ook in zaken betreffende de reikwijdte en uitoefening van IE-rechten. Zoals hieronder zal worden toegelicht, wordt het Handvest door het HvJEU namelijk al toegepast in horizontale verhoudingen, zij het dat de toepassing daarvan niet altijd even consequent lijkt te zijn.

26. In veel uitspraken is sprake van een vorm van indirecte werking van Handvestbepalingen. In de jurisprudentie van het HvJEU zien we echter ook dat het HvJEU, al naar gelang de situatie, een bijna directe horizontale werking van het Handvest lijkt te aanvaarden.⁴³

Grondrechten als interpretatiemiddel

27. Het gesloten bastion van het IE-recht brokkelt in rap tempo af. In 2008 heeft het HvJEU een belangrijke dimensie aan het IE-recht toegevoegd. Vanaf dat jaar betreft het consequent andere fundamentele rechten, verankerd in het Handvest, bij zijn beoordeling. Sindsdien is duidelijk dat de grondrechten uit het Handvest in verschillende situaties een rol spelen: bij de invulling van IE-rechtelijke begrippen, bij het bepalen van de reikwijdte van beperkingen op de exclusieve rechten van de rechthebbende, en bij het stellen van grenzen aan de handhaving.

28. Bij de uitleg van de reikwijdte van IE-rechten lijkt het HvJEU de grondrechten uit het Handvest vooral te gebruiken als interpretatiemiddel. Dat wil zeggen dat een bepaald begrip of een bepaalde beperking in het licht van één of meer fundamentele rechten wordt beoordeeld.

.....

33 A.S. Hartkamp, ‘De invloed van het EU Handvest van de grondrechten op het privaatrecht’, WPNR 2014 (7035), p. 962-963.

34 De tegenovergestelde standpunten komen tot uitdrukking in de uitgebreide conclusies van A-G Cruz Villalón bij HvJEU 15 januari 2014, zaak C-176/12 (AMS) en A-G Trstenjak bij HvJEU 24 januari 2012, zaak C-282/10 (Maribel Dominguez), ov. 80 e.v. Zie ook J.M. Emaus, ‘Rechten, beginselen en horizontale werking van de grondrechten uit het EU-Handvest’, NTBR 2015/10, p. 6.

35 Conclusie A-G Trstenjak 8 september 2011, zaak C-282/10 (Maribel Dominguez). Zie ook T. Barkhuysen, A.W. Bos en F. ten Have, ‘Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese unie voor het privaatrecht’, NTBR 2011/68, J.M. Emaus, ‘Rechten, beginselen en horizontale werking van de grondrechten uit het EU-Handvest’, NTBR 2015/10, A.S. Hartkamp, ‘De invloed van het EU Handvest van de grondrechten op het privaatrecht’, WPNR 2014 (7035), §3.1, D. Leczykiewicz, ‘Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights’, (2013) European Law Review (2013) 38, p. 485.

36 K. Lenaerts en J.A. Gutiérrez-Fons, ‘The constitutional allocation of powers and general principles of EU Law’, CML Rev. 2010/6, p. 1654 e.v.

37 HvJEU 12 november 1969, zaak C-29/69 (Stauder). T. Barkhuysen, A.W. Bos en F. ten Have, ‘Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese unie voor het privaatrecht’, NTBR 2011/68, § 3.2.1.

38 Zie onder meer HvJEU 12 november 1969, zaak C-29/69 (Stauder), HvJEU 22 november 2005, zaak C-144/04 (Mangold) en HvJEU 19 januari 2010, zaak C-555/07 (Kücükdeveci).

39 Dat volgt uit artikel 6 lid 3 VEU, bepalende dat de grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het EVRM en voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, als algemene beginselen deel uitmaken van het recht van de Unie.

40 A.S. Hartkamp, ‘De invloed van het EU Handvest van de grondrechten op het privaatrecht’, WPNR 2014 (7035), § 4.2, 4.4. Zie ook HvJEU 13 mei 2014, zaak C-131/12 (Google Spain), r.o. 68.

.....

41 Aldus artikel 52 lid 3 van het Handvest en de toelichting daarop.

42 Zie Conclusie A-G Cruz Villalón bij HvJEU 15 januari 2014, zaak C-176/12 (AMS), ov. 31 en A.S. Hartkamp, ‘De invloed van het EU Handvest van de grondrechten op het privaatrecht’, WPNR 2014 (7035), § 3.1.

43 Zie bijvoorbeeld HvJEU 13 mei 2014, zaak C-131/12 (Google Spain), waarin het HvJEU overweegt dat de betrokkene “op basis van zijn door artikel 7 en 8 van het Handvest gewaarborgde grondrechten kan verlangen” dat bepaalde informatie over hem niet meer met zijn naam wordt verbonden via een resultatenlijst die verschijnt nadat op zijn naam is gezocht op internet (r.o. 96-97).

Citaatrecht

29. Dat was bijvoorbeeld het geval in de zaak *Painer*.⁴⁴ In deze zaak gaat het om de geoorloofdheid van het tonen door de pers van een portretfoto van Natascha Kampusch, het Oostenrijkse meisje dat op 10-jarige leeftijd werd ontvoerd, acht jaar lang gevangen heeft gezeten in een kelder en vervolgens op miraculeuze wijze wist te ontsnappen. De ontsnapping van het meisje was groot nieuws en werd breed uitgemeten in de media.

30. Bij de berichtgeving in de kranten wordt dezelfde foto getoond die eerder door de nationale veiligheidsautoriteiten aan het publiek ter beschikking was gesteld in het kader van de zoektocht naar het meisje. De fotograaf, Eva-Maria Painer, verzet zich tegen het feit dat verschillende krantenuitgevers de portretfoto publiceren, zonder daarbij haar naam als fotograaf te vermelden.

31. De kranten beroepen zich bij wijze van verweer op een tweetal auteursrechtelijke beperkingen: de openbare veiligheidsbeperking (artikel 5 lid 3 sub e ARL) en het citaatrecht (artikel 5 lid 3 sub d ARL).

32. Interessant zijn met name de overwegingen van het HvJEU met betrekking tot het citaatrecht.⁴⁵ Het HvJEU stelt voorop dat deze beperking restrictief moet worden uitgelegd, conform vaste jurisprudentie dat afwijkingen van exclusieve rechten en algemene beginselen slechts een beperkte reikwijdte kunnen hebben.⁴⁶ Vervolgens wijkt het HvJEU echter af van dit beginsel van strikte uitlegging en aanvaardt het zelfs een *ruime* reikwijdte van het citaatrecht dan de ARL lijkt toe te staan. Terwijl naamsvermelding een harde voorwaarde is voor de toepasselijkheid van het citaatrecht, oordeelt het HvJEU dat het ontbreken van de naam een succesvol beroep op het citaatrecht niet belet. Dit oordeel baseert het HvJEU mede op de grondrechten.

33. Volgens het HvJEU vindt het citaatrecht zijn grondslag in de vrijheid van meningsuiting en moet deze beperking een “rechtvaardig evenwicht” verzekeren tussen enerzijds de vrije meningsuiting van de gebruikers van een werk en anderzijds het belang van de rechthebbenden.⁴⁷ Om die reden moet er, aldus het HvJEU, bij de uitlegging van de aan het citaatrecht gestelde voorwaarden, voor worden gezorgd dat de nuttige werking van de beperking behouden blijft en het doel ervan wordt geëerbiedigd.⁴⁸

34. Dat “rechtvaardige evenwicht” wordt in deze zaak verzekerd door de vrije meningsuiting “te privilegiëren ten opzichte van het belang van de auteur”⁴⁹, in die zin dat het vereiste van naamsvermelding wordt losgelaten. Van belang daarbij acht het HvJEU dat de pers dezelfde portretfoto had gebruikt die eerder – zonder naamsvermelding – door de opsporingsautoriteiten was vrijgegeven. De pers behoefde, aldus het HvJEU, de redenen voor de niet-vermelding niet te verifiëren.

35. In *Painer* gebruikt het HvJEU het grondrecht op vrije meningsuiting dus om een bredere toepassing van de citaatrechtexceptie te construeren, dan die op basis van de ARL en eerdere jurisprudentie (die een enge interpretatie van beperkingen voorschrijft) mogelijk zou zijn.

36. Ook in *Luksan/Van der Let* zien we dat het HvJEU het Handvest een rol toekent als apart interpretatiemiddel. In deze zaak gaat het om de ingewikkelde zakelijke en artistieke relatie tussen de auteurs (makers) en de producent bij de productie van een filmwerk.⁵⁰ Kernvraag is aan wie de exploitatierechten op een film toekomen.

37. Op basis van een uitleg van het toepasselijke *acquis* op het terrein van het auteursrecht komt het HvJEU tot de conclusie dat de auteursrechten op een filmwerk van rechtswege rechtstreeks en oorspronkelijk toekomen aan de hoofdregisseur. Interessant is dat het HvJEU ter ondersteuning van deze conclusie verwijst naar het Handvest. De Oostenrijkse regeling komt volgens het Hof namelijk neer op een ontneming van een recht van intellectuele eigendom dat op grond van artikel 17 lid 1 jo. lid 2 van het Handvest als grondrecht is beschermd.⁵¹

38. Een vergelijkbare, interpretatieve toepassing van het Handvest zien we in ook *TV2 Danmark*, waarin het gaat om de uitleg van de auteursrechtelijke beperking die radio- en televisieomroepen in staat stelt programma’s vast te leggen ten behoeve van heruitzending of archivering (artikel 5 lid 2 sub d ARL). De vrijheid van ondernemerschap uit het Handvest ondersteunt de door het HvJEU voorgestane uitleg, zo wordt overwogen.

*Bij de beoordeling van de mogelijke wijzen van uitlegging waaruit het Hof kan kiezen, pleit verder voor deze oplossing dat hierdoor de omroeporganisaties een grotere vrijheid van ondernemerschap als bedoeld in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie genieten, zonder evenwel afbreuk te doen aan het wezen van de auteursrechten.*⁵²

.....
44 HvJEU 1 december 2011, zaak C-145/10 (*Painer*).

45 Ten aanzien van de openbare veiligheidsbeperking overweegt het HvJEU dat die beperking enkel tot doel heeft de openbare veiligheid te beschermen en niet mede de persvrijheid dient. HvJEU 1 december 2011, zaak C-145/10 (*Painer*), r.o. 116.

46 HvJEU 10 april 2014, zaak C-435/12 (*ACI Adam / Stichting de Thuis-kopie*), r.o. 22 jo. 30 en HvJEU 16 juli 2009, zaak C-5/08 (*Infopaq / Danske*), r.o. 56.

47 HvJEU 1 december 2011, zaak C-145/10 (*Painer*), r.o. 134.

48 HvJEU 1 december 2011, zaak C-145/10 (*Painer*), r.o. 133.

.....
49 HvJEU 1 december 2011, zaak C-145/10 (*Painer*), r.o. 135.

50 Annotatie P.B. Hugenholtz bij Hof van Justitie EU 9 februari 2012, zaak C-277/10 (*Luksan/Van der Let*), NJ, 2013-16, nr. 196.

51 HvJEU 9 februari 2012, zaak C-277/10 (*Luksan/Van der Let*), r.o. 68-70.

52 HvJEU 26 april 2012, zaak C-510/10 (*TV2 Danmark*), r.o. 57.

Parodie-exceptie

39. In de Deckmyn-zaak uit 2014 spelen de fundamentele rechten eveneens een belangrijke rol, ditmaal bij de interpretatie van de parodie-exceptie.⁵³ In *Deckmyn* moet het HvJEU beoordelen of de erfgenamen van de striptekenaar van Suske & Wiske zich kunnen verzetten tegen een karikaturale kalender van het Vlaamse Belang, een rechts-conservatieve politieke partij in België. De kalender toont op de voorpagina de socialistische Gentse burgemeester die geldt uitstrooit over (gesluierte) mensen met een andere culturele of etnische achtergrond. De tekening is geïnspireerd op, en refereert expliciet naar, het Suske & Wiske album “De Wilde Weldoener”. Het HvJEU wordt geconfronteerd met de vraag of de karikatuur geoorloofd is op grond van de parodie-exceptie (artikel 5 lid 3 sub k ARL) of dat, daarentegen, sprake is van auteursrechtinbreuk.⁵⁴

40. Bij de beoordeling benadrukt het HvJEU de vrijheid van meningsuiting, gewaarborgd door artikel 11 van het Handvest. Een parodie is immers een geschikt middel om een (politieke) mening te uiten, aldus het HvJEU.⁵⁵ Om die reden moet de parodie-exceptie ruim worden geïnterpreteerd, evenals het begrip “parodie”. Anders zou de beperking niet beantwoorden aan het beoogde doel van de expressie- en informatievrijheid.⁵⁶ Hier erkent het HvJEU dus nadrukkelijk dat bij de uitleg van – in dit geval – de parodie-exceptie rekening moet worden gehouden met de expressie- en informatievrijheid, die in voorkomende gevallen het auteursrecht kan beperken. Wat opvalt is dat het HvJEU in dit arrest met zoveel woorden naar de toepasselijke artikelen van het Handvest verwijst. In *Painer* deed het HvJEU dat nog niet.

41. Volgens het HvJEU moet een “rechtvaardig evenwicht” – een *fair balance* – worden gevonden tussen de aanspraken van de auteursrechthebbenden en de rechten van de parodist. Interessant is dat het HvJEU bij deze zoektocht naar een rechtvaardig evenwicht ook nog een geheel nieuwe factor introduceert, namelijk de al dan niet discriminerende boodschap van de parodie. Het HvJEU verwijst in dit verband naar het verbod op discriminatie, verankerd in artikel 21 van het Handvest.⁵⁷ Dit is een factor die in artikel 5 lid 3 sub k ARL niet wordt genoemd. Of van een discriminerende boodschap sprake is, is volgens het HvJEU echter wel degelijk van belang, omdat de rechthebbenden er belang bij kunnen hebben niet met een dergelijke boodschap te worden geassocieerd.

42. De Deckmyn-zaak vormt een goed voorbeeld van indirecte horizontale werking: de grondrechten uit het Handvest worden door het HvJEU gebruikt als interpretatiemiddel voor – in dit geval – de parodie-exceptie.

53 HvJEU 3 september 2014, zaak C-201/13 (*Deckmyn*).

54 HvJEU 3 september 2014, zaak C-201/13 (*Deckmyn*).

55 HvJEU 3 september 2014, zaak C-201/13 (*Deckmyn*), r.o. 25.

56 D. Voorhoof, ‘De parodie-exceptie als geharmoniseerd EU-concept. Op zoek naar een rechtvaardig evenwicht tussen auteursrecht en expressievrijheid’, *AMI* 2014/6, p. 179.

57 HvJEU 3 september 2014, zaak C-201/13 (*Deckmyn*), r.o. 29-30.

Grondrechten soms niet toegepast

43. Overigens lijkt het HvJEU niet altijd even consequent met de toepassing van de door hem geproclameerde, “rechtvaardige balans” tussen de bescherming van auteursrechten en de rechten van derden die daarvoor getroffen worden. Zo zijn er ook voorbeelden van zaken waarin grondrechten juist niet bij de beoordeling worden betrokken, waar dit wel voor de hand had gelegen.

44. Dat was bijvoorbeeld het geval in de zaak *ACI Adam*, waarin de uitleg van de zogenaemde thuiskopie (of: privékopie)-exceptie (artikel 5, lid 2, sub b ARL) centraal stond. Het HvJEU oordeelt in die zaak dat het maken van een thuiskopie uit onrechtmatige bron niet valt binnen de reikwijdte van de thuiskopie-exceptie van artikel 5, lid 2, sub b ARL.

45. In de motivering gaat het HvJEU volledig voorbij aan het recht op privacy, volgens sommigen ten onrechte.⁵⁸ Dat het HvJEU het recht op privacy niet bij de beoordeling betreft, is vreemd, aangezien dit één van de rechten is die de thuiskopie-exceptie juist beoogt te beschermen.⁵⁹ Het is ook opvallend, nu de implicaties van de uitspraak van het HvJEU, die neerkomt op de aanvaarding van een zogenaamd “downloadverbod”, met name groot zijn voor de privacy van Europese burgers.

46. Denkbaar is dat de grondrechten bij de vraag in hoeverre het auteursrecht (en daarmee samenhangend: het downloadverbod) gehandhaafd mag worden, een grotere rol zullen spelen.

Handhaving: grondrechten als “juist evenwicht”

47. En inderdaad zien we dat waar het Handvest bij de uitleg van IE-rechtelijke begrippen en beperkingen met name wordt gebruikt als interpretatiemiddel, het HvJEU een stap verder gaat wanneer het de handhaving van IE-rechten betreft.

58 Noot Chr. A. Alberdingk Thijm en D.M. Linders bij HvJEU 10 april 2014, zaak C-435/12 (*ACI Adam / Stichting de Thuiskopie*), *AMI* 2015/1, p. 16-17. Ook Janssen signaleert de spanning met het recht op privacy in M.-C. Janssen, ‘De impact van het internet op de sector van het auteursrecht (of is het omgekeerd?) – een analyse aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie’, *SEW* 2014/165, afl. 10, p. 464.

59 Het concept van de thuiskopievergoeding is afkomstig uit Duitsland. Het Duitse Bundesgerichtshof oordeelde in 1964 dat de privacy van consumenten eraan in de weg stond dat auteursrechtenorganisatie GEMA bij de gebruikers van cassette-recorders zou gaan controleren of zij inbreuk maakten. Dit was een aanleiding voor het introduceren van een beperking voor privékopieën in combinatie met een vergoeding. Zie BGH 29 mei 1964, GRUR 1965/2, p. 2. Zie ook: Explanatory Memorandum to the Proposal for a European Parliament and Council Directive on Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in het Information Society, COM (1997) 628 final, Brussels, 10 December 1997. Zie ook: Kamerstukken II 1987/88, 20 656, nr. 3, p. 5 en HR 1 juni 1979, NJ 1979, 470 (*Buma/De Zon*) en Chr. A. Alberdingk Thijm, *Privacy vs. Auteursrecht in een digitale omgeving*, Den Haag: Sdu 2001, p. 70.

48. De Handhavingsrichtlijn⁶⁰ voorziet niet alleen in de mogelijkheid voor de rechthebbende om een rechterlijk bevel te verkrijgen tegen een inbreukmakende derde, maar ook tegen tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk te maken.⁶¹

Tussenpersonen

49. Tussenpersonen staan, zoals de term al doet vermoeden, tussen de rechthebbende en de inbreukmaker in. Voorbeelden van tussenpersonen zijn internet access providers die toegang tot het internet verlenen en hosting providers die opslagdiensten verrichten. Een aanbieder van een internetverbinding zoals Ziggo is een access provider, terwijl de aanbieder van een platform als Marktplaats gekwalificeerd kan worden als een hosting provider.⁶² Tussenpersonen zijn, onder omstandigheden, gevrijwaard van aansprakelijkheid op grond van de richtlijn Elektronische handel.⁶³

50. Auteursrechthandhaving op internet richt zich in toenemende mate op dergelijke partijen. Dat tussenpersonen worden aangesproken is, gelet op de grote schaal waarop werken via het internet illegaal verspreid worden en de anonimiteit van de individuele inbreukmakers, op zichzelf niet vreemd. Ook overweging 59 bij de ARI bepaalt dat “in het bijzonder in de digitale omgeving” tussenpersonen in veel gevallen “het meest aangewezen [zijn] om een eind te maken aan [...] inbreukmakende handelingen”.

51. De vraag is echter welke maatregelen van dergelijke internetdienstverleners mogen worden verlangd om rechthebbenden behulpzaam te zijn bij het handhaven van hun IE-rechten.

52. De Handhavingsrichtlijn geeft geen uitsluitel over de reikwijdte van een rechterlijk bevel tegen een tussenpersoon, andere richtlijnen evenmin. Die vraag is daarom onderwerp van diverse prejudiciële vragen aan het HvJEU.

53. Rechthebbenden verzoeken in de praktijk om diverse rechterlijke bevelen jegens tussenpersonen, variërend van het verstrekken van persoonsgegevens,⁶⁴ het afsluiten van gebruikers,⁶⁵ het doorvoeren van blokkades⁶⁶ en zelfs het preventief filteren van het internetverkeer.⁶⁷

Het HvJEU stelt bij de beoordeling van geoorloofdheid van dit type maatregelen voorop dat de rol van en situatie bij een tussenpersoon complexer is en zich leent voor een ander soort bevel dan het bevel dat aan een inbreukmaker wordt gericht.⁶⁸ Reden hiervoor is dat tussenpersonen ver verwijderd van de inbreuk kunnen zijn en hun rol doorgaans beperkt blijft tot die van een neutrale dienstverlener.

54. Inmiddels heeft het HvJEU een aantal spectaculaire arresten gewezen over de maatregelen die aan internet-tussenpersonen kunnen worden opgelegd. Omdat de gevraagde maatregelen veelal neerkomen op beperkingen van één of meer grondrechten, spelen de grondrechten in het Handvest bij die beoordeling in toenemende mate een rol.

“Juist evenwicht”

55. In een reeks van uitspraken benadrukt het HvJEU dat een “juist evenwicht” moet worden verzekerd tussen de bescherming van de rechten van de rechthebbenden en de bescherming van de grondrechten van personen die door de handhavingsmaatregelen worden geraakt.

56. Deze leer stamt uit het *Promusicae*-arrest uit 2008, dat dateert van vóór de inwerkingtreding van het Handvest.⁶⁹ In *Promusicae* gaat het om de vraag of het Unierecht toestaat, of zelfs eist, dat internetproviders identificerende gegevens van inbreukmakende abonnees verstrekken aan rechthebbenden. Meer concreet wordt het HvJEU geconfronteerd met de vraag hoe het intellectuele eigendomsrecht en het recht op bescherming van persoonsgegevens met elkaar kunnen worden verzoend.⁷⁰ Het HvJEU antwoordt hierop dat een “juist evenwicht” tussen de verschillende, botsende grondrechten moet worden verzekerd en dat nationale autoriteiten en rechters zich niet mogen baseren op een uitleg die strijdig is met deze grondrechten.

Bij de omzetting van bovengenoemde richtlijnen moeten de lidstaten niettemin erop toezien dat zij zich baseren op een uitlegging daarvan die het mogelijk maakt een juist evenwicht tussen de verschillende door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten te verzekeren. Bij de tenuitvoerlegging van de maatregelen ter omzetting van deze richtlijnen moeten de autoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten vervolgens niet alleen hun nationale recht conform deze richtlijnen uitleggen, maar er ook op toezien dat zij zich niet baseren op een uitlegging van deze richtlijnen die in

60 Richtlijn 2004/48/EG van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten.

61 Artikel 11 Handhavingsrichtlijn, dat verwijst naar artikel 8 lid 3 ARI. Beide artikelen zijn in Nederland geïmplementeerd in artikel 26d Auteurswet.

62 Hof Leeuwarden 22 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6296 (*Stokke/Marktplaats*).

63 Richtlijn 2000/31/EG van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (“Richtlijn inzake elektronische handel”).

64 HvJEU 29 januari 2008, zaak C-275/06 (*Promusicae*), HvJEU 19 februari 2009, zaak C-557/07 (*LSG/Tele2*), HvJEU 19 april 2012, zaak C-461/10 (*Bonnier*).

65 HvJEU 16 juli 2015, zaak C-580/13 (*Coty Germany*).

66 HvJEU 27 maart 2014, zaak C-314/12 (*UPC Telekabel*).

67 HvJEU 24 november 2011, zaak C-70/10 (*Scarlet/SABAM*).

68 HvJEU 12 juli 2011, zaak C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 129.

69 De grondrechten, verankerd in het EVRM en het (toen nog niet in werking getreden) Handvest, werden op dat moment door het HvJEU beschouwd als algemene beginselen van gemeenschapsrecht. Dat de grondrechten bij de beoordeling worden betrokken, heeft overigens ook te maken met de formulering van de prejudiciële vraag, die verwijst naar de toepasselijke bepalingen van het (nog niet in werking getreden) Handvest.

70 HvJEU 29 januari 2008, zaak C-275/06 (*Promusicae*), ro. 65.

*conflict zou komen met deze grondrechten of de andere algemene beginselen van gemeenschapsrecht, zoals het evenredigheidsbeginsel.*⁷¹

57. Dit “juiste evenwicht” vormt sindsdien het uitgangspunt voor zaken waarin de uitoefening van het auteursrecht botst met andere fundamentele rechten en is door het HvJEU in een reeks van uitspraken herhaald.⁷²

Intellectuele eigendom niet absoluut

58. Dat doet het HvJEU onder meer in de zaak *Scarlet/SABAM*.⁷³ Aan de orde is de vraag of een access provider ertoe verplicht kan worden op eigen kosten een filter te installeren dat al het internetverkeer van zijn abonnees doorzoekt, het inbreukmakende verkeer identificeert en vervolgens blokkeert.

59. Het HvJEU stelt voorop dat dit bevel de internetprovider zou verplichten om actief en preventief toezicht te houden op het verkeer van alle klanten. Daartegen verzet zich het verbod op algemene toezichtverplichtingen, neergelegd in artikel 15 richtlijn Elektronische handel. Bovendien moet rekening worden gehouden met de toepasselijke grondrechten, zo overweegt het HvJEU.⁷⁴

60. Het HvJEU vervolgt met de overweging dat het IE-recht weliswaar door artikel 17 lid 2 van het Handvest wordt beschermd, maar dat noch uit die bepaling, noch uit de rechtspraak van het HvJEU, voortvloeit dat dit recht onaantastbaar is en daarom absolute bescherming moet genieten.⁷⁵ Het HvJEU stelt daarmee buiten twijfel dat het auteursrecht geen voorrang heeft op andere grondrechten, maar in geval van conflict op gelijke voet moet worden afgewogen met andere fundamentele rechten.⁷⁶ Het HvJEU herhaalt de regel uit *Promusicae*, dat een “juist evenwicht” moet worden verzekerd tussen de toepasselijke grondrechten.

61. In de grondrechtelijke analyse benadrukt het HvJEU in de eerste plaats de vrijheid van ondernemerschap van de internetaanbieder. “Met name” dit recht, beschermd door artikel 16 Handvest, wordt door de gevraagde maatregel geraakt, aldus het HvJEU.⁷⁷

62. De vrijheid van ondernemerschap is in het geding in verband met de technische ingrijpendheid, de geldingsduur en de kosten(verdeling) van de maatregel.

Het bevel zou de provider immers verplichten om op eigen kosten, een “permanent, duur en ingewikkeld informaticasysteem in te voeren”. De vrijheid van ondernemerschap wordt zodoende ernstig beperkt door de gevraagde maatregel, aldus het HvJEU.⁷⁸ Andere grondrechten die door de gevraagde maatregelen worden geraakt, zijn de informatievrijheid (artikel 11) en het recht op bescherming van persoonsgegevens (artikel 8) van de gebruikers.

63. Het HvJEU heeft uiteindelijk weinig woorden nodig om te concluderen dat niet voldaan is aan het vereiste dat een “juist evenwicht” wordt verzekerd tussen al deze betrokken grondrechten.⁷⁹

64. Het is de vraag waar de leer van het “juiste evenwicht” op is gebaseerd. De terminologie komt niet voor in artikel 52 van het Handvest, dat de voorwaarden stelt voor een beperking van een van de grondrechten in het Handvest. In *Scarlet/SABAM* en de hierboven besproken jurisprudentie ontbreekt echter iedere verwijzing naar artikel 52.

Het juiste evenwicht in ontwikkeling

65. Dat verandert met *UPC Telekabel*. In deze zaak moet het HvJEU oordelen over de vraag of de door het Unierecht erkende grondrechten eraan in de weg staan dat een internetaanbieder een bevel wordt opgelegd de toegang tot een bepaalde, inbreukmakende website te blokkeren.⁸⁰

66. In dit arrest geeft het HvJEU een nadere invulling aan het begrip “juist evenwicht” en ontwikkelt hij deze leer verder.

67. Dit doet het HvJEU in de eerste plaats door een kernrechtbenadering te hanteren voor de mogelijke beperking van grondrechten. In deze zaak spelen meerdere grondrechten een rol. Het gaat om een botsing tussen enerzijds artikel 17 van het Handvest (eigendomsrecht) en anderzijds artikel 16 (de vrijheid van ondernemerschap) en artikel 11 (de vrijheid van informatie).⁸¹

68. Ten aanzien van het recht op ondernemerschap onderzoekt het HvJEU of dit recht in de “kern” wordt geraakt door de verlangde maatregel, hetgeen naar het

71 HvJEU 29 januari 2008, zaak C-275/06 (*Promusicae*), ro. 68.

72 HvJEU 12 juli 2011, zaak C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), HvJEU 24 november 2011, zaak C-70/10 (*Scarlet/SABAM*), HvJEU 16 februari 2012, zaak C-360/10 (*Sabam/Netlog*), HvJEU 27 maart 2014, zaak C-314/12 (*UPC Telekabel*).

73 HvJEU 24 november 2011, zaak C-70/10 (*Scarlet/SABAM*), r.o. 35-40.

74 HvJEU 24 november 2011, zaak C-70/10 (*Scarlet/SABAM*), r.o. 41.

75 HvJEU 24 november 2011, zaak C-70/10 (*Scarlet/SABAM*), r.o. 43.

76 R.D. Chavannes, “Juist evenwicht” in de praktijk. De toelaatbaarheid van internetblokkades volgens het Hof van Justitie in *UPC Telekabel Wien*, AMI 2015/2, p. 43.

77 HvJEU 24 november 2011, zaak C-70/10 (*Scarlet/SABAM*), r.o. 46.

78 HvJEU 24 november 2011, zaak C-70/10 (*Scarlet/SABAM*), r.o. 47-49.

79 Hiermee kiest het hof voor een andere benadering dat Advocaat-Generaal Cruz Villalón, die in zijn conclusie voorop stelt dat de gevraagde maatregel resulteert in een beperking van grondrechten en onderzoekt of aan de beperkingsclausule van artikel 52 van het Handvest wordt voldaan.

80 Een andere, interessante vraag in dit arrest, die het bestek van dit artikel te buiten gaat, is die of een internet access provider een tussenpersoon is in de zin van artikel 8 lid 3 ARL, hetgeen volgens het HvJEU het geval is.

81 HvJEU 27 maart 2014, zaak C-314/12 (*UPC Telekabel*), r.o. 47.

oordeel van het HvJEU niet het geval is.⁸² Dit recht wordt door het HvJEU gedefinieerd als “het recht voor elke onderneming om, binnen de grenzen van de aansprakelijkheid voor eigen handelingen, vrij te beschikken over de haar ter beschikking staande economische, technische en financiële middelen”.⁸³ Volgens het HvJEU wordt dit recht door het desbetreffende rechterlijke bevel op te leggen niet in de kern geraakt. Daarmee is de eerste stap naar de geoorloofdheid gezet.

69. In de tweede plaats koppelt het HvJEU het “juiste evenwicht” voor het eerst expliciet aan de beperkingsclausule van het Handvest, door te verwijzen naar “het overeenkomstig artikel 52, lid 1, in fine, van het Handvest na te streven rechtvaardige evenwicht tussen alle toepasselijke grondrechten”.⁸⁴ Eerder was dat artikel nog niet nadrukkelijk genoemd in de hierboven besproken jurisprudentie van het HvJEU.

Wat is de betekenis van artikel 52 Handvest?

70. In *UPC Telekabel* noemt het HvJEU artikel 52 van het Handvest weliswaar, maar uit het arrest wordt niet duidelijk welk onderdeel van artikel 52 lid 1 betrokken is bij de zoektocht naar het “juiste evenwicht”. Het artikel luidt als volgt:

Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

71. De verwijzing naar artikel 52 lid 1 *in fine* in *UPC Telekabel* kan duiden op de tweede zin van de bepaling of op het tweede onderdeel van de tweede zin. Het blijft gissen, omdat het HvJEU zich beperkt tot een verwijzing naar de beperkingsclausule, zonder ook daadwerkelijk in te gaan op de daarin genoemde vereisten van (onder meer) noodzakelijkheid en evenredigheid.

72. Een vergelijkbare toepassing van artikel 52 lid 1 Handvest zien we in het recente arrest *Coty Germany*, zij het dat het HvJEU daarin weer een stap verder gaat. De zaak gaat over de verhouding tussen enerzijds het recht op een doeltreffende voorziening in rechte (artikel 47 Handvest) en het intellectuele eigendomsrecht (artikel 17 lid 2 Handvest) en anderzijds het recht op bescherming van persoonsgegevens (artikel 8

Handvest).⁸⁵ In *Coty Germany* kent het HvJEU aan het “juiste evenwicht” zowel een zelfstandige betekenis toe als een betekenis in relatie tot artikel 52 lid 1 Handvest.

73. Onder verwijzing naar *Promusicae*, stelt het HvJEU namelijk voorop dat een juist evenwicht tussen de verschillende, door de Unie beschermde grondrechten moet worden verzekerd.⁸⁶ Het HvJEU vervolgt echter met de overweging dat “artikel 52, lid 1, van het Handvest onder meer bepaalt dat beperkingen op de uitoefening van de erkende rechten en vrijheden de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden moeten eerbiedigen, en dat uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat een maatregel die leidt tot een ernstige aantasting van een in het Handvest beschermd recht niet voldoet aan het vereiste dat een juist evenwicht wordt verzekerd tussen de met elkaar in overeenstemming te brengen grondrechten.”⁸⁷

74. Hier lijkt het vereiste van het “juiste evenwicht” dus met name gekoppeld te worden aan de “wezenlijke inhoud” van het grondrecht, die moet worden gerespecteerd. Dit sluit mogelijk aan bij de kernrechtbenadering, zoals we die ook zagen bij de toets aan de vrijheid van ondernemerschap in *UPC Telekabel*.

75. Aldus lijkt het HvJEU in toenemende mate de beperkingsclausule van artikel 52 lid 1 Handvest bij de beoordeling te betrekken. Daarbij lijkt het HvJEU zich te richten op het resultaat van de grondrechtenafweging, die in evenwicht moet zijn. Dat is een andere benadering dan die van Advocaat-Generaal Cruz Villalón in zijn conclusies bij de arresten *Scarlet/SABAM*⁸⁸ en *Coty Germany*.⁸⁹ Die zoekt in zijn opinies meer concreet aansluiting bij het stappenschema vervat in artikel 52 Handvest, door de volgende stappen te doorlopen: i) is de beperking “bij wet gesteld” (legaliteitsbeginsel)? ii) eerbiedigt de beperking de “wezenlijke inhoud” van het betreffende grondrecht? en iii) is de beperking geschikt, noodzakelijk en evenredig om het nagestreefde legitieme doel te bereiken (evenredigheidsbeginsel)?

76. De benadering van het HvJEU verschilt ook van die van het EHRM. Het EHRM is in zijn rechtspraak immers zeer consequent met de toepassing van de beperkingsclausules, die voor elk EVRM-grondrecht (vrijwel) gelijklopend is en achtereenvolgens vereist dat een beperking (i) voorzien is bij wet, (ii) een legitiem doel dient, en (iii) noodzakelijk is in een democratische samenleving.

82 HvJEU 27 maart 2014, zaak C-314/12 (*UPC Telekabel*), r.o. 51. Voor dit oordeel geeft het HvJEU twee redenen. In de eerste plaats kan de adressaat van het bevel zelf bepalen welke concrete maatregelen hij neemt om het beoogde resultaat te bereiken (r.o. 52). In de tweede plaats biedt het Duitse recht een zogenaamde “bevrijdingsmogelijkheid”, waarbij de adressaat kan aantonen dat hij alle redelijke maatregelen heeft genomen (r.o. 53).

83 HvJEU 27 maart 2014, zaak C-314/12 (*UPC Telekabel*), r.o. 49.

84 HvJEU 27 maart 2014, zaak C-314/12 (*UPC Telekabel*), r.o. 63.

85 In deze zaak was, kort gezegd, aan de orde de vraag of de Handhavingsrichtlijn zich verzet tegen een bepaling op grond waarvan een bankinstelling zich onbeperkt en onvoorwaardelijk mag beroepen op het bankgeheim in het geval van een informatieverzoek van een rechthebbende.

86 HvJEU 16 juli 2015, zaak C-580/13 (*Coty Germany*), r.o. 34.

87 HvJEU 16 juli 2015, zaak C-580/13 (*Coty Germany*), r.o. 35.

88 Conclusie A-G Cruz Villalón 14 april 2011, zaak C-324/09, ov. 87 e.v.

89 Conclusie A-G Cruz Villalón 16 april 2015, zaak C-580/13 (*Coty Germany*), ov. 34 e.v.

77. Waarom het HvJEU artikel 52 in zaken waarin verschillende grondrechten botsen niet op bovengenoemde wijze toepast, terwijl zij dat in andersoortige zaken wel doet,⁹⁰ is niet duidelijk. Een mogelijke verklaring kan zijn dat de toepassing van artikel 52 lid 1 Handvest het primaat van een grondrecht veronderstelt. Het is de beperking van het grondrecht die aan stringente voorwaarden moet voldoen. Wanneer gelijkwaardige grondrechten botsen is een dergelijke toetsing lastig uit te voeren. De uitkomst zou dan mede afhankelijk zijn van het grondrecht dat als hoofdregel wordt gehanteerd. In het kader van het vinden van het “juiste evenwicht” tussen conflicterende grondrechten past het aanbrengen van een dergelijke rangorde tussen grondrechten niet.

78. Keerzijde van de leer van het juiste evenwicht, zoals die nu wordt toegepast door het HvJEU, is de onvermijdelijke rechtsonzekerheid die deze benadering met zich meebrengt. De uitkomst van het “juiste evenwicht” tussen twee, drie, of zelfs vier botsende grondrechten is op voorhand niet eenvoudig te voorspellen. Hetzelfde geldt voor het antwoord op de vraag of een grondrecht in “de kern” wordt geraakt. Het vinden van de juiste balans wordt er niet eenvoudiger op als verschillende grondrechten, al naar gelang de situatie, meer of minder op de voorgrond treden. Ook moet nog afgewacht worden op welke wijze het HvJEU de beperkingsclausule van artikel 52 Handvest gaat hanteren.

Conclusie

79. Het Handvest gaat een steeds grotere rol spelen bij het bepalen van de reikwijdte en uitoefening van exclusieve IE-rechten. De IE-wetten zelf zijn niet meer leidend wanneer het gaat om de interpretatie van de reikwijdte van IE-rechten. Bij de uitleg van bepaalde begrippen of bepaalde uitzonderingen op exclusieve rechten kunnen grondrechten doorslaggevend zijn. Het HvJEU laat in dit soort situaties grondrechten horizontaal doorwerken op indirecte wijze.

80. In het geval sprake is van de uitoefening van IE-rechten lijkt het HvJEU een stap verder te gaan en in sommige situaties directe horizontale werking van grondrechten te aanvaarden. Met zijn leer van het “juiste evenwicht” onderzoekt het HvJEU hoe de botsing tussen grondrechten onderling moet worden opgelost. Het HvJEU lijkt daarbij gaandeweg meer aansluiting te vinden bij het beperkingsschema van artikel 51 lid 1 Handvest. Dat doet het HvJEU met de voorzichtige stap richting een kernrechtbenadering van grondrechten. De rechtszekerheid is niet zo gediend bij de benadering van het HvJEU.

81. Het zou de voorkeur verdienen wanneer het HvJEU, ook bij botsende grondrechten, duidelijker het stappenschema van artikel 51 lid 1 zou doorlopen. Het

zou er dan voor kunnen kiezen eerst te bepalen welk grondrecht in de kern wordt geraakt en dat grondrecht voorop te stellen en het andere grondrecht als de beperking daarop te beschouwen. Daarmee zou de keuze van het grondrecht dat voorop gesteld wordt minder arbitrair zijn. Bij een botsing tussen de vrijheid van meningsuiting en de intellectuele eigendom wordt dan eerst bepaald welke van de grondrechten in de kern wordt geraakt. Vervolgens kan worden beoordeeld of de beperking van dat grondrecht door het andere grondrecht gerechtvaardigd is door de verschillende stappen in de beperkingsclausule te doorlopen.

82. Dit alles is nog recht in ontwikkeling. Duidelijk is wel dat de oude mantra dat de beperking van de reikwijdte en uitoefening van exclusieve rechten slechts in de IE-wetten zelf geschiedt, niet meer van deze tijd is. Het IE-recht is geen gesloten bastion meer. Het staat niet langer op zichzelf, maar is onderdeel van een grotere rechtsorde, waarin grondrechten tot de hoogste in rang behoren. IE-juristen zullen zich moeten omscholen tot deskundigen constitutioneel recht. De grote ontwikkelingen binnen het IE-recht zullen de komende jaren worden veroorzaakt door het Handvest.

Amsterdam, september 2015.

.....
 90 Zie bijvoorbeeld HvJEU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights/Ierland*).