

De arresten Funke Medien, Spiegel Online en Pelham van het HvJ EU van 29 juli 2019¹

Egbert Dommering²

Prof. mr. E.J. Dommering is hoogleraar-emeritus aan de Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht.

29 juli 2019 was het D-Day voor het Europese auteursrecht. Toen deed een Grote Kamer van het Hof van Justitie uitspraak in drie zaken waarin het Duitse Bundesgerichtshof prejudiciële vragen had gesteld over de uitleg en toepassing van de Auteursrechtrichtlijn (Richtlijn 2001/29/EG) in relatie tot het Europese Handvest en indirect ook tot het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens.³ Het waren alledrie ‘borderline cases’. In de zaak *Funke Medien* gaat het om de perspublicatie van een proces-verbaal van een periodieke verslaggeving van de buitenlandse interventies van de Bundeswehr, bedoeld voor beperkt gebruik voor bepaalde afgevaardigden in de Bondsdag. Een van deze rapportages was uitgelekt en de Bondsregering probeerde verspreiding tegen te gaan met een beroep op haar auteursrecht; het proces-verbaal zou een ‘werk’ zijn in de zin van het door de richtlijn geharmoniseerde Duitse auteursrecht. In de *Spiegel Online*-zaak gaat het om de reikwijdte van het citaatrecht in het geval dat er door middel van een hyperlink op het web naar het werk wordt verwezen. De zaak bevat ook de vraag of het werk waaruit werd geciteerd op geoorloofde manier openbaar was gemaakt en of dat een omstandigheid was die citeren kon verhinderen. In de *Pelham*-zaak gaat het om de vraag of het gebruik van zeer korte muziekfragmenten (‘soundsampling’) moet worden aangemerkt als een geoorloofd citaat in de zin van artikel 5 lid 3 onder d van de richtlijn (beperking van het muziekreproductierecht).

I. Inleiding: het systeem van de duale Europese rechtsorde

In alle arresten bakent het Hof de omvang van het Unierecht af, geeft het een uitleg van de Auteursrechtrichtlijn in relatie tot het Handvest, verduidelijkt het de relatie tussen het Handvest en het EVRM, en omschrijft het de interpretatieruimte van de nationale rechter die zich in zekere zin tussen ‘verschillende vuren’ bevindt: het EU-recht (inclusief het Handvest), het EVRM en zijn eigen Grondwet. De arresten schetsen vrij helder de contouren van wat ik de Europese

duale rechtsorde heb genoemd.⁴ Dat wordt tamelijk leerstellig en het uitvoerigst in het *Funke Medien*-arrest uiteengezet, waarbij het Hof met veel overwegingen ‘in herinnering roept’ wat het op dit vlak in het verleden allemaal al heeft beslist. De eerste stap naar die rechtsorde vormt het beroemde *Van Gend & Loos*-arrest uit 1963⁵ waarin het Hof als een *deus ex machina* de Europese rechtsorde die binnen en boven de lidstaten geldt liet ontstaan, maar dat is zo oude scheppingsgeschiedenis dat het Hof het niet meer nodig vindt zich die te herinneren. Deze ook wel als ‘Europese ruimte’ aangeduide rechtsorde was later een belemmering

1 HvJ EU 29 juli 2019, zaken C-469/17, C-516/17 en C-476/17.

2 Van zijn hand verscheen dit jaar *De Europese Informatierechtsorde*, Amsterdam: deLex 2019.

3 Zie voor een inventarisatie van de oude jurisprudentie op dit vlak S. Kulk & P. Teunissen, ‘Naar een nieuw fundament – hoe het Handvest het auteursrecht hervormt’, *AMI* 2019, afl. 4, p. 121-134. Dit artikel is

geschreven voor het verschijnen van tweede deel van dat artikel; wel heb ik nog in noten op het tweede deel kunnen reageren.

4 E.J. Dommering, *De Europese Informatierechtsorde*, Amsterdam: deLex 2019, hoofdstuk 1.2.

5 HvJ EG 5 februari 1963, C-26/62 (*Van Gend & Loos*).

voor de Unie om toe te treden tot de Raad van Europa.⁶ Van recenter datum (en dat is geschiedenis die het Hof nadrukkelijk in herinnering roept) is het inzicht dat het een ‘wezenlijk kenmerk’ van dit Unierecht is dat het voorrang heeft boven nationaal recht, zelfs als dat van constitutionele aard is. Een lidstaat moet daarom op grond van artikel 51 van het Handvest bij omzetting van een richtlijn in nationaal recht altijd het door het Handvest gegarandeerde niveau van bescherming van grondrechten in acht nemen.⁷ Daarbij speelt wel de reikwijdte van de richtlijn een rol: beoogt die gehele of gedeeltelijke harmonisatie? Bij gedeeltelijke harmonisatie is er nog wel ruimte voor een ‘eigen’ constitutionele invulling; het Handvest reikt niet verder dan het secundaire EU-recht, al mag je er nooit mee in strijd komen. Het EU-keurslijf is dus nogal knellend.

Het Hof legt het Handvest en de daarin vervatte grondrechten autonoom uit, maar “voor zover het gaat om Handvestrechten die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd in het EVRM, beoogt artikel 52 lid 3 van het Handvest te zorgen voor de nodige samenhang tussen de in het Handvest vervatte rechten en de daarmee corresponderende rechten in het EVRM, zonder dat dit de autonomie van het Unierecht of van het HvJEU aantast”. Artikel 52 lid 3 van het Handvest zegt dat de betekenis en reikwijdte van in het Handvest en EVRM corresponderende rechten hetzelfde is. Het vormt dus het ‘venster’ tussen de twee rechtsordes, waardoor het HvJ EU het recht van de Raad van Europa kan ‘zien’.⁸ Omgekeerd ‘ziet’ het EHRM het Unierecht. In de inleiding tot zijn arresten somt het EHRM de voor de casus relevante nationale en internationale rechtsregels op die het in zijn overwegingen betreft. In deze context neemt het EHRM steeds duidelijker het relevante EU-recht en de uitleg daarvan door het HvJ EU op.⁹ In het zichtveld van het venster nemen de beide colleges dus respectvol de hoed voor elkaar af.

Dit betekent wel dat het HvJ EU op een andere manier in het juridische raamwerk zit dan het EHRM. Het geeft rechtstreeks uitleg aan het primaire EU-recht (inclusief het Handvest) en het secundaire EU-recht (dat onderdeel is geworden van een nationale rechtsorde). Slechts in geval de richtlijn een bepaald onderwerp niet helemaal harmoniseert of wanneer de uiteindelijke beslissing afhankelijk is van feitelijke appreciatie van de nationale rechter blijft het HvJ EU op afstand van de nationale wetgever en rechter. Het EHRM toetst een nationale rechterlijke beslissing (doorgaans) op grond van nationaal recht waarvan de uitleg in beginsel is voorbehouden aan de nationale rechter (‘the law’ waarop de door het verdrag toegestane beperkingen moeten zijn geba-

seerd) aan het EVRM dat wordt uitgelegd in het licht van de relevante bovenationale regels. Bij de vraag of die hoogste (rechterlijke) beslissing daarmee in strijd komt houdt het – al naar gelang het onderwerp – meer of minder afstand tot de nationale beslissing (de zogenaamde ‘margin of appreciation’). Bij het HvJ EU is er dus sprake van een al dan niet volledige ‘interne’ toetsing van het recht; bij het EHRM van een principieel ‘externe’ toetsing van een nationale beslissing.

Dit is dus het ‘gebouw’ van de Europese duale rechtsorde. Ik stel het voorop omdat het noodzakelijk is deze juridische architectuur in gedachte te houden om te begrijpen hoe de verschillende Europese beslissingen daar in passen.¹⁰ Ik zal nu meer in detail naar de drie zaken kijken en afronden met algemene conclusies over hoe dit gecompliceerde raderwerk van de duale rechtsorde in deze zaken precies uitpakt. Het gaat daarbij niet alleen om het auteursrecht. In het privacy- en dataproctierecht zien we een soortgelijke ontwikkeling en ik zal er daarom ook in het kort iets over zeggen.

2.1. Funke Medien

Een werk?

In deze zaak ging het om de vraag of de Duitse regering de verspreiding van een in beginsel geheim proces-verbaal dat was uitgelekt kon tegengaan met een beroep op auteursrecht op dat stuk. De zaak vertoont daarmee gelijkenis met de Nederlandse zaak over het al of niet mogen citeren uit de geheime ‘heilige’ Scientology-stukken. Scientology probeerde dat lek te dichten met een beroep op het auteursrecht op die geheime bronnen die slechts toegankelijk waren voor ingewijden.¹¹ Het hof Den Haag overwoog toen dat het citeren (door de journaliste Karin Spaink op haar website) uit de niet rechtmatig (namelijk uitgelekt) openbaar gemaakte geheime heilige bronnen geoorloofd was. Wel speelde in die zaak een (bijkomende) rol dat ze ooit kort in het publieke domein waren geweest op een expositie. Ik kom op dit aspect in het slot terug.

De advocaat-generaal had in de onderhavige zaak de vraag opgeworpen of het stellen van prejudiciële vragen over het al of niet gerechtvaardigd citeren relevant was, omdat er gerede twijfel bestond of het proces-verbaal een ‘werk’ in de zin van de Auteursrechtlijn was. Daardoor doet de zaak ook denken aan de Nederlandse zaak over de ‘Endstra tapes’, die immers ging over de verklaringen van Endstra die door politieambtenaren waren vastgelegd op tapes en uitgewerkt in een proces-verbaal.¹² Het HvJ EU gaat in de overwegingen 16-26 op die prealabele vraag in. Daarin zet het Hof als

6 HvJ EU 18 december 2014, Advies 2/13.

7 Overwegingen 30-33 van het *Funke Medien*-arrest onder verwijzing naar de *Melloni*-zaak, HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11.

8 Overwegingen 73-75 van het *Funke Medien*-arrest. Kulk en Teunissen schenken mijn inziens in hun tweede bijdrage (*AMI* 2019, afl. 5) onvoldoende aandacht aan de werking van de vensterbepaling bij de uitleg van artikel 5 lid 3 van de richtlijn.

9 EHRM 4 december 2018, appl. I 1257/16, NJ 2019/293 (*Magyar Jeti Zrt*), r.o. 29.

10 Kulk en Teunissen, a.w. noot 3 doen dit mijns inziens niet of onvoldoende waardoor de verschillende soorten Europees recht om elkaar heen blijven zweven.

11 Hof Den Haag 4 september 2003, NJ 2003/664 (*Scientology/Spaink*).

12 HR 30 mei 2008, NJ 2008/556 (*Endstra tapes*), zie ook *De Europese informatierechtsorde*, Amsterdam: deLex 2019, hoofdstuk IV, 4.

‘een nuttige verduidelijking’ uiteen hoe het in een aantal eerdere arresten het werkbegrip heeft ingevuld. Er moet voldaan zijn aan twee voorwaarden: het werk moet de uitdrukking zijn van de persoonlijkheid van de auteur, hetgeen het geval is als “hij bij het maken van het werk zijn creatieve bekwaamheden tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzen”. De tweede voorwaarde is dat ‘bestanddelen die geen uitdrukking zijn van de persoonlijkheid’ er niet onder vallen. Of er sprake is van een ‘werk’ moet de nationale rechter vaststellen, maar die geeft het Hof ten aanzien van de tweede voorwaarde in overweging 24 nog een zetje mee door te zeggen dat, als die militaire verslagen informatie bevatten die ‘samenvalt met de uitdrukking daarvan’ en ‘dus een louter technische functie hebben en iedere vorm van oorspronkelijkheid is uitgesloten’ niet van een werk kan worden gesproken. In de *Endstra tapes*-zaak kun je de verslagen van het verhoor van Endstra wel als zodanig zien, maar de Hoge Raad oordeelde toen anders. Bij de Hoge Raad worden vrije creatieve keuzen namelijk ‘subjectieve stappen’. Ik zie die invulling van het begrip ‘creativiteit’ als een ‘eigen konijn uit de hoed test’, omdat nu eenmaal alle menselijke vormen van communicatie een subjectief karakter dragen. Daarmee wordt ieder objectief kader subjectief en verdwijnt feitelijk de tweede voorwaarde. Het HvJ EU beschouwt de tweede voorwaarde als een echte objectieve drempel en het zou mij deugd doen als het *Endstra*-arrest evenals de subjectieve geurentest in de *Lancôme/Kecofa*-beslissing van de Hoge Raad¹³ in het archief van historische vergissingen kan worden bijgezet.¹⁴

Hoeveel nationale ‘manoeuvrerruimte’ bieden de citeerregels van artikel 5 lid 3, onder c en d van de richtlijn? Anders gezegd: is er bij de richtlijn sprake van volledige harmonisatie?

Het Hof stelt allereerst vast dat de begrippen ‘reproductierecht’ en ‘mededeling aan het publiek’ volledig zijn geharmoniseerd. Het Hof heeft daar in een reeks van uitspraken inhoud aan gegeven. Met de mogelijke uitzonderingen op die rechten is het anders gesteld, afhankelijk van de bewoordingen en de gevolgen voor de goede werking van de richtlijn (overweging 40). Uit de bewoordingen van de uitzonderingen ten behoeve van verslaggeving en citeren (artikel 5 lid 3 onder c en d) blijkt dat er geen volledige harmonisatie is (overwegingen 41-44), maar het Unierecht stelt toch weer een grens aan die discretionaire ruimte (overwegingen 45-53). Daarbij houdt ons in het bijzonder overweging 53 bezig, omdat het Hof daarin nadrukkelijk zijn bij de uitleg van het begrip ‘mededeling aan het publiek’ ontwikkelde evenwichtslaar (ook tot uitdrukking gebracht in de door het Hof geciteerde consideransoverwegingen 3 en 13) herhaalt: “een uitlegging die het mogelijk maakt een juist

evenwicht te verzekeren tussen de verschillende door de rechtsorde van de Unie beschermde grondrechten”.¹⁵

Dat betekent echter weer niet dat artikel 11 van het Handvest het systeem van artikel 5 lid 2 en 3 van de richtlijn zou kunnen openbreken tot een algemene ‘fair use’ bepaling zoals door onder meer Senftleben in zijn dissertatie is betoogd.¹⁶ Dat zou de rechtszekerheid en harmonisatie te zeer aantasten (overweging 62-63) en afbreuk doen aan het vereiste evenwicht tussen het auteursrecht en de Uniegrondrechten dat de richtlijn tot stand heeft willen brengen (overweging 57 en 58).

Maar het systeem van de richtlijn moet gelet op het belang van de informatievrijheid van artikel 11 niet restrictief worden uitgelegd. Het BGH had zich namelijk afgevraagd of het overnemen van de processen-verbaal geoorloofd was, “aangezien Funke Medien deze zonder enige afzonderlijke verslaggeving heeft gepubliceerd” (overweging 66). Bij de beoordeling van de ruimte die er bij de uitleg van de uitzondering is, gaat ook het venster naar het EHRM open (overweging 73-74). Uit de benadering van het EHRM blijkt “dat de betrokken informatie van groot belang is in het kader van politieke gedachteswisselingen of een debat van algemeen belang”. Het HvJ EU citeert in dit verband expliciet het arrest *Ashby Donald* waarin het EHRM uitdrukkelijk de toetsing van de uitoefening van een auteursrecht aan artikel 10 EVRM mogelijk achtte.¹⁷ In overweging 75 geeft het Hof aan dat door de systematische weergave van de processen-verbaal en het commentaar er in casu sprake van ‘verslaggeving’ kan zijn.

Dus: (1) Bevestiging van de leer dat de kernbegrippen van het auteursrecht zoals de rechten van reproductie en mededeling aan het publiek volledig zijn geharmoniseerd, hetgeen echter niet kan voorkomen dat er toch discrepanties kunnen ontstaan door de feitelijke invulling van de geharmoniseerde begrippen door de nationale rechter; (2) De gehele richtlijn moet worden uitgelegd in het kader van het verzekeren van een evenwicht tussen de in het Handvest geregelde grondrechten en het auteursrecht; (3) Voor de uitzonderingen betekent dat dat niet getornd kan worden aan het systeem daarvan, omdat dat afbreuk zou doen aan de harmonisatie en rechtszekerheid; (4) De invulling van het systeem van uitzonderingen geeft de lidstaten de nodige manoeuvrerruimte mits zij binnen het kader van het voorrang van het Unierecht blijven opereren; (5) De uitzonderingen behoeven niet strikt te worden uitgelegd, omdat het evenwicht met de grondrechten in het oog moet worden gehouden; en (6) Als het gaat om de informatievrijheid moet een uitleg worden nagestreefd die in overeenstemming is met de rechtspraak van het EHRM op grond van artikel 10 EVRM.

13 HR 16 juni 2006, NJ 2006/585.

14 J.H. Spoor zegt over dit arrest onder 10 in zijn noot onder HvJ EU 22 oktober 2018, C-310/17, NJ 2019/320 (*Levola*) dat het ‘als achterhaald moet worden beschouwd’.

15 HvJ EU 27 maart 2018, C-149/17 (*UPC Telekabel Wien*) en HvJ EU 18 oktober 2018, C-195/12 (*Bastei Lübbe*).

16 M.R.F. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step-Test*: Den Haag: Kluwer Law International, Information Law Series nr. 13; Zie ook E.J. Dommering, *De Europese informatierechtsorde*, hoofdstuk VIII.7.2., p. 380 en Kulk & Teunissen a.w. noot 3, p. 122.

17 EHRM 10 januari 2013, AMI 2014, afl. 2, nr. 4 (*Ashby Donald*).

2.2. Spiegel Online

Citeren

In deze zaak is dezelfde uitlegvraag aan de orde als in de vorige, maar in een andere context. Die is namelijk dat een lid van de Bondsdag ruzie had met zijn uitgever omdat deze in 1988 een artikel van zijn hand over seksuele misdrijven bij minderjarigen zonder zijn toestemming in een gewijzigde vorm had gepubliceerd. De politieke lading was dat het Bondsdaglid over dit oude artikel was bekritiseerd om de standpunten die hij daarin had ingenomen. Hij werd hiermee geconfronteerd bij de verkiezingen van 2013 toen het manuscript weer uit een archief opdook. Om te bewijzen dat het artikel zonder zijn toestemming was gewijzigd had hij het naar allerlei krantenredacties gestuurd zonder die echter toestemming te geven het te publiceren. Zelf publiceerde hij het op zijn eigen website met het commentaar bij elke bladzijde dat hij afstand van dit artikel nam, en schreef hij er ook bij dat de uitgever destijds de ondertitel en delen van de tekst had verdraaid zonder zijn toestemming. Der Spiegel publiceerde op haar website Spiegel Online echter dat de kernboodschap van het artikel ondanks de ingreep van de uitgever dezelfde was gebleven. Spiegel Online plaatste daarbij een hyperlink die het mogelijk maakte het artikel volledig te downloaden. Het ging in deze zaak om de vraag of het citaatrecht was geschonden, in dit geval door de plaatsing van de hyperlink.

Het Hof herhaalt zijn overwegingen in de vorige zaak over (de omvang van) de discretionaire ruimte die de nationale rechter bij de invulling van de citeervrijheid heeft. Daaraan voorafgaand geeft het in de overwegingen 67-74 ook een beslissing over het overnamerecht van de pers (artikel 5 lid 3 onder c van de richtlijn). Het Hof overweegt dat de noodzaak om het publiek snel te informeren voorop staat zodat de eis die het Duitse recht stelt dat steeds vooraf toestemming moet worden gevraagd voor het gebruiken van een beschermd werk te ver gaat. De vijfde vraag stelt aan de orde hoe citeren in zijn werk moet gaan. Heeft dat ook betrekking op een verwijzing via een hyperlink naar een bestand dat afzonderlijk van het oorspronkelijke bericht kan worden geraadpleegd? Het Hof stelt vast dat voor citeren noodzakelijk is dat het geciteerde werk “in rechtstreeks en nauw verband wordt gebracht met de eigen beschouwingen om zodoende de intellectuele confrontatie met andermans werk te kunnen aangaan (...) en dat het gebruik van het werk van ondergeschikt belang dient te zijn ten opzichte van de uitlatingen van de gebruiker” (overweging 79). Maar daarvoor is niet nodig 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” (overweging 80). Het Hof brengt dat in overweging 81 in verband met de goede werking van het internet en de informatievrijheid van artikel 11 van het Handvest.

De zesde prejudiciële vraag stelt aan de orde of het geciteerde werk wel rechtmatig openbaar was gemaakt. Dit betrof dus de kwestie dat de politicus stelde dat de uitgever zonder zijn toestemming wijzigingen in het manuscript had aangebracht. Het Hof oordeelt (onder verwijzing naar de zaak *Painer*, HvJ EU I december 2011, zaak C-145/10) dat het moet gaan om een werk dat op “geoorloofde wijze toegankelijk is gemaakt voor het publiek”. Dat is volgens overweging 89 het geval “wanneer het reeds met toestemming van de rechthebbende of op grond van een gedwongen of wettelijke licentie voor het publiek toegankelijk is gemaakt”. De feiten in deze zaak zijn gecompliceerd, omdat de politicus stelde dat in het in de bundel gepubliceerde artikel door de uitgeverij zonder zijn toestemming aangebrachte wijzigingen bevatte, om vervolgens zelf het artikel op zijn website te publiceren met toevoegingen van welke tekstgedeelten hij afstand nam, welke publicatie mede de bron was voor het Spiegel-citaat. De feitelijke rechter moet die feiten alsnog onderzoeken volgens het criterium dat het Hof in overweging 94 onder verwijzing naar overweging 83 (met de hoofdregel dat “citeren” naar billijkheid moet geschieden) formuleert: “staat het, wat betreft de toepassing van artikel 5, lid 3 onder d van de richtlijn hoe dan ook aan de verwijzende rechter om na te gaan of de publicatie van de originele versies van het manuscript en van het in de betrokken bundel gepubliceerde artikel, zonder de vermeldingen waarin Beck (de politicus) afstand doet van de inhoud van deze documenten naar billijkheid is geschied en werd gerechtvaardigd door het bijzondere doel dat met het betrokken citaat werd nagestreefd”. Dat geeft dus discretionaire ruimte aan de rechter. Ik kom er in het slot op terug, mede naar aanleiding van de Scientology-affaire.

2.3. Pelham

Het muziekreproductierecht en de vrijheid van de kunst

De band Kraftwerk had in 1977 de opname ‘Metall auf Metall’ uitgebracht. Platenproducent Pelham heeft uit dat nummer twee seconden gekopieerd en in een doorlopende herhaling onder het door hem uitgebrachte nummer ‘Nur mir’ gezet. Volgens Kraftwerk is daarmee inbreuk gemaakt op zijn naburige recht als fonogramproducent. Het BGH stelt verschillende vragen van uitleg, maar het gaat in deze zaak vooral om de eerste en de zesde vraag die het Hof als eerste tezamen behandelt: Is de reproductie van een ‘soundsample’ inbreuk, en hoe moeten de grondrechten van het Handvest in aanmerking worden genomen bij de beschermingsomvang van het uitsluitend recht van de fonogrammenproducent?

Het Hof begint met de uitleg van ‘volledige of gedeeltelijke reproductie’ van een fonogram in de zin van artikel 2 onder c van richtlijn 2001/29 (overwegingen 27-30). De slotsom daarvan is dat bij letterlijke uitleg zelfs een zeer kort ‘soundsample’ een gedeeltelijke reproductie oplevert. Maar, zegt het Hof in overweging 31, dat dit anders wordt als de “gebruiker bij de uitoefening van de vrijheid van kunsten een geluidsfragment overneemt”. Het Hof verwijst hier naar arti-

kel 13 van het Handvest dat de vrijheid van kunst en wetenschap expliciet beschermt ('shall be free of constraint'). We bevinden ons hier dus in het gebied dat het Unierecht meer rechten expliciet benoemt dan het EVRM (zoals ook het recht op arbeid en de vrijheid van onderneming in de artikelen 15 en 16, en het recht van intellectuele eigendom in art. 17 lid 2). Bij de beoordeling van de vraag of er binnen het auteursrecht of het naburige recht een geoorloofde beperking wordt gemaakt moeten deze rechten worden meegewogen. De uitleg van de kunstenvrijheid moet (aldus overweging 34) plaatsvinden in het licht van de jurisprudentie van het EHRM over de vrijheid van meningsuiting en de kunstexpressie (de vensterbepaling van artikel 52 lid 3 van het Handvest doet dus ook bij de uitleg van dit Unierecht haar werk): artikel 10 EVRM "biedt de mogelijkheid deel te nemen aan de openbare uitwisseling van alle soorten culturele, politieke en sociale inlichtingen en denkbeelden". En dan weet het Hof, blijkens overweging 35 dat 'de "sampling techniek ... een vorm van artistieke expressie is die onder de door artikel 13 van het Handvest beschermde vrijheid van kunsten valt". Bij de uitoefening van deze vrijheid kan de gebruiker van een geluidsfragment (sample), "wanneer hij een nieuw werk vervaardigt, besluiten een van een ander fonogram afkomstig stuk dusdanig te wijzigen dat dit fragment bij het beluisteren van het werk niet meer herkenbaar is", aldus het Hof. Het zegt dus dat er bij muziekopnames op een andere manier naar 'citeren' moet worden gekeken. Maar het moet een onherkenbaar geluidsfragment zijn (overweging 39). In antwoord op de eerste vraag stelt het Hof dat je een geluidsfragment niet zonder toestemming van een fonogramproducent mag gebruiken hoe kort ook, tenzij dat fragment "in een gewijzigde vorm en voor het oor onherkenbare vorm wordt overgenomen en op een ander fonogram wordt vastgelegd". In antwoord op de vierde vraag (overweging 74) stelt het dat "citeren in artikel 5 lid 3 onder d van de richtlijn niet ziet op een situatie waarin het betrokken werk niet kan worden herkend aan de hand van het citaat in kwestie".

Het is de vraag of het Hof hier een specifieke uitlegregel heeft geformuleerd voor het muziekreproductierecht in de zin van artikel 5 van de richtlijn. Geldt deze 'kunstenvrijheid' ook voor een componist of een schilder? Die gebruiken immers veelvuldig muziek of beeldfragmenten die voor de gemiddelde luisteraar of kijker niet herkend worden. Waarschijnlijk zit de crux in het zeer korte 'fragment'. Dat kan zijn een specifieke toon- of een kleurcombinatie, maar gelden juist de 'open vizier' citaatregels als er herkenbare stukjes van een ander werk worden gebruikt. Dan moet de 'verwijzing' als citaat identificeerbaar zijn.

Ik laat het hierbij. De beantwoording van de overige vragen vloeit uit de hier besproken antwoorden voort en overlapt met de beslissingen in de eerste twee zaken

3. Slotoverwegingen: wat houdt citeren in?

Hyperlinken tussen auteursrecht en informatievrijheid

Hoe ziet het systeem er nu uit? Allereerst moet het verschil met het *Svensson*-arrest¹⁸ worden vastgesteld. Die zaak ging over de vraag of een 'attenderingsdienst' door het publiceren van lijsten van elders op sites gepubliceerde artikelen met opnemings van een link naar de vindplaats een inbreuk op het auteursrecht van de schrijvers van die artikelen maakte. De European Copyright Society had zich in die zaak gemengd met het argument dat een hyperlink is te vergelijken met een voetnoot. Het HvJ EU ging daarin niet mee omdat het de 'informatieve' hyperlink naar een site waarop rechtmatig informatie openbaar was gemaakt niet beschouwde als een 'mededeling aan het publiek': wie op een site publiceert, moet begrijpen dat het internet (eigenlijk het World Wide Web) meebrengt dat er naar die site gelinkt wordt; dat is dus geen mededeling aan een *nieuw* publiek. Het Hof heeft bovendien het niet-commercieel en te goeder trouw linken naar een site waarop werken staan die daar zonder toestemming van de auteur waren geplaatst daarmee gelijkgesteld.¹⁹ In de *Spiegel Online*-zaak gaat het echter niet om een 'informatieve' hyperlink, maar om een link die de elders gepubliceerde tekst als een citaat integreert in de eigen tekst op een eigen site. Nu neemt het Hof het argument uit de *Svensson*-zaak dat een hyperlink gelijkgesteld moet worden met een voetnoot wel over en ziet het die als een geoorloofd citaat. Pas als je de site waar je naar verwijst incorporeert in je eigen webpublicatie zonder dat dit als een citaat kan worden aangemerkt (bijvoorbeeld het kopiëren van een foto) is er inbreuk.²⁰

We hebben juridisch dus drie soorten hyperlinks: (1) de wat ik noem de 'informatieve' die opgaat in de oorspronkelijke mededeling aan het publiek, ook als het gaat om niet geautoriseerde informatie elders waar de niet-commerciële gebruiker te goeder trouw naar verwijst (dus zonder exploitatie oogmerk); (2) de (kritische of commentariërende) verwijzing die conceptueel (maar feitelijk niet) onderdeel vormt van de eigen beschouwing en als elektronische voetnoot geoorloofd citeren is; en (3) de verwijzing die wordt geïncorporeerd in de eigen site, maar niet bedoeld is als een citaat, die inbreuk makend gebruik vormt.

Citeren uit een onrechtmatige bron

Hier moeten we naar mijn mening een verschil maken tussen geheime (maar op mogelijk onrechtmatige wijze)²¹ naar buiten gekomen informatie en de informatie die in een vorm naar buiten komt die niet de toestemming heeft van de auteur (niet rechtmatig gereed is gemaakt voor publicatie).²² In het eerste geval gaat het dus om 'lekken' en 'klokken lui-

18 HvJ EU 13 februari 2014, C-466/12, NJ 2018/111 (*Svensson*).

19 HvJ EU 8 september 2016, C-160/15, NJ 2018/112 (*GS Media*).

20 HvJ EU 7 augustus 2018, C-161/17 (*Renckhoff/Land Nordrhein-Westfalen*).

21 Zie *De Europese Informatierechtsorde*, hoofdstuk V.1 en 2.

22 Mijs inziens maken Kulk & Teunissen in *AMI* 2019, afl. 5, p. 160 ten onrechte dit onderscheid niet. Dan zou het auteursrecht dus altijd de werking van het lekken door een bron kunnen frustreren.

den' en al of niet rechtmatige nieuwsgaring, in het tweede geval over een auteursrechtelijk geschil over de (morele) rechten van de auteur. Dit is het verschil tussen *Funke Medien* en *Spiegel Online*. Dat citeren uit een – op andere gronden dan auteursrechtelijk – onrechtmatig openbaar gemaakte bron moet kunnen, volgt mijns inziens nadrukkelijk uit de koppeling die het HvJ EU heeft gemaakt tussen het citaatrecht en reportagerecht en de vrijheid van het openbare debat die het EHRM heeft ontwikkeld. Waar het om gaat is dat het auteursrecht niet kan worden ingezet als middel tot geheimhouding in sociale of politieke machtsverhoudingen. Je kunt hier een analogie maken met de Wet openbaarheid van bestuur, waar in de toepassing door de rechter is duidelijk gemaakt dat het bestaan van een auteursrecht de toepassing van de openbaarheidsverplichting niet kan frustreren.²³ Dit kan ook een rol spelen bij de vraag of terecht een beroep wordt gedaan op de schending van een moreel recht. Zo werd in de aan het begin van dit artikel geciteerde *Scientology*-zaak door de Scientology-organisatie aangevoerd dat delen van de geciteerde bronnen nooit eerder waren openbaar gemaakt (een beroep dus op het 'droit de publication'). Het zal van de omstandigheden afhangen (die enerzijds met privacy en anderzijds met het gewicht van het openbare belang dat bij publicatie is gediend zijn verweven²⁴) hoe dat beoordeeld moet worden. Ik lees dit ook in de instructie in *Spiegel Online* waar het Hof aan de Duitse rechter de instructie geeft dat deze 'naar billijkheid' en gelet op het doel en het openbare belang van de publicatie de geoorloofdheid van het citaat moet beoordelen. Ik denk dat wat der Spiegel deed, was aan de kaak stellen dat de politicus bezig was zijn verleden 'wit te wassen' en daarom beide documenten moest publiceren. Het Haagse hof oordeelde naar aanleiding van het verweer van Scientology dat de heilige bronnen van de organisatie alleen maar voor een kleine elite binnen de organisatie toegankelijk waren om met deze informatievoorsprong macht over de leden te kunnen uitoefenen. Dat is inderdaad met priesters doorgaans het geval.

Ik zie geen reden om in dit verband een onderscheid te maken tussen een reportagerecht en een citeervrijheid, omdat het Hof in *Funke* de uitleg van deze excepties duidelijk op een lijn plaatst.

Vrije informatie: het 'werk' en het kunstcitaat

Voorafgaand aan de vraag of er vrijheid van citaat is, komt de vraag of de informatie waar het om gaat wel vatbaar is voor auteursrecht. Het HvJ EU geeft in de *Funke Medien* en de *Pelham*-beslissingen aan dat die vraag in het kader van de informatie vrijheid altijd gesteld moet worden. In de eerste zaak ging het om functionele informatie waarbij een publiek

belang aanwezig was om daar kennis van te nemen. In de *Pelham*-zaak roept het Hof de kunstenvrijheid in om het *sound sampling right* buiten het muziekreproductierecht te plaatsen. Ik vertaal dat zo dat de 'freedom of constraint' die artikel 13 van het Handvest voor kunstenaars en wetenschappers vastlegt, inhoudt dat zij kleine stukjes informatie die deel uitmaken van door intellectuele eigendomsrechten beschermde informatie vrij kunnen gebruiken, mits ze maar niet aanhaken aan de intellectuele eigendom van anderen.

4. Conclusie: het HvJ EU als constitutionele rechter

Het HvJ EU heeft in de *Scarlet/Sabam*-zaak beslist dat de uitoefening van het auteursrecht (het verbodsrecht) moet worden afgewogen tegen het privacyrecht (in de artikelen 7 en 8 van het Handvest opgesplitst in een klassiek privacyrecht en een dataproctierecht) en de vrijheid van onderneming (artikel 16 van het Handvest).²⁵ Daar ging het om de uitleg van de Handhavingsrichtlijn in combinatie met de privacyrichtlijnen en de genoemde artikelen van het Handvest. In de onderhavige zaken (en eerdere beslissingen) geeft het Hof op het niveau van de Auteursrecht richtlijn 2001/29 in combinatie met in het bijzonder artikel 11 van het Handvest (dat het op grond van de vensterbepaling van artikel 52 lid 3 op dezelfde manier uitlegt als het EHRM artikel 10 EVRM) en artikel 13 (dat een Handvestrecht is dat het zelf uitlegt) een 'evenwichtige' uitleg aan auteursrechtelijke begrippen als 'werk', 'reproductie', 'mededeling aan het publiek' en 'citeren'. Het respecteert uit een oogpunt van rechtszekerheid en harmonisatie het gesloten stelsel van uitzonderingen van die richtlijn, maar geeft daarbinnen op grond van de informatie vrijheid (het openbare debat zoals door het EHRM gedefinieerd) grote manoeuvreerruimte aan de nationale rechter om aan de geregelde uitzonderingen een ruime uitleg te geven. Dit 'evenwichtsysteem' is hoe langer hoe meer een algemeen systeem dat het Hof op grond van het evenredigheidsbeginsel bij de uitleg van het secundaire Unierecht hanteert.

In het data- en privacyrecht ging het dezelfde kant op. In een recente uitspraak over de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) wordt nadrukkelijker dan voorheen het evenredigheidsbeginsel dat in de hier besproken zaken wordt genoemd bij de uitleg van het begrip 'journalistieke exceptie' als beperkingsgrond voor het dataproctierecht betrokken.²⁶ Eerder heeft het Hof als constitutionele rechter het secundaire recht rechtstreeks aan het Handvest getoetst. Zo heeft het in de zaak *Digital Rights de Datarentierichtlijn* (hoe lang mogen persoonsgegevens over bellen en internetten worden bewaard), die het in strijd achtte met artikel 8 van het Handvest (waaraan het een met het EHRM op grond van artikel 8 EVRM vergelijkbare uitleg gaf) nietig verklaard.²⁷

23 ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3527; vgl. Spoor/Verkade/Visser 2019, nr. 3.56.

24 Het is mijn stelling dat de kwestie van de Endstra tapes ten onrechte als een auteursrechtelijk geschil is gekwalificeerd, omdat het een privacy-geschil was, zie *De Europese Informatierechtsorde*, hoofdstuk IV.4.

25 HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, NJ 2012/479 (*Scarlet/Sabam*); zie daarover *De Europese Informatierechtsorde*, hoofdstuk VIII.7.

26 De zaken HvJ EU 14 februari 2019, C-345/17 (*Letland/Buivids*) en HvJ EU 24 september 2019, C-136/17 (*Google/Frankrijk*).

27 HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland*); *De Europese Informatierechtsorde*, hoofdstuk VII. 3.

Dat was dus een rechtstreekse toetsing van een richtlijn aan het Handvest met tot gevolg dat deze richtlijn onverbindend werd verklaard. Het Hof functioneert hier in het kader van een prejudiciële procedure als een echte constitutionele rechter met, zoals wij dat noemen, 'toetsingsrecht'. Dit is een principieel verschil met het EHRM dat de *toepassing* van een (nationale) wettelijke regel aan het EVRM toetst, maar buiten de geldigheid van nationale wettelijke regeling blijft (overigens hebben zijn beslissingen dikwijls wel tot gevolg dat die moet worden aangepast).²⁸

Afgewacht moet worden of het Hof zo ver zal willen gaan om bepalingen in richtlijnen en verordeningen waarin het

evenredigheidsbeginsel nadrukkelijk wordt genoemd en bij de opstelling van die bepalingen door de Uniewetgever is betrokken, toch rechtstreeks aan het Handvest te toetsen en eventueel onverbindend te verklaren. Waarschijnlijk zal een Handvest-conforme-uitlegstrategie het eerste middel zijn. Maar het Hof zal toch moeten nagaan of het beroep dat in de considerans van deze wetgeving op het evenredigheidsbeginsel wordt gedaan, ook werkelijk in de bepalingen en afwegingen van de wetgever gestalte heeft gekregen. Directe toetsing aan het Handvest van secundair recht dat manifest in strijd komt met dat Handvest is dus niet uitgesloten, ook niet in het auteursrecht.

28 EHRM 10 januari 2013, AMI 2014, afl. 2, nr. 4 (*Ashby Donald*), *De Europese Informatierechtsorde* 2019, Hoofdstuk VIII.7.