

## HvJ EU Funke Medien en Spiegel Online: geen pyrrusoverwinning voor de informatievrijheid

1. Op 29 juli jl. heeft het HvJ EU twee belangrijke auteursrecht arresten gewezen.<sup>1</sup> In die arresten is veel beslist. In deze bijdrage sta ik alleen stil bij het oordeel van het Hof dat het auteursrechtelijke systeem van beperkingen een gesloten systeem is. Maar: hoe gesloten is gesloten?

2. Laat ik beginnen met te zeggen dat ik het oordeel van het Hof betreur. Mijn voorkeur gaat uit naar een open systeem van beperkingen en dat betekent dat ik mij veel meer voel aangesproken door de benadering die de Hoge Raad in zijn *Dior/Evora*-arrest heeft gevolgd.<sup>2</sup> Het Hof wil van zo'n fair-use-achtig-systeem niets weten omdat (i) een juist evenwicht tussen het auteursrecht en andere grondrechten al in de Auteursrechtlijn (Arl) zelf is gelegen, en (ii) het toelaten van beperkingen die niet onder de in art. 5 Arl uitputtend opgesomde beperkingen vallen, de effectiviteit van de door de Arl tot stand gebrachte harmonisatie van het auteursrecht in gevaar brengt.

3. Heel overtuigend vind ik die onderbouwing niet. Het Hof veronderstelt min of meer dat de wetgever over een glazen bol beschikt, waarin op een mooie zomernamiddag alle mogelijke conflictsituaties zijn verschenen, die hij vervolgens in art. 5 Arl heeft vastgelegd. Het is zeker zo dat de wetgever een mooi systeem van beperkingen in het leven heeft geroepen, maar alle mogelijk denkbare conflictsituaties kan hij van te voren niet in kaart hebben gebracht. In zijn *Dior/Evora*-arrest schetst de Hoge Raad een in mijn ogen veel realistischer beeld, namelijk dat de wetgever niet over een glazen bol beschikt en dus niet alle mogelijke conflictsituaties (van te voren) kan hebben onderkend. Ook het argument (zie hierboven onder (ii)) dat door het toelaten van externe beperkingen de effectiviteit van de door de Arl tot stand gebrachte harmonisatie van het auteursrecht in gevaar is, kan mij niet overtuigen vanwege de simpele reden dat vrijwel alle in art. 5 Arl genoemde beperkingen facultatief zijn. Dat betekent – zoals de Hoge Raad in zijn *Simba/Hasbro*-arrest terecht heeft beslist – dat er dus sowieso verschillen bestaan tussen het recht van de afzonderlijke lidstaten.<sup>3</sup>

4. Hoe dat verder ook zij, de realiteit is dat wij uit moeten gaan van een gesloten systeem van beperkingen. Dat betekent dat er geen ruimte is om andere beperkingen toe te passen dan die in de Arl uitdrukkelijk zijn vastgesteld, zodat de in art. 11 Handvest neergelegde informatie- en persvrijheid geen rechtvaardiging kunnen bieden voor niet onder art. 5 Arl bedoelde beperkingen van het auteursrecht. Mij spreekt aan (en dat oordeel van het Hof ligt ook erg voor de hand), dat de rechter in zijn zoektocht naar een rechtvaardig evenwicht de vrijheid van meningsuiting met name zwaar moet laten wegen in die gevallen waarin het een politieke gedachtewisseling of een debat van algemeen belang betreft.

---

<sup>1</sup> HvJ EU 29 juli 2019, C-469/17 (*Funke Medien*) en HvJ EU 29 juli 2019, C-516/17 (*Spiegel Online*).

<sup>2</sup> HR 20 oktober 1995, NJ 1996/682 m.nt. Spoor (*Dior/Evora*).

<sup>3</sup> HR 17 april 2015, NJ 2015/291 m.nt. Verkade; IER 2015/56 m.nt. Geerts (*Simba/Hasbro*).

5. Dat zal de Nederlandse rechter (in de Auteurswet zijn alle beperkingen genoemd in art. 5 Arl geïmplementeerd) in het overgrote deel van de aan hem voorgelegde gevallen in staat stellen het juiste evenwicht te vinden. Maar hele bijzondere gevallen zijn denkbaar waarin zelfs met een ruime uitleg en toepassing van de beperkingen mogelijk geen bevredigende uitkomst verkregen kan worden/geen juist evenwicht kan worden bereikt. Een voorbeeld ter illustratie.

6. Stel dat een klokkenluider aan de Volkskrant een aantal e-mails van voormalig minister Ivo Opstelten aan het OM ter beschikking stelt, waaruit overduidelijk blijkt dat hij, naar aanleiding van de minder Marokkanen-kwestie, als minister van V&J destijds sterk heeft aangedrongen op vervolging van Geert Wilders. Stel vervolgens dat de e-mails werken zijn in de zin van de Auteurswet, de Volkskrant deze nog niet eerder rechtmatig openbaar gemaakte werken letterlijk wil publiceren, de auteursrechthebbende daarachter komt en bij de kortgedingrechter een verbod op publicatie vordert.

7. Het feit dat de werken nog niet eerder rechtmatig openbaar zijn gemaakt lijkt een succesvol beroep door de Volkskrant op art. 15a Aw in de weg te staan.<sup>4</sup> Ik schrijf lijkt omdat Spoor/Verkade/Visser verdedigen dat onder omstandigheden een afweging van het auteursrecht tegen de informatievrijheid het citeren uit niet eerder rechtmatig openbaar gemaakt werk toelaatbaar kan maken.<sup>5</sup> Inmiddels zijn de arresten van 29 juli jl. geweest en vraag ik mij af of die ruimte er (nog steeds) is. Hoewel het standpunt van genoemde schrijvers mij aanspreekt en het Hof in de onlangs gewezen arresten heeft beslist dat de rechter in zijn zoektocht naar een rechtvaardig evenwicht de vrijheid van meningsuiting met name zwaar moet laten wegen in die gevallen waarin het een politieke gedachteswisseling of een debat van algemeen belang betreft, lijkt r.o. 86 uit het *Spiegel Online*-arrest hier toch roet in het eten te gooien. Daarin overweegt het Hof expliciet dat de citaatexceptie *uitsluitend* van toepassing is wanneer het betrokken citaat betrekking heeft op een werk dat reeds op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld.

8. In het hierboven in nr. 6 door mij geschetste voorbeeld kan dus geen beroep gedaan worden op de citaatexceptie en is er dus sprake van auteursrechtinbreuk.<sup>6</sup> Maar betekent dat dan ook dat de Volkskrant de e-mails van Opstelten niet mag publiceren? Ik meen dat de soep zo heet niet gegeten hoeft te worden. Wij zijn hier bij het punt aangekomen waar Marijn Kingma onlangs aandacht voor heeft gevraagd. De invloed van grondrechten op *de handhaving* van het auteursrecht.<sup>7</sup> Met andere woorden: kan de voorzieningenrechter – hoewel sprake is van auteursrechtinbreuk – het verbod op publicatie van de e-mails weigeren omdat toewijzing daarvan een onrechtvaardige beperking op de informatievrijheid oplevert?

---

<sup>4</sup> Dat het de bedoeling is om de gehele e-mail wisseling te publiceren staat – zo leert ook het *Spiegel Online*-arrest – een succesvol beroep op art. 15a Aw in beginsel niet in de weg.

<sup>5</sup> Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht (2019), p. 289.

<sup>6</sup> Ik ga er voor het gedachte-experiment gemakshalve vanuit dat een succesvol beroep op andere beperkingen (bijv. art. 16a Aw) evenmin mogelijk is.

<sup>7</sup> Marijn Kingma, HvJEU in *Spiegel Online* en *Funke Medien*: een pyrrusoverwinning voor de informatievrijheid?, *IEF* 18625.

9. Het voorbeeld bij uitstek in dezen is het arrest van het Hof Den Haag in de *Church of Scientology/Spaink*-zaak. In die zaak ging het (ik citeer Kingma):

“om de online publicatie van vertrouwelijke documenten over de Scientology-leer en organisatie door een voormalig lid. Er was volgens het Hof Den Haag geen beroep op de citaatexceptie mogelijk omdat de werken niet eerder rechtmatig openbaar waren gemaakt. Het Hof Den Haag wees het door Scientology gevorderde inbreukverbod echter alsnog af na een belangenafweging tussen de auteursrechten van Scientology en de informatievrijheid die gemoeid is bij het aan de kaak stellen van de leer en organisatie van Scientology, dat volgens het Hof Den Haag “de verwerping van democratische waarden niet [schuwt]”. De informatievrijheid moest volgens het Hof Den Haag in die omstandigheden prevaleren.

Als de soep inderdaad zo heet gegeten wordt als het Hof van Justitie nu voorstelt in Spiegel Online en Funke Medien, moet worden geconcludeerd dat het Hof Den Haag deze afweging in de Scientology zaak niet had mogen maken, omdat er op het online publiceren van de documenten geen exceptie van toepassing was. Dat lijkt mij niet wenselijk”.

10. Met Kingma ben ik van mening dat het inderdaad wenselijk is dat nationale rechters bij de handhaving van auteursrechten over deze vrijheid om belangen af te wegen kunnen beschikken, maar zij twijfelt sterk of dat na de arresten van 29 juli jl. nog steeds het geval is.

11. Ik ben wat optimistischer gestemd. De arresten van 29 juli jl. zien immers uitsluitend en alleen op het geharmoniseerde systeem van auteursrechtbeperkingen en niet (ook) op nationale procesrechtregels. Op die nationale procesrechtregels ziet de Arl niet en die regels zijn dus ook niet door de Arl geharmoniseerd. Nationale procesrechtregels zijn wel (deels) door de Handhavingsrichtlijn (Hrl) geharmoniseerd. Daar heeft Peter Teunissen in zijn fraaie *IER*-artikel onlangs op gewezen. Zijn conclusie is dat de Hrl de rechter de nodige discretionaire ruimte biedt waardoor hij een verbod kan weigeren wanneer de toewijzing daarvan een ongerechtvaardigde beperking op een grondrecht tot gevolg heeft.<sup>8</sup>

12. Die door de Hrl geboden ruimte heeft de Hoge Raad benut. In kort geding bestaat die mogelijkheid tot het afwegen van (grondrechtelijke) belangen al decennia lang.<sup>9</sup> Uit het recentere *GS Media/Sanoma*-arrest van de Hoge Raad blijkt dat een grondrechtenafweging ook in een bodemprocedure mogelijk is. De Hoge Raad oordeelt in (r.o. 5.2.5 van) dat arrest:

“dat de rechter, indien een daarop gericht verweer wordt gevoerd, dient te onderzoeken of in het concrete geval de handhaving van een intellectueel eigendomsrecht afstuit op een ander grondrecht. Weliswaar dient reeds bij de totstandbrenging van regelgeving betreffende intellectuele eigendom een juist evenwicht tussen de diverse grondrechten te worden verzekerd, maar dat laat onverlet dat ook de rechter in een hem voorgelegd geschil, indien de stellingen van de aangesproken partij daartoe aanleiding geven, dient te onderzoeken of in de omstandigheden van het geval bij toewijzing van de gevraagde

---

<sup>8</sup> P. Teunissen, Van interpretatie tot harmonisatie: grondrechtenafweging in het auteursrecht, *IER* 2018/40, p. 384-386.

<sup>9</sup> HR 15 december 1995, *NJ* 1996/509 m.nt. Verkade (*Procter & Gamble/Kimberly Clark*).

maatregel, gelet op het beginsel van proportionaliteit, niet te zeer afbreuk wordt gedaan aan het grondrecht waarop de aangesproken partij zich beroept (...).<sup>10</sup>

13. En hoe verhoudt deze regel van nationaal (proces)recht zich dan tot de door het HvJ EU ontwikkelde *Rewe/Comet*-doctrine?<sup>11</sup> Die doctrine komt er in het kort op neer dat regels van nationaal procesrecht zijn toegestaan voor zover (1) die regels voor vorderingen gebaseerd op het Unierecht maar niet ongunstiger zijn dan voor nationaalrechtelijke vorderingen (het gelijkwaardigheidsbeginsel), en (2) die regels de uitoefening van door het Unierecht verleende rechten maar niet (nagenoeg) onmogelijk maken (het doeltreffendheidsbeginsel).<sup>12</sup>

14. Is de door de Hoge Raad geformuleerde regel die het voor de kortgeding- en bodemrechter mogelijk maakt om in auteursrechtzaken bij het opleggen van voorzieningen een belangenafweging te maken, in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel? Ik meen dat die vraag ontkennend beantwoord moet worden. Hoewel de jurisprudentie van het Hof op dit punt lastig te overzien is, kan daaruit in ieder geval niet zonder meer afgeleid worden dat de hier besproken ‘belangenafweging-regel’ van de Hoge Raad daarmee in strijd is. Sterker nog, wanneer ik die regel afzet tegen de vuistregels van Ambtenbrink en Vedder, dan kom ik tot de conclusie dat die procesregel zonder meer toelaatbaar is. Ik citeer:

“Uit de noodzakelijkerwijs casuïstische rechtspraak van het Hof over het procedureel loyaliteitsbeginsel kunnen de volgende vuistregels worden afgeleid.

- Het beginsel van effectieve rechtsbescherming brengt met zich mee dat nationale rechters in ieder geval de mogelijkheid moeten hebben om de aan het Unierecht ontleende rechten van particulieren effectief te beschermen.
- Specifieke regels van nationaal procesrecht mogen de uitoefening van een aan het Unierecht ontleend recht niet nagenoeg onmogelijk (doeltreffendheidsbeginsel) of moeilijker dan de uitoefening van een nationaal recht (gelijkwaardigheidsbeginsel) maken
- In ieder geval zijn redelijke regels van nationaal procesrecht niet in strijd met het procedureel loyaliteitsbeginsel. Dit wordt wel – in een parallel met de rechtspraak van het Hof van Justitie op grond van artikel 34 VWEU – de *rule of reason* genoemd.<sup>13</sup>

15. Kortom: de conclusie dat de overwinning van de pers in Spiegel Online en Funke Medien voor de hele bijzondere gevallen (waarin met de toepassing van de beperkingen alleen geen bevredigende oplossing kan worden gevonden) mogelijk een pyrrusoverwinning zou zijn, onderschrijf ik niet. De door de Hoge Raad geformuleerde regel dat de Nederlandse kortgeding- en bodemrechter bij het opleggen van maatregelen een (grondrechtelijke) afweging van belangen mag maken, wordt door die arresten niet aan de kant geschoven. Die regel stelt de nationale (feiten)rechters in staat om (ondanks het gesloten stelsel van auteursrechtbeperkingen) in bijzondere gevallen het juiste evenwicht te vinden tussen het auteursrecht enerzijds en andere grondrechten anderzijds. Een regel die bovendien in

---

<sup>10</sup> HR 3 april 2015, NJ 2015/183 (*GS Media/Sanoma*).

<sup>11</sup> HvJ EG 16 december 1976, Zaak 33-76 (*Rewe/Comet*) en HvJ EG 16 december 1976, Zaak 45/76 (*Comet*).

<sup>12</sup> F. Amtenbrink en H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie* (2013), p. 169.

<sup>13</sup> F. Amtenbrink en H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie* (2013), p. 174.

belangrijke mate kan bijdragen aan de samenhang tussen het Handvest en het EVRM, dat door art. 52 lid 3 Handvest wordt voorgeschreven (zie ook het *Funke Medien*-arrest r.o. 73).

Paul Geerts (bijzonder hoogleraar intellectueel eigendomsrecht RUG / senior counsel bureau Brandeis)