

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/207663>

Please be advised that this information was generated on 2021-05-16 and may be subject to change.

Naar een nieuw fundament – hoe het Handvest het auteursrecht hervormt (deel I)

Stefan Kulk en Peter Teunissen

Mr. dr. S. Kulk is universitair docent aan de Universiteit Utrecht, mr. P. Teunissen is promovendus aan de Radboud Universiteit.

Het gesloten stelsel van excepties van de Auteursrechtlijn (Arl) is met enige regelmaat onderwerp van discussie geweest in het nationale¹ en Europese² discours. De belangrijkste kritiek is dat dit stelsel een onvolledige harmonisatie tot stand heeft gebracht en daarnaast onvoldoende flexibel is om het hoofd te kunnen bieden aan maatschappelijke en technologische ontwikkelingen. Grondrechten, en met name de vrijheid van meningsuiting, zouden een oplossing kunnen vormen voor dit probleem. In een tweetal artikelen zal worden ingegaan op deze materie. Dit eerste deel besteedt aandacht aan de gebreken van het stelsel van excepties in de Auteursrechtlijn en de oplossingen die grondrechten daarvoor zouden kunnen bieden. Het tweede deel, dat zal verschijnen in de volgende aflevering van *AMI*, gaat in op de recente arresten *Funke Medien*, *Pelham* en *Spiegel Online* van het Hof van Justitie.³ In deze uitspraken behandelt het Hof fundamentele vragen over de verhouding tussen de vrijheid van meningsuiting en het auteursrecht.

I. Het gesloten stelsel van excepties

Het geharmoniseerde auteursrecht kenmerkt zich door ruim geformuleerde, flexibele exclusieve rechten. Deze rechten zijn begrensd door middel van een limitatieve lijst van (eveneens ruim omschreven) optionele excepties.⁴ Deze lijst is opgenomen in art. 5 Arl. Implementatie van de excepties is, enkele uitzonderingen daargelaten, niet verplicht.⁵ Enerzijds

volgt uit het facultatieve karakter van de excepties dat lidstaten vrij zijn ten aanzien van het invoeren daarvan. Anderzijds zijn lidstaten gebonden aan de uitleg die het Hof van Justitie geeft aan die excepties als zij kiezen voor implementatie van een bepaalde exceptie.⁶ De gesloten lijst is in die zin een compromis tussen het belang van harmonisatie en het respecteren van verschillende auteursrechtelijke rechts-tradities.⁷ Het stelsel van excepties in de Richtlijn is bekriti-

1 Zie Ch.A. Alberdingk Thijm, 'Fair use: het auteursrechtelijk evenwicht hersteld', *AMI* 1998, afl. 9, p. 145-154; H. Cohen Jehoram, 'Fair use: een nationaal bijgeloof', *IER* 2012/25, afl. 3, p. 25-32.

2 Zie L.M.C.R. Guibault, 'Limitations found outside of copyright law', in: L. Baulch, M. Green & M. Wyburn (red.), *The Boundaries of Copyright: Its Proper Limitations and Exceptions*, Sydney: Australian Copyright Council 1999, p. 42-54; T. Dreier, 'Limitations: The Centerpiece of Copyright in Distress – An Introduction', *JIPITEC* 2010, afl. 2, p. 50-54; L.M.C.R. Guibault, 'Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation: The Case of the Limitations on Copyright', *JIPITEC* 2010, afl. 2, p. 55-66; J. Griffiths, 'Unsticking the Centre-Piece – The Liberation of European Copyright Law?', *JIPITEC* 2010, afl. 2, p. 87-95; P.B. Hugenholtz & M.R.F. Senftleben, *Fair use in Europe. In search of flexibilities*, Amsterdam: IViR & VU 2011.

3 HvJ 29 juli 2019, C-469/19, ECLI:EU:C:2018:623 (*Funke Medien*); HvJ 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*); HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*).

4 31^e considerans preambule Arl.

5 Art. 5 lid 1 Arl bevat een exceptie die lidstaten moeten implementeren voor tijdelijke vereenvoudigingen. Die exceptie is geïmplementeerd in art. 13 Aw. Zie daarover: C.B. van der Net, 'Artikel 13a Aw (technische en functionele kopieën)', *AMI* 2005, afl. 5, p. 168. Met de inwerkingtreding van de Richtlijn (EU) 2019/790 (Richtlijn inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt, 'DSM-richtlijn'), zijn nieuwe verplichte excepties geïntroduceerd voor *text and data mining*, voor gebruik van onderwijs in de digitale omgeving en voor cultureel erfgoed (art. 3-6 DSM-richtlijn).

6 HvJ 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254, NJ 2016/185, m.nt. P.B. Hugenholtz, *AMI* 2015, afl. 1, nr. 1, m.nt. D.M. Linders en Ch.A. Alberdingk Thijm, *IER* 2015/4, m.nt. A. Ringnalda (*ACI Adam*), r.o. 34.

7 Concl. A-G V. Trstenjak, ECLI:EU:C:2010:264, bij HvJ 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:620 (*Padawan*), r.o. 41.

seerd omdat het harmoniserend effect ervan beperkt zou zijn.⁸ Uit de praktijk blijkt dat de excepties van art. 5 Arl inderdaad op zeer uiteenlopende wijzen door lidstaten zijn geïmplementeerd.⁹ Dat is overigens geen omissie, maar een bewuste keuze. Het Hof van Justitie overwoog in dat verband in *Padawan* dat de Uniewetgever ten aanzien van de implementatie van de excepties van art. 5 Arl een bepaalde beoordelingsmarge heeft willen laten aan lidstaten.¹⁰ Dat laat onverlet dat een volledige harmonisatie de voorkeur verdient – een standpunt dat overigens ook door de Commissie wordt gedeeld.¹¹

Het hierboven geschetste probleem wordt deels ondervangen doordat het Hof van Justitie in het afgelopen decennium de harmonisatie van het auteursrecht heeft bevorderd.¹² In die ontwikkeling is voor het Handvest een belangrijke rol weggelegd, omdat de daarin vervatte grondrechten invulling geven aan de voorwaarden waaronder excepties worden toegepast.¹³

Een ander belangrijk punt van kritiek richt zich op het gebrek aan flexibiliteit van de excepties uit de Richtlijn. Wanneer technologische ontwikkelingen nieuwe vormen van gebruik mogelijk maken, en het onwenselijk is dat die door rechthebbenden verboden kunnen worden, kan alleen de Uniewetgever een nieuwe exceptie introduceren als daarvoor

een maatschappelijke behoefte bestaat. Het wetgevingsproces verloopt op EU-niveau echter stroperig en dit proces wordt verder bemoeilijkt door de sterke lobby die door verschillende belangengroepen wordt gevoerd.¹⁴ Bovendien lijken enkele uitgangspunten van de Richtlijn in de weg te staan aan een flexibel auteursrecht. Zo heeft het Hof van Justitie meermaals onderstreept dat de bestaande excepties restrictief dienen te worden uitgelegd.¹⁵ Een ander struikelblok vormt art. 5 lid 5 Arl, dat verwijst naar de 'driestappentoets' die afkomstig is uit art. 9 lid 2 Berner Conventie.¹⁶ Deze toets vereist dat excepties slechts in bepaalde bijzondere gevallen mogen worden toegepast, mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad. Door enkele auteurs is voorgesteld om een 'flexibele' uitleg te geven aan de driestappentoets, die een ruime uitleg van excepties mogelijk maakt en daarnaast aanvaarding van nieuwe excepties kan faciliteren.¹⁷ Beide interpretaties lijken op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie evenwel weinig kansrijk.¹⁸

Tegen dit kritiekpunt kan worden ingebracht dat het geharmoniseerde auteursrecht niet zo onbuigzaam is als het doet vermoeden. Zo zijn de excepties uit art. 5 Arl ruim en open geformuleerd, waardoor zij naar hun aard ruimte laten voor een flexibele uitleg.¹⁹ Uit empirisch onderzoek blijkt zelfs dat

8 L.M.C.R. Guibault, 'Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation: The Case of the Limitations on Copyright', *JIPITEC* 2010, afl. 2, p. 58. Deze ontwikkeling was door enkele auteurs voorzien: C.A. Alberdingk Thijm, 'Fair use: het auteursrechtelijk evenwicht hersteld', *AMI* 1998, afl. 9, p. 148; P.B. Hugenholtz, 'Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid', *EIPR* 2000, afl. 11, p. 501-502.

9 Zie <https://copyrightexceptions.eu>.

10 HvJ 21 oktober 2010, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620, *AMI* 2012, afl. 6, nr. 20, m.nt. J.H. Spoor, *IER* 2011/26, m.nt. K.J. Koelman, *NJ* 2011/509, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Padawan*), r.o. 35.

11 Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, *Naar een modern, meer Europees kader voor auteursrechten*, COM(2015) 626, p. 14-15. Zie ook A. Dietz, 'The Protection of Intellectual Property in the Information Age' – the Draft E.U. Copyright Directive of November 1997', *IPQ* 1998, afl. 4, p. 335-349; T. Cook & E. Derclay, 'An EU Copyright Code: What and How, If Ever?', *IPQ* 2011, afl. 3, p. 259-269; Wittem Groep, *European Copyright Code*, Amsterdam: deLex 2010.

12 Zie E. Rosati, *Copyright and the Court of Justice of the European Union*, Oxford: OUP 2019; E. Rosati, *Judge-made EU copyright harmonisation: the case of originality*, Florence: European University Institute 2012; V. Cassiers & A. Strowel, 'Intellectual Property Law Made by the Court of Justice of the European Union', in: C. Geiger (red.), *Intellectual Property and the Judiciary*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 175-206.

13 Zie J. Griffiths, 'Constitutionalising or Harmonising? The Court of Justice, the Right to Property and European Copyright Law', *ELR* 2013, afl. 1, p. 65-72; P. Teunissen, 'Van interpretatie tot harmonisatie: grondrechtenafwegingen in het auteursrecht', *IER* 2018/40, afl. 5, p. 394-395.

14 Zie P.B. Hugenholtz, 'Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid', *EIPR* 2000, afl. 11, p. 501. M.M.M. van Eechoud e.a., *Harmonizing European Copyright Law – The Challenges of Better Lawmaking*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 298; A. Vetulani-Cegiel, 'EU Copyright Law, Lobbying and Transparency of Policy-Making: The Cases of Sound Recordings Term Extension and Orphan Works Provisions', *JIPITEC* 2015, afl. 2, p. 146-162.

15 HvJ 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, *AMI* 2009/20, m.nt. K.J. Koelman, *IER* 2009/78, m.nt. F.W. Grosheide, *NJ* 2011/288, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Infopaq*), r.o. 56 en 58; HvJ 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, *AMI* 2012, afl. 2, nr. 6, m.nt. M.M.M. van Eechoud, *IER* 2012/16, m.nt. P.G.F.A. Geerts, *Mediaforum* 2012-3, nr. 8, m.nt. V. Rörsch, *NJ* 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer en P.B. Hugenholtz (*Painer*), r.o. 133; HvJ 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254, *NJ* 2016/185, m.nt. P.B. Hugenholtz, *AMI* 2015, afl. 1, nr. 1, m.nt. D.M. Linders en Ch.A. Alberdingk Thijm, *IER* 2015/4, m.nt. A. Ringnalda (*ACI Adam*), r.o. 22. 16 Zie ook art. 13 TRIPS; art. 10 WCT; art. 16 WPPT; art. 6 lid 3 Software-richtlijn; art. 6 lid 3 Databankenrichtlijn.

17 D.J. Gervais, 'Towards a new core international copyright norm: the reverse three-step test', *Marquette Intellectual Property Law Review* 2005, afl. 1, p. 1-37; K.J. Koelman, 'Fixing the Three Step Test', *EIPR* 2006, p. 407-410. Ch. Geiger, J. Griffiths & R.M. Hilty, 'Towards a Balanced Interpretation of the "Three-Step Test" for Copyright Exceptions', *EIPR* 2008, afl. 12, p. 489-496; A. Lucas, 'For a Reasonable Interpretation of the Three-Step Test', *EIPR* 2010, p. 277-282; Ch. Geiger, D.J. Gervais & M.R.F. Senftleben, 'The Three-Step Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law', *American University International Law Review* 2014, afl. 3, p. 581-626. P.R. Goold, 'The Interpretive Argument for a Balanced Three-Step Test', *American University International Law Review* 2017, afl. 1, p. 187-230.

18 Zie HvJ 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254, *NJ* 2016/185, m.nt. P.B. Hugenholtz, *AMI* 2015, afl. 1, nr. 1, m.nt. D.M. Linders en C.A. Alberdingk Thijm, *IER* 2015/4, m.nt. A. Ringnalda (*ACI Adam*), r.o. 25-27. Zie ook: A. Lucas & J.C. Ginsburg, 'Droit d'auteur, liberté expression et libre accès à l'information (étude comparée de droit américain et européen)', *RIDA* 2016, afl. 249, p. 20. Zie voor een kritische beschouwing: M.R. de Zwaan, 'Ruimte in het citaatrecht in Europa? Zoekmachine vindt niets bij "search of flexibilities"', *AMI* 2012, afl. 4, p. 141-148.

19 P.B. Hugenholtz & M.R.F. Senftleben, *Fair use in Europe. In search of flexibilities*, Amsterdam: IViR & VU 2011. Zie ook M.R. de Zwaan, 'Ruimte in het citaatrecht in Europa? Zoekmachine vindt niets bij "search of flexibilities"', *AMI* 2012, afl. 4, p. 141-148. De auteur betoogt dat de formulering van de excepties in de richtlijn zelfs te ruim is, met rechtsonzekerheid als gevolg.

restrictieve interpretatie niet de dominante uitlegmethode vormt.²⁰ In de praktijk kiest het Hof voor een flexibele uitleg wanneer dat tot een rechtvaardige of praktische uitkomst voert.²¹ Zo overwoog het Hof in *Premier League* dat de exceptie voor tijdelijke kopieën “de ontwikkeling en de werking van nieuwe technologieën mogelijk [moet] maken en waarborgen, alsook [moet] zorgen voor een rechtvaardig evenwicht tussen de rechten en de belangen van enerzijds rechthebbenden en anderzijds gebruikers van beschermde werken die gebruik willen maken van die nieuwe technologieën.”²² In *TU Darmstadt* nam het Hof verder afstand van het beginsel van strikte interpretatie door uit de bibliotheekexceptie een accessoir digitaliseringsrecht af te leiden.²³ In meer algemene zin verwijst het Hof naar het in de considerans verwoorde uitgangspunt dat een rechtvaardig evenwicht tot stand moet worden gebracht tussen het recht van de auteur en andere belangen.²⁴ In deze afweging spelen grondrechten, en met name de vrijheid van meningsuiting, een steeds belangrijkere rol.²⁵

Uit het voorgaande volgt dat van grondrechten een harmoniserende en flexibiliserende werking kan uitgaan.²⁶ In deze bijdragen gaan wij nader in op een van deze grondrechten: het recht op vrijheid van meningsuiting. In dit eerste deel komt de inhoud van dit grondrecht aan de orde, alsook de invloed die het recht heeft gehad op het auteursrecht. In het tweede deel wordt nader ingegaan op de recente arresten *Funke Medien*, *Pelham* en *Spiegel Online*, waarin het Hof van Justitie belangrijke vragen beantwoordt over de verhouding tussen de vrijheid van meningsuiting en het auteursrecht.²⁷

2. Het recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op (intellectuele) eigendom

De vrijheid van meningsuiting en de bescherming van (intellectuele) eigendom zijn als grondrechten opgenomen in het Handvest en het EVRM. Van belang is dat de grondrechten uit het EVRM ingevolge art. 6 lid 3 VEU als algemene beginselen

ook deel uitmaken van het Unierecht.²⁸ Daarnaast volgt uit art. 52 lid 3 Handvest dat in dat instrument vervatte grondrechten minimaal dezelfde inhoud en reikwijdte hebben als de daarmee corresponderende grondrechten uit het EVRM. De inhoud van de grondrechten in het Handvest worden dus mede bepaald door de invulling die het EHRM geeft aan hun evenknieën.

2.1 Het recht op vrijheid van meningsuiting

De vrijheid van meningsuiting raakt aan de kernbeginselen van een democratische rechtsstaat.²⁹ Het EHRM overwoog in *Handside* in dat verband het volgende:

“Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of [a democratic] society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man.”³⁰

Het zal niet verbazen dat de vrijheid van meningsuiting in de regimes van het EVRM en het Handvest een ruime bescherming geniet.³¹

Art. 10 EVRM omvat “de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.” Het recht om meningen te koesteren geniet een nagenoeg absolute bescherming.³² Art. 10 EVRM omvat daarnaast de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken. Ook de verspreiding van artistieke uitingen behoort tot de kern van de vrijheid van meningsuiting, omdat kunstenaars reflecteren op de samenleving en de inrichting ervan.³³ Waar het EHRM aanvankelijk terughoudend was als het ging om de toegang tot informatie berustend bij overheidsinstellingen,³⁴ heeft het inmiddels erkend dat de vrijheid om overheidsinformatie te ontvangen in gevallen ook een recht op toegang kan inhouden.³⁵ Art. 10 EVRM beschermt ten slotte niet alleen de inhoud van de

20 T. Rendas, ‘Copyright, technology and the CJEU: an empirical study’, *IIC* 2018, afl. 2, p. 153-184.

21 P.B. Hugenholtz & M.R.F. Senftleben, *Fair use in Europe. In search of flexibilities*, Amsterdam: IViR/VU 2011, p. 9; T. Dreier, ‘Thoughts on revising the limitations on copyright under Directive 2001/29’, *JIPLP* 2016, afl. 2, p. 141.

22 HvJ 4 oktober 2011, C-403/08, ECLI:EU:C:2011:631, *AMI* 2012, afl. 1, nr. 1, m.nt. F.W. Grosheide, *IER* 2012/26, m.nt. H.M.H. Speyart, *NJ* 2012/164, m.nt. P.B. Hugenholtz, *Computerrecht* 2012/10, m.nt. S.C. van Loon (*Premier League*), r.o. 164.

23 HvJ 11 september 2014, C-117/13, ECLI:EU:C:2014:2196, *AMI* 2015, afl. 4, nr. 6, m.nt. A.C. Beunen, *IER* 2014/44, m.nt. A. Ringnalda (*TU Darmstadt*), r.o. 31-34.

24 31^e considerans preambule Arl.

25 Ch.A. Alberdingk Thijm & C. de Vries, ‘De toenemende invloed van het Handvest op het recht van intellectuele eigendom’, *BIE* 2015, p. 174.

26 A. Lucas & J.C. Ginsburg, ‘Droit d’auteur, liberté expression et libre accès à l’information (étude comparée de droit américain et européen)’, *RIDA* 2016, afl. 249, p. 5-154; P. Teunissen, ‘Van interpretatie tot harmonisatie: grondrechtenafwegingen in het auteursrecht’, *IER* 2018/40, afl. 5, p. 179-195.

27 HvJ 29 juli 2019, C-469/19, ECLI:EU:C:2018:623 (*Funke Medien*); HvJ 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*); HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*).

28 Zie ook HvJ 15 mei 1986, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston*), r.o. 18; HvJ 15 oktober 1987, C-222/86, ECLI:EU:C:1987:442 (*Heylens*), r.o. 14.

29 D. Bychawska-Siniarska, *Protecting the right to freedom of expression under the Convention on Human Rights*, Raad van Europa 2017, p. 12.

30 EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, *NJ* 1978/236 (*Handside*), r.o. 49.

31 Zie D. Voorhoof, ‘Het Europese “first amendment”’: de Straatsburgse jurisprudentie over artikel 10 EVRM: 2004-2009 (Deel I en 2)’, *Mediaforum* 2010, afl. 4, p. 106-116 en afl. 10, p. 186-201.

32 D. Bychawska-Siniarska, *Protecting the right to freedom of expression under the Convention on Human Rights*, Raad van Europa 2017, p. 13.

33 EHRM 24 mei 1988, nr. 10737/84, ECLI:CE:ECHR:1988:0524JUD001073784, *NJ* 1991/685, m.nt. E.A. Alkema (*Müller/Zwitserland*), r.o. 70.

34 EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81,

ECLI:CE:ECHR:1987:0326JUD000924881 (*Leander/Zweden*).

35 EHRM 28 november 2013, nr. 39534/07, ECLI:CE:ECHR:2013:1128JUD003953407 (*Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung/Oostenrijk*), r.o. 41; EHRM 24 juni 2014, nr. 27329/06, ECLI:CE:ECHR:2014:0624JUD002732906 (*Roşianu/Roemenië*).

uiting, maar ook de middelen om uitingen te verzenden of te ontvangen.³⁶

Art. 11 lid 1 Handvest bepaalt in vergelijkbare zin dat “eenieder recht [heeft] op vrijheid van meningsuiting”. Dat recht omvat “de vrijheid een mening te hebben en de vrijheid kennis te nemen en te geven van informatie of ideeën, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.” Specifiek ten aanzien van de pers werkt art. 11 lid 2 Handvest uit dat “de vrijheid en de pluriformiteit van de media worden geëerbiedigd.”

De inhoud van het recht van vrijheid van meningsuiting zoals beschermd door het Handvest is tenminste hetzelfde als de inhoud van art. 10 EVRM.³⁷ Beperkingen van de vrijheid van meningsuiting mogen dus ook niet verder gaan dan art. 10 lid 2 EVRM toestaat.³⁸

2.2 Het recht op (intellectuele) eigendom

Art. 1, eerste volzin, van het Eerste Protocol (EP) bij het EVRM bepaalt over het recht op eigendom als volgt:

“Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.”

Het recht op bescherming van eigendom is niet opgenomen in het EVRM zelf, omdat de verdragsluitende partijen geen overeenstemming konden bereiken over de reikwijdte van de bescherming van dat recht. Er is daarom een recht opgenomen in het Eerste Protocol dat staten veel ruimte geeft om dit recht in te perken.³⁹ Opvallend is dat het recht ook de eigendomsrechten van rechtspersonen beschermt.

Het EHRM geeft een autonome uitleg aan het begrip ‘eigendom’ in art. 1 EP. Deze uitleg is ruimer dan het eigendomsbegrip van art. 5:1 BW. Zo beschermt art. 1 EP behalve zaken

ook andere goederen, waaronder intellectuele-eigendomsrechten.⁴⁰ Ook de bescherming van auteursrechten valt dientengevolge binnen de reikwijdte van art. 1 EP.⁴¹ De bescherming wordt echter alleen geboden aan rechten die voldoende bepaald en opvorderbaar zijn. Rechten waarvan men verwacht dat ze worden verkregen, worden niet beschermd door art. 1 EP.⁴²

De hoofdregel in art. 1 EP strekt tot bescherming van het ‘ongestoord genot’ van eigendom.⁴³ Dat genot moet breed worden opgevat en betreft zowel het gebruik en de exploitatie van het goed als de bevoegdheid erover te beschikken.⁴⁴

Anders dan in het EVRM, wordt het recht op bescherming van intellectuele eigendom expliciet genoemd in het Handvest. Art. 17 lid 1 Handvest, dat het recht op eigendom bevat, bepaalt dat “eenieder het recht [heeft] de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen, in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken.” Dit recht houdt ook in dat niemand eigendom mag worden ontnomen “behalve in het algemeen belang, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits het verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed.” Art. 17 lid 2 Handvest voegt daaraan toe: “intellectuele eigendom is beschermd.” Over de inhoud van de bescherming valt in de bepaling zelf niets te lezen.⁴⁵ Wel volgt uit de toelichting bij art. 17 lid 2 Handvest dat het recht op intellectuele eigendom dient te worden gezien als een onderdeel van het recht op eigendom. Uit deze toelichting blijkt verder dat voor uitdrukkelijke vermelding van intellectuele eigendom is gekozen “wegens het toenemend belang ervan.” De waarborgen die zijn opgenomen ter bescherming van het recht op eigendom zijn daarom ook van toepassing op intellectuele eigendom, zij het ‘op passende wijze’.

2.3 Beperkingsystematiek

Het recht op vrijheid van meningsuiting noch het recht op intellectuele eigendom heeft absolute gelding. Het EVRM en

36 EHRM 22 mei 1990, nr. 12726/87, ECLI:CE:ECHR:1990:0522JUD001272687, NJ 1991/740, m.nt. E.A. Alkema (*Autronic AG/Zwitserland*), r.o. 47.

37 Art. 52 lid 3 Handvest. Zie ook: HvJ 17 december 2015, C-157/14, ECLI:EU:C:2015:823 (*Neptune Distribution*), r.o. 64-65; HvJ 4 mei 2016, C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325 (*Philip Morris*), r.o. 147.

38 Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, PbEU 2007 C-303/17, art. 11.

39 A. Grgjæ e.a., *The Right to Property under the European Convention on Human Rights*, Raad van Europa 2007, p. 5.

40 Zie EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374, NJ 1980/462, m.nt. E.A. Alkema (*Marckx/België*); EHRM 20 november 1995, nr. 17849/91, ECLI:CE:ECHR:1995:1120JUD001784991, NJ 1996/593, m.nt. E.J. Dommering (*Pressos Compania Naviera S.A. e.a./België*); EHRM 11 januari 2007, nr. 73049/0, ECLI:CE:ECHR:2007:0111JUD007304901 (*Anheuser-Busch Inc/Portugal*).

41 EHRM 12 juli 2016, nr. 562/05, ECLI:CE:ECHR:2016:0712JUD00056205 (*AKKA/LAA tegen Letland*), r.o.41.

42 A. Grgjæ e.a., *The Right to Property under the European Convention on Human Rights*, Raad van Europa 2007, p. 7. Zie m.n. ook: ECRM 1 april 1974, *Yearbook ECHR* 1974, p. 48 (*X/Duitsland*) en EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374, NJ 1980/462, m.nt. E.A. Alkema (*Marckx/België*).

43 EHRM 9 december 1994, nrs. 13092/87 en 13984/88, ECLI:CE:ECHR:1994:1209JUD001309287, NJ 1996/374, m.nt. E.A. Alkema (*Holy Monasteries/Griekenland*).

44 EHRM 23 september 1982, nr. 7151/75 en 7152/75, ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175, NJ 1988/290, m.nt. E.A. Alkema (*Lonnroth/Zweden*); H.D. Ploeger, ‘Eigendom in het licht van het EVRM’, *WPNR* 2000/6419, p. 690.

45 Zie over deze bepaling kritisch: Ch. Geiger, ‘Intellectual Property Shall be Protected! – Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Mysterious Provision with an Unclear Scope’, *EIPR* 2009, afl. 3, p. 113; J. Griffiths & L. McDonagh, ‘Fundamental Rights and European IP law – the Case of Art 17(2) of the EU Charter’, in: Ch. Geiger (red.), *Constructing European Intellectual Property Achievements and New Perspectives*, Cheltenham: Edward Elgar 2013.

het Handvest voorzien elk in een eigen beperkingssystematiek.

Het EVRM bepaalt per grondrecht of het kan worden beperkt en onder welke voorwaarden dat gerechtvaardigd is. Art. 10 lid 2 EVRM bepaalt dat de vrijheid van meningsuiting kan worden “onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties”. Deze beperkingen moeten zijn voorzien bij wet en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn ter bescherming van de in het artikellid genoemde belangen (‘noodzakelijkheid’). Een beperking is noodzakelijk wanneer deze beantwoordt aan een dringende maatschappelijke behoefte en evenredig is aan het nagestreefde doel.⁴⁶ Bij het bepalen van de noodzakelijkheid laat het EHRM een zekere beoordelingsvrijheid aan de verdragsstaten.⁴⁷ Bij het bepalen van de precieze beoordelingsruimte is vooral het karakter van de beschermde uiting van belang. Zo laat het Hof een ruime mate van beoordelingsvrijheid wanneer een beperking betrekking heeft op uitingen met een commercieel karakter.⁴⁸ Hetzelfde geldt voor uitingen die betrekking hebben op zedelijke of godsdienstige onderwerpen⁴⁹ en haatzaaiende uitingen.⁵⁰ Minder ruimte laat het EHRM bij politieke uitingen en uitingen die bijdragen aan een debat over onderwerpen van algemeen belang.⁵¹

Met betrekking tot het recht op (intellectuele) eigendom biedt het Eerste Protocol een minder strikte beperkingssystematiek. Art. 1 lid 2 EP regelt voor twee vormen van inmenging de voorwaarden waaronder zij zijn toegelaten. In de tweede zin van lid 1 worden specifieke voorwaarden gesteld aan de *ontnemings* van eigendom door overheden. In het tweede lid wordt aan staten de mogelijkheid gelaten om het *gebruik* van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang. Een voorbeeld dat het verschil tussen de twee vormen van inmenging illustreert, is te vinden in

het arrest *Handyside*. Daarin besliste het Hof dat de tijdelijke inbeslagname van boeken niet heeft te gelden als ontneming, maar als een inmenging in het gebruik van de goederen.⁵² Tenzij het tegendeel evident is, neemt het EHRM aan dat een maatregel het algemeen belang dient.⁵³ In het algemeen laat het Hof bij beperkingen van het recht op eigendom bovendien een ruime beoordelingsmarge aan verdragsstaten.⁵⁴ Een en ander heeft tot gevolg dat het EHRM niet snel een schending van art. 1 EP constateert.⁵⁵

Het Handvest bevat in art. 52 een horizontale beperkingsgrond voor alle grondrechten die daarin zijn vastgelegd. In de eerste plaats vereist het artikel dat “beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden bij wet [moeten] worden gesteld.” In de tweede plaats moeten deze beperkingen de “wezenlijke inhoud” (*essence*) van het betrokken grondrecht eerbiedigen. In de derde plaats dienen beperkingen “noodzakelijk” te zijn en “daadwerkelijk te beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen”. Onder “erkende doelstellingen van algemeen belang” valt onder meer het bevorderen van de naleving van fundamentele rechten en beginselen die zijn beschermd in de Unie.⁵⁶

2.4 Botsende grondrechten

Een bijzonder probleem rijst wanneer de bescherming van het ene grondrecht de beperking van het andere met zich brengt. In dat verband wordt ook wel gesproken van ‘botsing’ of ‘collisie’ van grondrechten. Deze botsing kan zich onder meer voordoen tussen het auteursrecht en de vrijheid van meningsuiting.⁵⁷ De vraag welk grondrecht in dat geval voorrang moet krijgen, is niet in algemene zin te beantwoorden. Tussen grondrechten bestaat immers geen principiële

46 EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, NJ 1978/236 (*Handyside*), r.o. 49; EHRM 26 april 2004, nr. 6538/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874 (*Sunday Times*), r.o. 59. Zie ook: P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1989, p. 162.

47 EHRM 7 december 1976, nr. 5095/71, 5920/72 en 5926/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000509571, NJ 1978/235, m.nt. E.A. Alkema (*Kjeldsen*), r.o. 54; EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, NJ 1978/236 (*Handyside*), r.o. 49.

48 Zie o.m. EHRM 13 juli 2012, nr. 16354/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0713JUD001635406 (*Mouvement Raëlien Suisse/Zwitserland*), r.o. 61; EHRM 10 januari 2013, nr. 36769/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, AMI 2014, afl. 2, nr. 4, m.nt. E.J. Dommering, NJ 2015/21, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Ashby Donald*), r.o. 39; EHRM 30 januari 2018, nr. 69317/14, ECLI:CE:ECHR:2018:0130JUD006931714, IER 2018/35, m.nt. D. Haije en H.M.H. Speyart, *Mediaforum* 2018/7, m.nt. J.J.C. Kabel (*Sekmadienis*), r.o. 73.

49 Zie o.m. EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, NJ 1978/236 (*Handyside*), r.o. 48; EHRM 24 mei 1988, nr. 10737/84, ECLI:CE:ECHR:1988:0524JUD001073784, NJ 1991/685, m.nt. E.A. Alkema, *NJCM Bulletin* 1988, p. 675, m.nt. L. Zwaak (*Müller/Zwitserland*), r.o. 35; EHRM 20 september 1994, nr. 13470/87, ECLI:CE:ECHR:1994:0920JUD001347087, NJ 1995/366, m.nt. E.J. Dommering, *NJCM Bulletin* 1995, p. 188, m.nt. R. de Winter (*Otto-Preminger Instituut/Oostenrijk*), r.o. 50.

50 Zie o.m. EHRM 23 september 1994, nr. 15890/89, ECLI:CE:ECHR:1994:0923JUD001589089, NJ 1995/387, m.nt. G. Knigge en E.J. Dommering (*Jersild/Denemarken*); EHRM 4 december 2003, nr. 35071/97, ECLI:CE:ECHR:2003:1204JUD003507197, NJ 2005/176, m.nt. E.J. Dommering (*Gündüz/Turkije*).

51 Zie voor een uitgebreide verzameling voorbeelden: E.J. Dommering, *De Europese Informatierechtsorde*, Amsterdam: deLex 2019, p. 100-202.

52 EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, NJ 1978/236 (*Handyside*), r.o. 62.

53 T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘De betekenis van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid’, *O&A* 2002, afl. 4, p. 107.

54 EHRM 21 februari 1986, nr. 8793/79, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379, *NJCM-Bulletin* 1986, p. 546 e.v., m.nt. A.W. Heringa (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*), r.o. 46.

55 T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘De betekenis van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid’, *O&A* 2002, afl. 4, p. 108.

56 Art. 3 lid 3 VEU; HvJ 13 december 2007, C-250/06, ECLI:EU:C:2007:783 (*United Pan-Europe Communications Belgium e.a.*), r.o. 42; HvJ 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, *Mf* 2013/27, m.nt. M.P. Beijer, *SEW* 2013, p. 447-453, m.nt. P.-A. Van Malleghem (*Sky Österreich*), r.o. 52.

57 P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1989, p. 150-170.

hiërarchie.⁵⁸ Veelal is een afweging nodig die een rechtvaardig evenwicht (*fair balance*) tot stand brengt tussen de betrokken grondrechten die de wezenlijke inhoud van deze rechten intact laat.⁵⁹ Dit uitgangspunt is terug te vinden in de rechtspraak van het Hof van Justitie⁶⁰ en het EHRM.⁶¹ Het EHRM laat daarbij in de regel een ruime beoordelingsruimte aan verdragsstaten.⁶² Het Hof van Justitie mengt zich daarentegen nadrukkelijker in de weging van de twee grondrechten en lijkt daarbij aan de (Unie)wetgever in het algemeen geen ruime beoordelingsmarge te gunnen.⁶³

3. Doorwerking van grondrechten

De vrijheid van meningsuiting oefent op verschillende wijzen invloed uit op het auteursrecht.⁶⁴ De mate waarin die invloed zich verwezenlijkt, is afhankelijk van de manier waarop het grondrecht doorwerkt. Deze paragraaf zal aan de belangrijkste doorwerkingsvormen aandacht besteden.

3.1 Conforme uitleg

De nationale rechter dient zijn nationale recht uit te leggen in overeenstemming met het toepasselijke Unierecht.⁶⁵ Deze regel is vooral bekend in het kader van uitleg in het licht van richtlijnen ('richtlijnconforme uitleg'), maar geldt evengoed voor het primaire Unierecht, voor zover de situatie binnen de werkingsfeer van het Unierecht valt ('verdragsconforme uitleg').⁶⁶

Het Hof van Justitie overwoog in *Åkerberg Fransson* dat de in de rechtsorde van de Unie gewaarborgde grondrechten toepassing kunnen vinden in alle situaties die door het recht van de Unie worden beheerst.⁶⁷ Tot de voornoemde grondrechten behoren de bepalingen van het Handvest, maar ook bepalingen van het EVRM. De laatstgenoemde grondrechten maken ingevolge art. 6 lid 2 VEU als algemene beginselen eveneens onderdeel uit van het primaire Unierecht. De verplichting tot conforme uitleg is ruim geformuleerd: de rechter moet zijn nationale recht zoveel mogelijk uitleggen

in het licht van de bewoordingen en het doel van het betrokken Unierecht, zodat het daarmee beoogde resultaat kan worden bereikt.⁶⁸ De verplichting heeft betrekking op het gehele nationale recht, ongeacht of dat van eerdere of latere datum is dan de regel van Unierecht.⁶⁹ Indien nodig moet de rechter zijn nationale recht in weerwil van vaste rechtspraak of de parlementaire geschiedenis uitleggen.⁷⁰ De verplichting vindt haar grenzen in de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht en biedt geen grondslag voor een *contra legem* uitleg van het nationale recht.⁷¹

3.2 Directe werking

Indien een conforme uitleg van het nationale recht in de gegeven omstandigheden niet mogelijk is, moet de rechter zijn nationale recht buiten toepassing laten ('rechtmatigheidstoetsing'). Deze verplichting bestaat zowel ten aanzien van het EVRM als het Handvest voor zover de betrokken regel directe werking heeft.

De verplichting tot toetsing aan het EVRM bestaat op grond van art. 94 Gw, dat expliciet bepaalt dat bepalingen van nationaal recht geen toepassing vinden "indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties." Het EHRM is krachtens art. 19 EVRM bevoegd de naleving van het verdrag te verzekeren. Overeenkomstig de (hierna te behandelen) voorwaarden die het Unierecht stelt, kunnen de bepalingen van het EVRM bovendien als algemene beginselen de toetssteen vormen voor rechtmatigheid van handelen van lidstaten, maar ook van de Unie zelf. In dat geval is het Hof van Justitie de hoogst aangewezen rechterlijke instantie.

Bepalingen van het Handvest lenen zich voor toetsing voor zover zij directe werking hebben.⁷² Zulks is het geval wanneer de bepaling "onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig" is om rechten te verlenen of verplichtingen op te leggen

58 J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden: Martinus Nijhoff 2009, p. 233.

59 R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (vertaling Julian Rivers), Oxford: OUP 2002, p. 76; 192-194. Zie ook: M. Brkan, 'The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core', *European Constitutional Law Review* 2018 afl. 2, p. 332.

60 HvJ 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485, NJ 2016/369, m.nt. D.W.F. Verkade (*Coty Germany*), r.o. 35.

61 EHRM 23 juli 1968, nrs. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 en 2126/64, ECLI:CE:ECHR:1967:0209JUD000147462 (*Belgische taalzaak*), r.o. 5; EHRM 3 december 2009, nr. 8917/05, ECLI:CE:ECHR:2009:0716JUD001561507 (*Kart/Turkije*), r.o. 79.

62 EHRM 29 april 1999, nr. 25088/94, 28331/95, 28443/95, ECLI:CE:ECHR:1999:0429JUD002508894 (*Chassagnou e.a./Frankrijk*).

63 Zie daarover paragraaf 5.

64 Zie D.W.F. Verkade, *Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1990, p. 36; Ch. Geiger 'Constitutionalizing' Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in Europe', *IIC* 2006, afl. 4, p. 371-340.

65 HvJ 10 april 1984, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson & Kamann*), r.o. 15.

66 HvJ 4 februari 1988, C-157/86, ECLI:EU:C:1988:62, NJ 1990/88 (*Murphy e.a.*); HvJ 16 juli 1998, C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370 (*ICI*), punt 31-35; HvJ 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54, AMI 2008, afl. 3, nr. 5, m.nt. A.H. Ekker, *IER* 2008/44, m.nt. F.W. Grosheide, NJ 2009/551, m.nt. P.B. Hugenholz (*Promusicae*), r.o. 68. Zie ook Asser/Hartkamp 3-1 2018/100.

67 HvJ 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, NJ 2013/348, m.nt. M.R. Mok, AB 2013/131, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Akerberg Fransson*), r.o. 19.

68 HvJ 5 oktober 2004, C-397/01 t/m C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, AB 2005/16, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, NJ 2005/333, m.nt. M.R. Mok, *SEW* 2005/12, m.nt. S.A. Prechal (*Pfeiffer e.a.*), r.o. 113.

69 HvJ 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395, NJ 1993/163, *SEW* 1992, p. 816-821, m.nt. C.W.A. Timmermans (*Marleasing*), r.o. 8.

70 HvJ 29 april 2004, C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275 (*Bjornekulla*), r.o. 13; HvJ 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, AB 2016/359, m.nt. M.J.M. Verhoeven (*Dansk Industri*), r.o. 33.

71 HvJ 24 januari 2012, C-282/10, EU:C:2012:33, AB 2012/48, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, NJ 2012/154, m.nt. M.R. Mok (*Dominguez*), r.o. 25.

72 Zie P. Craig & G. De Búrca, *EU law. Text, cases and materials*, Oxford: OUP 2015, p. 184-223; Asser/Hartkamp 3-1 2018/10-21.

aan particulieren.⁷³ Het feit dat een bepaling is gericht tot de lidstaten, vormt voor het aannemen van directe werking geen beletsel.⁷⁴ Ten aanzien van enkele bepalingen van het Handvest heeft het Hof van Justitie verduidelijkt dat zij directe werking hebben.⁷⁵ Gelet op het feit dat de ‘zusterbepaling’ van art. 10 EVRM naar Unierecht directe werking heeft, valt te verwachten dat het Hof ook aan art. 11 Handvest dezelfde werking zal verlenen.⁷⁶

Vanuit privaatrechtelijk perspectief is het zuiverder om de hierboven behandelde doorwerking aan te duiden als ‘directe verticale werking’, omdat de toetsing betrekking heeft op het handelen van de lidstaat (wetgeving).⁷⁷ Van dit begrip moet worden onderscheiden de directe horizontale werking. Daarvan is sprake wanneer een bepaling van Unierecht, zonder tussenkomst van een nationale bepaling, in een rechtsverhouding tussen particulieren rechten of verplichtingen wijzigt, laat ontstaan of doet tenietgaan.⁷⁸ Voorbeelden van bepalingen met directe horizontale werking zijn het kartelverbod en het verbod op misbruik van machtspositie van art. 101 VWEU en enkele bepalingen van vrij verkeer.⁷⁹ Het Hof van Justitie heeft tot nu toe voor slechts een enkele bepaling van het Handvest – het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon uit art. 32 – directe horizontale werking aanvaard.⁸⁰

Het EVRM bevat geen aanwijzingen over de mogelijkheid van (directe of indirecte) horizontale werking.⁸¹ Onomstreden is dat bepalingen van het EVRM geen directe horizontale werking hebben.⁸² Zij hebben wel indirecte werking, in die zin dat zij een rol spelen bij de uitleg van het nationale recht.⁸³

4. Conforme uitleg in het auteursrecht

Het materiële auteursrecht en de regels betreffende handhaving daarvan zijn in belangrijke mate geharmoniseerd. Dat voert tot de conclusie dat het Unierecht de rechter verplicht het geharmoniseerde auteursrecht conform het Handvest en het EVRM uit te leggen.⁸⁴

Conforme interpretatie is een bekend fenomeen in het auteursrecht. Bij de uitleg van de exclusieve rechten en de beperkingen daarvan is vooral het Handvest van belang.⁸⁵ Voor onderdelen van het openbaarmakingsrecht (art. 12 lid 4 en 5 Aw) en het verveelvoudigingsrecht (bewerkingsrecht, art. 13 Aw), het portretrecht (art. 19-21 Aw) en de persoonlijkheidsrechten (art. 25 Aw) is daarom vooral het EVRM van belang.⁸⁶ Met name bij de weging van belangen in het kader van art. 21 Aw spelen de bepalingen van het EVRM een rol van betekenis.⁸⁷ Mogelijk is met de inwerkingtreding van de AVG deze belangenafweging onder de werkingssfeer van het Unierecht gekomen waardoor de bepalingen van het Handvest toepassing vinden.⁸⁸

In het geharmoniseerde auteursrecht vindt de afweging van rechten plaats op drie niveaus, te weten (1) de exclusieve rechten van de auteur, (2) de excepties daarop; en (3) de handhaving van het auteursrecht.⁸⁹ In deze paragraaf zullen enkele voorbeelden genoemd worden.

4.1 Exclusieve rechten

Het Hof van Justitie baseerde in *GS Media*, over het linken naar ongeautoriseerd materiaal, de uitleg van het recht op mededeling aan het publiek onder meer op een afweging van

73 HvJ 5 februari 1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, AA 1963, p. 12-16, m.nt. W.F. Prins (*Van Gend en Loos*).

74 HvJ 8 april 1976, C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56, NJ 1976/510 (*Defrenne*), r.o. 31 en 39; HvJ 6 november 2018, C-569/16, ECLI:EU:C:2018:871, AA 2019/0218, m.nt. A.S. Hartkamp, AB 2019/108, m.nt. N. Jak en T. Barkhuysen, NJ 2019/245, m.nt. A.W.H. Meij (*Bauer & Broßonn*), r.o. 87. Zie ook P. Craig & G. De Búrca, *EU law. Text, Cases and Materials*, Oxford: OUP 2015, p. 196.

75 HvJ 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, AA 2019/0218, m.nt. A.S. Hartkamp, AB 2018/378, m.nt. P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt (*Egenberger*) (art. 21 Handvest); HvJ 15 januari 2014, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2, AA 2014/0794, m.nt. A.S. Hartkamp, NJ 2014/246, m.nt. M.R. Mok (*AMS*) (art. 47 Handvest).

76 Zie ook Asser/Hartkamp 3-1 2018/231h.

77 Asser/Hartkamp 3-1 2018/12-19; C.H. Sieburgh, ‘Waarom het Unierecht de invloed van grondrechten op het privaatrecht aanjaagt en versterkt’, *RMThemis* 2015, afl. 1, p. 6-7.

78 Asser/Hartkamp 3-1 2018/12.

79 Zie HvJ 14 december 1983, C-319/82, ECLI:EU:C:1983:374, SEW 1985, p. 516-517, m.nt. H.E. Akyürek-Kievits (*Société de vente/Kerpen*); HvJ 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, M&M 2001, p. 29-32, m.nt. M.A. De Jong, NTER 2002, p. 86-89, m.nt. B.F. Harinxma, *Ondernemingsrecht* 2001/51, m.nt. M.R. Mok, SEW 2003, p. 190-192, m.nt. R. Wesseling, (*Courage/Crehan*).

80 HvJ 6 november 2018, C-569/16, ECLI:EU:C:2018:871, AA 2019/0218, m.nt. A.S. Hartkamp, AB 2019/108, m.nt. N. Jak en T. Barkhuysen, NJ 2019/245, m.nt. A.W.H. Meij (*Bauer & Broßonn*), r.o. 90.

81 Asser/Hartkamp 3-1 2018/226.

82 C.H. Sieburgh, ‘Waarom het Unierecht de invloed van grondrechten op het privaatrecht aanjaagt en versterkt’, *RMThemis* 2015, afl. 1, p. 6-7.

83 Asser-Hartkamp 3-1 2018/228-231.

84 Asser/Hartkamp 3-1 2018/100.

85 Zie 31^e considerans preambule Auteursrechtlijn: ‘Er moet een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen worden gewaarborgd tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal.’ Zie ook: C. Geiger & E. Izyumenko, ‘Copyright on the Human Rights’ Trial’, *IIC* 2014, afl. 2, p. 317-342; J. Griffiths, ‘Taking power tools to the acquis – The Court of Justice, the Charter of Fundamental Rights and European Union Copyright Law’, in: C. Geiger (red.), *Intellectual Property and the Judiciary*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 144-174; P. Teunissen, ‘Van interpretatie tot harmonisatie: grondrechtenafwegingen in het auteursrecht’, *IER* 2018/40, afl. 5, p. 179-195.

86 Spoor/Verkade/Visser 2019, p. 384-391.

87 HR 1 juli 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB7688, NJ 1988/1000, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Vondelpark*); HR 21 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1240, NJ 1994/473, m.nt. D.W.F. Verkade (*Ferdi E.*); EHRM 24 juni 2004, nr. 59320/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0624JUD005932000, NJ 2005/22, m.nt. E.J. Dommering (*Caroline von Hannover I*).

88 Zie: A. Engelfriet, ‘De AVG, het einde van het portretrecht – maar niet helemaal’, *iusmentis.com*.

89 Zie: S. van Deursen & T. Snijders, ‘The Court of Justice at the Crossroads: Clarifying the Role for Fundamental Rights in the EU Copyright Framework’, *IIC* 2018 afl. 9, p. 1080-1098.

het recht op intellectuele eigendom uit art. 17 lid 2 Handvest tegen de vrijheid van informatie uit art. 11 Handvest.⁹⁰ In het arrest *Renckhoff* oordeelde het Hof dat het zonder toestemming uploaden van een afbeelding die reeds door de rechthebbende op het internet was gepubliceerd “zou indruisen tegen het in de overwegingen 3 en 31 van die richtlijn bedoelde rechtvaardige evenwicht dat moet worden gewaarborgd tussen, enerzijds, het belang van de houders van auteursrechten en naburige rechten bij de door art. 17, lid 2 Handvest gewaarborgde bescherming van hun intellectuele-eigendomsrechten en anderzijds de bescherming van de belangen en fundamentele rechten van gebruikers van beschermd materiaal, met name hun door artikel 11 [Handvest] gewaarborgde vrijheid van meningsuiting en van informatie, alsmede van het algemeen belang.”⁹¹

4.2 Excepties

Met name de excepties op het exclusieve recht doen recht aan de bescherming van de vrijheid van meningsuiting.⁹² Het auteursrecht is in die zin reeds het resultaat van een afweging tussen de rechten en belangen van de auteur en de grondrechten van anderen en het stelt zodoende grenzen die bedoeld zijn om de uitsluitende rechten van auteurs in overeenstemming te brengen met de grondrechten van anderen. In *Painer* overwoog het Hof dat bij de uitleg van de citaatexceptie van art. 5 lid 3 onder d Arl “een rechtvaardig evenwicht moet worden bereikt tussen (het in die exceptie geconcretiseerde) belang van vrijheid van meningsuiting van de gebruikers van een werk en het in art. 2 Arl vervatte reproductierecht van de auteur.”⁹³ In *Deckmyn* oordeelde het Hof op vergelijkbare wijze dat de toepassing van de parodie-exceptie van art. 5 lid 3 onder k Arl “een rechtvaar-

dig evenwicht in acht moet nemen tussen, enerzijds, de belangen en de rechten van de auteur en, anderzijds, de vrije meningsuiting van de gebruiker van een beschermd werk die zich beroept op de beperking.”⁹⁴

4.3 Handhaving

Ook regels op het gebied van handhaving moeten, voor zover zij door de Handhavingsrichtlijn (HrI) of de Auteursrecht-richtlijn worden bestreken, conform het Handvest worden uitgelegd.⁹⁵

4.3.1 Rechterlijk bevel tegen een tussenpersoon

Art. 8 lid 3 Arl en art. 11, derde volzin HrI bepalen dat lidstaten moeten verzekeren dat de rechthebbende een bevel kan vorderen tegen “tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op een intellectueel-eigendomsrecht te maken.”⁹⁶ De maatregelen die onderwerp vormen van het bevel kunnen strekken tot beëindiging van inbreuk, maar ook tot het voorkomen van nieuwe inbreuken.⁹⁷ In de beoordeling van de toelaatbaarheid van een dergelijk bevel spelen de grondrechten uit het Handvest een belangrijke rol.⁹⁸ Het Hof van Justitie oordeelde in *Promusicae* dat lidstaten, bij de implementatie van richtlijnen, een ‘juist evenwicht’ (*fair balance*) tussen de betrokken grondrechten moeten verzekeren.⁹⁹

Het Hof van Justitie liet het in zijn vroege rechtspraak aan lidstaten om een rechtvaardig evenwicht tussen de in het geding zijnde grondrechten tot stand te brengen.¹⁰⁰ In het arrest *UPC Telekabel* werkte het Hof nader uit onder welke voorwaarden een specifiek bevel (tot blokkering van een

90 HvJ 8 september 2016, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644, AA 2016, p. 877-881, m.nt. D.J.G. Visser, *AMI* 2016, afl. 5, nr. 7, m.nt. K.J. Koelman, *IER* 2016/47, m.nt. J.M.B. Seignette, *NJ* 2018/112, m.nt. P.B. Hugenholtz, *NtER* 2017, p. 24-28, m.nt. M.F.J. Haak & M.M. Truijens (*GS Media*), r.o. 31 en 44.

91 HvJ 7 augustus 2018, C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634, *AMI* 2018, afl. 5, nr. 12, m.nt. D.J.G. Visser, *Mediaforum* 2018-5, nr. 13, m.nt. S.M. Kingma, *IER* 2019/11, m.nt. J.M.B. Seignette (*Renckhoff*), r.o. 41.

92 Dat kan ook gezegd worden van andere aspecten van het auteursrechtelijke systeem, zoals de uitputtingsleer en de beperkte duur. Zie P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1989, p. 167 e.v.

93 HvJ 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, *AMI* 2012, afl. 2, nr. 6, m.nt. M.M.M. van Eechoud, *IER* 2012/16, m.nt. P.G.F.A. Geerts, *Mediaforum* 2012-3, nr. 8, m.nt. V. Rörsch, *NJ* 2013/66, m.nt. Th.M. de Boer & P.B. Hugenholtz (*Painer*), r.o. 134-135.

94 HvJ 3 september 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132, *AMI* 2014, afl. 6, nr. 16, m.nt. K.J. Koelman, *NJ* 2016/351, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Deckmyn*), r.o. 26-27 en 34.

95 32^e considerans preambule Handhavingsrichtlijn: “Er moet een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen worden gewaarborgd tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal.” Zie ook: HvJ 18 oktober 2018, C-149/17, ECLI:EU:C:2018:841, *AMI* 2019, afl. 1, nr. 2, en *EHRC* 2019/40, m.nt. P. Teunissen (*Bastei Lübbe*).

96 HvJ 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, *BIE* 2011/107, m.nt. K.J. Koelman, *NJ* 2012/525, m.nt. J.H. Spoor, *IER* 2011/58,

m.nt. Ch. Gielen (*L'Oréal/eBay*), r.o. 125. Zie ook S. Kulk, *Internet Intermediaries and Copyright Law. Towards a Future-proof EU Legal Framework*, Deventer: Kluwer Law International 2019 (nog te verschijnen).

97 HvJ 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, *BIE* 2011/107, m.nt. K.J. Koelman, *NJ* 2012/525, m.nt. J.H. Spoor, *IER* 2011/58, m.nt. Ch. Gielen (*L'Oréal/eBay*), r.o. 127.

98 Zie ook r.o. 32 HrI: “Deze richtlijn eerbiedigt de grondrechten en neemt de beginselen in acht die met name worden erkend door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Deze richtlijn beoogt meer bepaald te waarborgen dat de intellectuele eigendom volledig wordt geëerbiedigd overeenkomstig artikel 17, lid 2, van genoemd Handvest”.

99 HvJ 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54, *AMI* 2008, afl. 3, nr. 5, m.nt. A.H. Ekker, *IER* 2008/44, m.nt. F.V. Grosheide, *NJ* 2009/551, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Promusicae*), r.o. 68.

100 Zie HvJ 24 november 2011 en 16 februari 2012, C-70/10 en C-360/10, ECLI:EU:C:2011:771 en ECLI:EU:C:2012:85, *AMI* 2012, afl. 2, nr. 5, m.nt. E.J. Dommering, *Mediaforum* 2012-1, nr. 7, m.nt. S. Kulk en F. Zuiderveen Borgesius, *NJ* 2012/480, m.nt. P.B. Hugenholtz, *NTER* 2012, p. 75-82, m.nt. N. Helberger en J.V.J. Van Hoboken (*Scarlet Extended; Netlog*). Zie kritisch: A. Peukert, ‘The Fundamental Right to (intellectual) property’, in: C. Geiger (red.), *Human Rights and Intellectual Property*, Cheltenham: Edward Elgar 2015, p. 135; C.J. Angelopoulos & S. Smet, ‘Notice-and-Fair-Balance: How to Reach a Compromise between Fundamental Rights in European Intermediary Liability’, *JML* 2016, afl. 2, p. 266-301; J. Griffiths, ‘Constitutionalising or Harmonising? The Court of Justice, the Right to Property and European Copyright Law’, *ELR* 2013, afl. 1, p. 69.

website) het vereiste evenwicht tot stand brengt.¹⁰¹ In *McFadden* bevestigde het Hof dat deze voorwaarden van overeenkomstige toepassing zijn op andersoortige bevelen.¹⁰² Uit onze nationale rechtspraak volgt dat rechters deze voorwaarden vrijwel onveranderd toepassen.¹⁰³

4.3.2 Andere rechtsmiddelen

Het Hof van Justitie heeft zich nog niet hoeven uitspreken over de vraag of de vrijheid van meningsuiting in de weg kan staan aan de toewijzing van een verbod, schadevergoeding of een andere sanctie. In Nederland is deze vraag al enige tijd geleden beantwoord. Voordat het Handvest bindende kracht verkreeg, bleef het bij enkele uitzonderlijke gevallen waarin de rechter het belang van de rechthebbende bij een verbod afwoog tegen art. 10 EVRM.¹⁰⁴ Het arrest *Scientology/Spaink* van het Hof Den Haag is van die gevallen waarschijnlijk het meest geruchtmakend. De zaak draaide om een publicatie van auteursrechtelijk beschermde documenten van de Scientologykerk door columniste Karin Spaink. Een vraag die rees, was of een verbod kon worden afgewezen wegens strijd met art. 10 EVRM, ook wanneer de publicatie van Spaink niet onder de citaatexceptie van art. 15a Aw viel. Het Hof oordeelde in bevestigende zin: “Denkbaar is dat er bijzondere gevallen zijn waarin de handhaving van het auteursrecht, zoals een inbreukverbod, moet wijken voor de informatievrijheid.” Het Hof stelde vast dat de uiting van Spaink geen commercieel belang nastreefde, dat de informatie waarop de uiting betrekking had van zwaarwegend maatschappelijk belang was en dat de documenten korte tijd, als gevolg van een openbaarmaking door de District Court van Californië (de zgn. ‘*Fishman affidavit*’), beschikbaar waren geweest voor het publiek.¹⁰⁵ Het Hof oordeelde op die gronden dat het belang van de Scientologykerk bij handhaving inderdaad moest wijken voor het algemeen belang dat door art. 10 EVRM werd gediend en wees de vorderingen van eerstgenoemde af.¹⁰⁶

Gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie lijkt het *Scientology*-arrest inmiddels achterhaald. Uit die rechtspraak volgt immers dat de rechter het auteursrecht niet eenzijdig moet toetsen aan het recht op vrijheid van meningsuiting, maar een *fair balance*-afweging moet verrichten waarin ook het recht op (intellectuele) eigendom is verdisconteerd.¹⁰⁷ Illustratief is in dat verband het oordeel van de Hoge Raad in *GS Media*. De Hoge Raad overwoog in 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 maatregel, gelet op het beginsel van proportionaliteit, niet te zeer afbreuk wordt gedaan aan het grondrecht waarop de aangesproken partij zich beroept”.¹⁰⁸

Het arrest wijkt af van het algemene uitgangspunt dat, in een bodemprocedure, de rechter bij gebleken onrechtmatigheid (*in casu* inbreuk op het auteursrecht) het verbod toewijst zonder nadere belangenafweging.¹⁰⁹ Deze afwijking lijkt te zijn bedoeld om een conforme uitleg van het Unierecht te verzekeren.¹¹⁰ Sinds het arrest van de Hoge Raad kwam het in enkele zaken tot een concrete afweging tussen het belang van de rechthebbende bij toewijzing van diens vordering en het door art. 10 EVRM en art. 11 Handvest bestreken belang van diens wederpartij.¹¹¹

101 HvJ 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, AMI 2015, afl. 2, nr. 3, m.nt. R.D. Chavannes, IER 2014/45, m.nt. S. Kulk, NJ 2018/109, m.nt. P.B. Hugenholtz (UPC Telekabel). Zie ook P. Teunissen, ‘The Balance Puzzle: The ECJ’s Method of Proportionality Review for Copyright Injunctions’, EIPR 2018, afl. 9, p. 579-593.

102 HvJ 15 september 2016, C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689, AMI 2017, afl. 1, nr. 10, m.nt. P. Teunissen, IER 2017/13, m.nt. J.M.B. Seignette (McFadden), r.o. 96.

103 Zie Rb. Den Haag (vzr.) 22 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10789 (Brein/Ziggo & XS4ALL); Rb. Midden-Nederland (vzr.) 12 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:114 (Stichting Brein/KPN e.a.); Rb. Midden-Nederland (vzr.) 8 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:423, AMI 2019, afl. 3, nr. 7, m.nt. J.S. Bierens en G.J. Zwenne, IR 2019/0304, m.nt. D.M. Linders en J.J. Vermeij (Dutch FilmWorks/Ziggo).

104 Rb. Amsterdam 19 januari 1994, ECLI:NL:RBAMS:1994:AK2254, IER 1994/5 (Volkskrant/Stichting Beeldrecht); HR 20 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1845, AA 1997, 640-645, m.nt. H. Cohen Jehoram, IER 1995/41, NJ 1995/682, m.nt. J.H. Spoor (Dior/Evara); Hof Amsterdam 8 juli 1999, AMI 1999, p. 116, Mediaforum 1999/44, m.nt. D.J.G. Visser (Anne Frank Fonds/Het Parool).

105 Die openbaarmaking kon in de ogen van het hof evenwel niet kwalificeren als ‘rechtmatige openbaarmaking’ in de zin van art. 15a Aw.

106 Hof Den Haag 4 september 2003 ECLI:NL:GHSGR:2003:A15638, AMI 2003, afl. 6, nr. 18, m.nt. P.B. Hugenholtz; BIE 2004/57, m.nt. A.A. Quaadvlieg, Computerrecht 2003, p. 350, m.nt. K.J. Koelman, NJ 2003/664, IER 2003/69, m.nt. F.W. Grosheide, Mediaforum 2003, p. 341, m.nt. D.J.G. Visser (Scientology/Spaink), r.o. 8.2-8.4.

107 HvJ 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (UPC Telekabel); HvJ 15 september 2016, C-484/14 (McFadden); HvJ 18 oktober 2018, C-149/17, ECLI:EU:C:2018:841, AMI 2019, afl. 1, nr. 2, en EHRC 2019/40, m.nt. P. Teunissen (Bastei Lübbe); zie ook: P. Teunissen, ‘Van interpretatie tot harmonisatie: grondrechtenafwegingen in het auteursrecht’, IER 2018/40, afl. 5, p. 376.

108 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:841, NJ 2015/183, SEW 2015/108 (GS Media/Sanoma), r.o. 5.2.5.

109 HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976, BR 1986, p. 121, m.nt. N.S.J. Koeman NJ 1986/356, m.nt. M. Scheltema (Claas/Van Tongeren), 3.4.

110 P. Teunissen, ‘Van interpretatie tot harmonisatie: grondrechtenafwegingen in het auteursrecht’, IER 2018/40, afl. 5, p. 390.

111 Rb. Amsterdam 16 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3517 en Hof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:395, AMI 2018, afl. 5, nr. 14, m.nt. J.J.C. Kabel (Anne Frank Fonds/Anne Frank Stichting); Rb. Amsterdam 10 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3590 en Hof Amsterdam 21 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:523; Rb. Amsterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9312, IER 2017/5, m.nt. C.F.M. de Vries (Anne Frank Fonds/Anne Frank Stichting & KNAW).

5. Rechtmatigheidstoetsing in het auteursrecht

Tot op heden zijn er nog geen voorbeelden waarin een auteursrechtelijke bepaling werd getoetst aan art. 11 Handvest.¹¹² Daarvoor bestaan verschillende verklaringen. Zo moet de nationale rechter pas overgaan tot het buiten toepassing laten van een bepaling van nationaal recht wanneer een conforme uitleg in de gegeven omstandigheden onmogelijk is. Daartoe is voorlopig kennelijk nog geen aanleiding geweest. Verwonderlijk is dat niet, omdat het Handvest pas relatief kortgeleden onderdeel is geworden van het primaire Unierecht. Een andere verklaring luidt dat het stelsel van uitzonderingen ruim en (veelal) soepel is en daardoor een ruime uitleg in de meeste gevallen soelaas biedt.

Denkbaar is dat het Hof zich in de toekomst zal moeten uitspreken over de verenigbaarheid van een nationale bepaling met art. 11 Handvest.¹¹³ Vooralsnog is men echter aangevoerd op de rechtspraak over art. 10 EVRM. Toetsing aan deze bepaling kan plaatshebben door het EHRM, het HvJ en de nationale rechter. Tot nu toe heeft nog geen van deze rechters strijdigheid van een (nationale of unitaire) auteursrechtelijke regel met de vrijheid van meningsuiting vastgesteld.

5.1 Rechtspraak van het EHRM

De rechtspraak van het EHRM over het spanningsveld tussen het auteursrecht en de vrijheid van meningsuiting draait vooral om toetsing van overheidszaken op het gebied van het auteursrecht. Dat is een logisch gevolg van het feit dat burgers alleen kunnen klagen over inmengingen in hun grondrechten door verdragsstaten.

De voorloper van het EHRM, de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM), heeft ruim vijftig jaar geleden twee auteursrechtelijke bepalingen langs de lat van art. 10 EVRM gelegd.¹¹⁴ Het ging om art. 22 en 23 Omroepwet, die exclusieve publicatierechten van publieke omroepen op

programmagegevens verleenden aan publieke omroepen. Deze bepalingen vormden een wettelijke versterking van de inmiddels afgeschafte 'geschriftenbescherming'.¹¹⁵ De ECRM meende dat deze bepalingen niet strijdig waren met art. 10 EVRM.¹¹⁶

Het EHRM heeft zich nog niet hoeven uitlaten over de verenigbaarheid van een auteursrechtelijke wetsbepaling met de vrijheid van meningsuiting. Wel heeft het Hof enkele rechterlijke veroordelingen op het gebied van het auteursrecht getoetst aan art. 10 EVRM.

De zaken *Ashby Donald*¹¹⁷ en *The Pirate Bay*¹¹⁸ hadden betrekking op strafrechtelijke veroordelingen voor auteursrechtinbreuken. In *Ashby Donald* ging het om drie fotografen die foto's hadden gemaakt van enkele creaties tijdens modeshows in Parijs en deze zonder toestemming online publiceerden op modewebsites. De fotografen werden veroordeeld tot betaling van boetes en schadevergoeding van in totaal ongeveer € 250.000. In *The Pirate Bay* stond een rechterlijke veroordeling van twee oprichters van The Pirate Bay centraal. De Zweedse rechter had hen gevangenisstraffen en een schadevergoeding van € 5 miljoen opgelegd op grond van medeplichtigheid aan illegale *filesharing*. In beide zaken verwierp het EHRM het beroep van appellanten op schending van art. 10 EVRM. Het Hof overwoog dat de Franse en Zweedse rechter een 'bijzonder ruime beoordelingsvrijheid' toekwam. Enerzijds was deze ruimte het gevolg van de omstandigheid dat het ging om commerciële uitingen en niet om politieke uitingen. Anderzijds was er sprake van een botsing tussen het auteursrecht en de vrijheid van meningsuiting. Omdat het afwegen van deze rechten primair is voorbehouden aan de verdragsstaten, kent het Hof hen daarbij een ruime beoordelingsmarge toe.¹¹⁹

De zaak *Akdeniz* draaide om een rechterlijk bevel dat ISP's verplichtte twee websites (*myspace.com* en *last.fm*) te blokkeren, omdat op die websites auteursrechtinbreuken plaatsvonden.¹²⁰ Enkele internetgebruikers, waaronder Akdeniz,

112 Zie voor toetsing aan art. 11 Handvest in het algemeen: HvJ 17 december 2015, C-157/14, ECLI:EU:C:2015:823 (*Neptune Distribution*); HvJ 4 mei 2016, C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325 (*Philip Morris*). Zie voor toetsing van bepalingen van de Richtlijn audiovisuele mediadiensten aan art. 16 en 17 Handvest: HvJ 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, *Mf* 2013/27, m.nt. M.P. Beijer, *SEW* 2013, p.447-453, m.nt. P.-A. Van Malleghem (*Sky Österreich*).

113 Vgl. HvJ 16 mei 2014, C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, *Computerrecht* 2014/76, m.nt. R. van den Hoven van Genderen, *Mf* 2014 2015/9, m.nt. K. Irion, M.-P. Granger & S.J. Eskens, *NJ* 2016/446, m.nt. E.J. Dommering (*Digital Rights Ireland*); HvJ 21 december 2016, C-203/15 and C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, *NJ* 2017/186, m.nt. E.J. Dommering (*Tele2 Sverige e.a.*).

114 ECRM 6 juli 1976, nr. 5178/71, ECLI:NL:XX:1976:AB7232, *NJ* 1978/237 (*De Geïllustreerde Pers N.V./Nederland*).

115 Zie Spoor/Verkade/Visser 2019/3.23.

116 ECRM 6 juli 1976, nr. 5178/71, ECLI:NL:XX:1976:AB7232, *NJ* 1978/237 (*De Geïllustreerde Pers N.V./Nederland*), r.o. 88. Zie daarover kritisch: H. Cohen Jehoram, 'Het Omroepbladenmonopolie', *AA* 1979, p. 153; P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1989, p. 163-164.

117 EHRM 10 januari 2013, nr. 36769/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, *AMI* 2014, afl. 2, nr. 4, m.nt. E.J. Dommering, *NJ* 2015/21, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Ashby Donald*).

118 EHRM 19 februari 2013, nr. 40379/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0219DEC004039712, *Auteurs & Media* 2013, p. 190-200 (*The Pirate Bay*).

119 EHRM 10 januari 2013, nr. 36769/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, *AMI* 2014, afl. 2, nr. 4, m.nt. E.J. Dommering, *NJ* 2015/21, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Ashby Donald*), r.o. 29-30; EHRM 19 februari 2013, nr. 40379/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0219DEC004039712, *Auteurs & Media* 2013, p. 190-200 (*The Pirate Bay*). Zie ook D. Voorhoof & I. Høedt-Rasmussen, 'Copyright vs. Freedom of Expression. Case of Donald Ashby a.o. v. France', *Auteurs & Media* 2013, afl. 2, p. 53-58; M. de Cock Buning, 'Ashby Donald; commercial speech en uitingsvrijheid in het auteursrecht', *IER* 2014/36, afl. 4; Ch. Geiger & E. Izyumenko, 'Copyright on the Human Rights' Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression', *IIC* 2014, afl. 3, p. 316.

120 EHRM 11 maart 2014, ECLI:NL:XX:2014:790, nr. 20877/10 (*Akdeniz/Turkije*). Zie ook: Ch. Geiger and E. Izyumenko, 'Intellectual Property before the European Court of Human Rights' in: Ch. Geiger, C. Nard & X. Seuba (red.), *Intellectual Property and the Judiciary*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 9.

vochten dit bevel aan bij het EHRM. Het Hof stelde voorop dat een dergelijk bevel een inmenging vormt van de vrijheid van meningsuiting en aldus moet voldoen aan de in art. 10 lid 2 EVRM genoemde vereisten. Het Hof verklaarde de klagers echter niet-ontvankelijk, omdat zij als derden onvoldoende werden geraakt door het blokkeringsbevel. Er bestonden immers ook andere kanalen om muziek te luisteren.¹²¹ Voor ontvankelijkheid is meer nodig, bijvoorbeeld dat een internetgebruiker niet langer toegang heeft tot zijn eigen website.¹²²

Uit de overwegingen over de ontvankelijkheid van de klagers volgt overigens niet dat het voorgelegde bevel ook daadwerkelijk voldoet aan de voorwaarden van art. 10 lid 2 EVRM. Aannemelijk is dat de ISP's zelf wel ontvankelijk zouden zijn verklaard en het bevel jegens hen strijdig zou zijn geoordeeld met art. 10 EVRM. Zo achtte het EHRM in de zaak *Cengiz* een ongedifferentieerde blokkade van de website youtube.com, die was gegrond op de aanwezigheid van een tiental video's die in strijd waren met een strafrechtelijke bepaling, in strijd met art. 10 EVRM.¹²³

Het EHRM overwoog in *Akdeniz* dat voor een blokkeringsbevel in het algemeen een duidelijk juridisch kader is vereist en dat internetgebruikers effectieve rechtsmiddelen tot hun beschikking moeten hebben om het bevel aan te vechten. Daarmee beoogt het Hof *collateral censorship* – overblokkering door de ISP uit preventieve overwegingen – te voorkomen.¹²⁴ Inhoudelijk stelt het EHRM daarmee vergelijkbare voorwaarden als het Hof van Justitie. Het Luxemburgse Hof oordeelde in *UPC Telekabel* dat een blokkeringsbevel “geen nadelige gevolgen mag hebben voor internetgebruikers die zich rechtmatig toegang willen verschaffen tot de informatie” en dat lidstaten aan internetgebruikers de mogelijkheid moeten bieden hun recht op vrijheid van informatie voor de

rechter te laten gelden.¹²⁵ Een belangrijk verschil is dat het EHRM terughoudender toetst dan het Hof van Justitie. Zo overwoog het EHRM in *Akdeniz* dat de Turkse rechter een bijzonder ruime beoordelingsvrijheid had, omdat het bevel betrekking had op commerciële uitingen en er bovendien een afweging moest worden gemaakt tussen het auteursrecht en de vrijheid van meningsuiting.¹²⁶

Het EHRM laat in de regel minder beoordelingsruimte bij inmengingen die negatieve gevolgen hebben voor de mogelijkheid om deel te nemen aan een debat van algemeen belang.¹²⁷ In dergelijke gevallen is de kans dus ook groter dat het EHRM een schending van de vrijheid van meningsuiting zal aannemen.¹²⁸ De rechtspraak van het EHRM wijst erop dat het niet enkel hoeft te gaan om politieke twistpunten. Ook onderwerpen als sport¹²⁹, popsterren¹³⁰ en religie¹³¹ zijn volgens het Hof van algemeen belang.¹³² Wanneer in dergelijke zaken een afweging moet worden gemaakt tussen verschillende grondrechten, zullen verdragsstaten nog steeds een bepaalde beoordelingsvrijheid hebben.¹³³ Die beoordelingsvrijheid zal niettemin kleiner zijn dan het geval is bij de beperking van commerciële uitingen.¹³⁴

5.2 Rechtspraak van het Hof van Justitie

Ook het handelen van de Uniewetgever kan worden onderworpen aan toetsing aan het EVRM. Zo toetste het Hof van Justitie in *Laserdisken* de in art. 4 lid 2 Arl neergelegde regel van (Europese) territoriale uitputting aan het recht op vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM. In die zaak achtte het Hof de richtlijnbeperking niet in strijd met dat grondrecht. Het Hof overwoog onder verwijzing naar art. 10 lid 2 EVRM dat “de gestelde beperking van de vrijheid om informatie te ontvangen rechtvaardiging [vindt] in de noodzaak van bescherming van de intellectuele eigendomsrechten, zoals het auteursrecht,

121 EHRM 11 maart 2014, nr. 20877/10, ECLI:NL:XX:2014:790 (*Akdeniz/Turkije*), r.o. 21-27.

122 EHRM 18 december 2012, nr. 31111/10, ECLI:CE:ECHR:2012:1218JUD000311110, NJ 2014/320, m.nt. E.J. Dommering (*Yildirim*), r.o. 49-50.

123 EHRM 1 december 2015, nr. 14027/11 en 48226/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, NJ 2016/337, m.nt. E.J. Dommering (*Cengiz/Turkije*), r.o. 65-67.

124 EHRM 11 maart 2014, nr. 20877/10, ECLI:NL:XX:2014:790 (*Akdeniz/Turkije*), r.o.28. Zie ook EHRM 18 december 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1218JUD000311110, nr. 31111/10 (*Yildirim/Turkije*), r.o. 46.

125 HvJ 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, AMI 2015, afl. 2, nr. 3, m.nt. R.D. Chavannes, IER 2014/45, m.nt. S. Kulk, NJ 2018/109, m.nt. P.B. Hugenholtz (*UPC Telekabel*), r.o. 56-57.

126 EHRM 11 maart 2014, nr. 20877/10, ECLI:NL:XX:2014:790 (*Akdeniz/Turkije*), r.o. 27.

127 EHRM 11 maart 2014, nr. 20877/10, ECLI:NL:XX:2014:790 (*Akdeniz/Turkije*), r.o.26; EHRM 18 december 2012, nr. 31111/10, ECLI:CE:ECHR:2012:1218JUD000311110, NJ 2014/320, m.nt. E.J. Dommering (*Yildirim*), r.o. 64-66. Zie ook P.Torremans, 'Ashby Donald and Others v France, Application 36769/08, EctHr, 5th Section, Judgment of 10 January 2013', *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 2014, afl. 1, p. 95.

128 EHRM 11 maart 2014, nr. 20877/10, ECLI:NL:XX:2014:790 (*Akdeniz/Turkije*), r.o. 26.

129 EHRM 22 februari 2007, nr. 5266/03, ECLI:CE:ECHR:2007:0222JUD000526603 (*Nikowitz e.a./Oostenrijk*), r.o. 25; EHRM 26 april 2007,

nr. 11182/03 en 11319/03, ECLI:CE:ECHR:2007:0426JUD001118203 (*Colaço Mestre e.a./Portugal*), r.o. 28; EHRM 8 juni 2010, nr. 44102/04 en 15066/07, ECLI:CE:ECHR:2012:0628JUD001505407 (*Ressiot e.a./Frankrijk*), r.o. 116.

130 EHRM 8 juni 2010, nr. 44102/04, ECLI:CE:ECHR:2010:0608JUD004410204 (*Sapan/Turkije*), r.o. 34.

131 EHRM 4 december 2012, nr. 59631/09, ECLI:CE:ECHR:2012:1204JUD005963109 (*Verlagsgruppe News/Oostenrijk*), r.o. 76.

132 Zie ook Ch. Geiger, G. Frosio & E. Izyumenko, 'Intermediary Liability and Fundamental Rights', in: G. Frosio (red.), *The Oxford Handbook of Intermediary Liability*, Oxford: OUP 2019 (nog te verschijnen; beschikbaar via https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3411633).

133 EHRM 7 februari 2012, nr. 39954/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD003995408, NJ 2013/254, m.nt. E.J. Dommering (*Axel Springer Verlag AG v. Duitsland*), r.o. 88; EHRM 10 januari 2013, nr. 36769/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, AMI 2014, afl. 2, nr. 4, m.nt. E.J. Dommering, NJ 2015/21, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Ashby Donald*), r.o. 41.

134 In gelijke zin: D.Voorhoof & H. Cannie, 'Freedom of Expression and Information in a Democratic Society. The Added but Fragile Value of the European Convention on Human Rights', *International Communication Gazette*, 2010, afl. 4-5, p. 407-423; De M. de Cock Buning, 'Ashby Donald; commercial speech en uitingsvrijheid in het auteursrecht', IER 2014/36, afl. 4.

135 HvJ 12 september 2006, C-479/04, ECLI:EU:C:2006:549, NJ 2007/558 (*Laserdisken*), r.o. 61-62 en 65.

die deel uitmaken van het eigendomsrecht.”¹³⁵ Hoewel voor dat uitgangspunt iets te zeggen valt, is de motivering van het Hof mager te noemen.¹³⁶ Nergens wordt duidelijk *waarom* het Hof de uitputtingsregel niet in strijd bevond met de vrijheid van meningsuiting. Inzichtelijker was het oordeel van A-G Sharpston. Zij wees erop dat, vanwege de botsing tussen de vrijheid van meningsuiting en het recht op eigendom, in beginsel slechts plaats was voor een terughoudende toets. De A-G concludeerde dat een bevredigende afweging van de betrokken belangen was gemaakt en dat de uiteindelijke keuze voor Europese uitputting boven internationale uitputting niet kennelijk onevenredig was.¹³⁷

5.3 Nederlandse rechtspraak

In het algemeen wordt in onze nationale rechtspraak het standpunt aangehangen dat het auteursrecht een toelaatbare beperking vormt op de vrijheid van meningsuiting en dat voor een nadere toetsing slechts in uitzonderlijke gevallen plaats is.¹³⁸ Tot een concrete toetsing kwam het in *Kabel-tv III*, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de uit art. 12 Aw voortvloeiende voorwaarde van toestemming niet in strijd was met art. 10 EVRM.¹³⁹

In de meeste gevallen toetst de rechter niet een specifieke wetbepaling, maar kiest hij voor een verdragsconforme uitleg. Zo toetste de Rechtbank Amsterdam in *Volkscrant/Beeldrecht* of de uitoefening van de verbodsrechten die uit de Auteurswet voortvloeien in het concrete geval voldoet aan de voorwaarden van art. 10 lid 2 EVRM.¹⁴⁰ Hoewel het geval gelijkenissen vertoont met rechtmatigheidstoetsing, gaat het in deze zaak om een (verdragsconforme) belangenafweging.¹⁴¹

6. Conclusie

Uit de arresten *Ashby Donald* en *The Pirate Bay* wordt wel eens afgeleid dat het auteursrecht principieel zou zijn onder-

worpen aan de vrijheid van meningsuiting.¹⁴² Daarbij past de nuancering dat die onderwerping betrekking heeft op overheidshandelen binnen het domein van het auteursrecht. Van belang is daarbij dat naast de vrijheid van meningsuiting ook het auteursrecht grondrechtelijke status heeft. Tussen deze rechten bestaat geen principiële hiërarchie. Zij zullen daarom op gelijke voet tegen elkaar moeten worden afgewogen.¹⁴³ Het EHRM laat in zijn rechtspraak daarom een zeer ruime beoordelingsvrijheid aan de nationale wetgever ten aanzien van die afweging en toetst pas ingrijpender wanneer het auteursrecht het debat over onderwerpen van algemeen belang verstoort.

De rechtspraak van het Hof van Justitie duidt op een inhoudelijk vergelijkbare, maar minder terughoudende aanpak. Daar staat het beginsel van een rechtvaardig evenwicht voorop. Het Hof gebruikt dit beginsel bij de uitleg van het uitsluitend recht, de beperkingen daarop en de handhavingregels. De veelal open geformuleerde beperkingen uit de Auteursrechtlijn bieden de rechter de mogelijkheid om, binnen de grenzen van zijn interpretatievrijheid, een uitleg te geven aan excepties die rekening houdt met technologische en maatschappelijke behoeften. In deze afweging spelen grondrechten een belangrijke rol.

Aanvaarding van een ‘externe’ exceptie ligt minder voor de hand. De wetgever heeft het primaat bij het vaststellen van de reikwijdte en grenzen van het auteursrecht en het maken van afwegingen die daarmee gepaard gaan. De rechter speelt bij het bepalen van deze grenzen een beperkte rol en dient slechts bij uitzondering in te grijpen.¹⁴⁴

Met de arresten *Funke Medien*, *Pelham* en *Spiegel Online* schrijft het Hof van Justitie een nieuw hoofdstuk over de invloed van grondrechten op het auteursrecht.¹⁴⁵ Deze arresten zullen in het volgende deel van dit tweeluik uitgebreid aan de orde komen.¹⁴⁶

136 T. Mylly, ‘The Constitutionalisation of the European Legal Order: Impact of Human Rights on Intellectual Property in the EU’, in: Ch. Geiger (red.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Cheltenham: Edward Elgar, 2015, p. 103 en 110; P. Oliver & C. Stothers, ‘Intellectual property under the Charter: are the Court’s scales properly calibrated?’, *CMLR* 2017, afl. 2, p. 549-550.

137 Zie ook concl. A-G Sharpston bij HvJ 12 september 2006, C-479/04, ECLI:EU:C:2006:292 (*Laserdisken*), pt. 60-71.

138 HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4520, AA 1983, p. 604-611, m.nt. H. Cohen Jehoram, NJ 1984/696, m.nt. E.A. van Nieuwenhoven Helbach (*Kabelpiraten I*), r.o. 3.7; HR 20 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1845, AA 1997, 640-645, m.nt. H. Cohen Jehoram, IER 1995/41, NJ 1995/682, m.nt. J.H. Spoor (*Dior/Evora*); Hof Amsterdam 8 juli 1999, AMI 1999, p. 116, *Mediaforum* 1999/44, m.nt. D.J.G. Visser (*Anne Frank Fonds/Het Parool*), r.o. 4.14-4.24. Zie eerder: H. Cohen Jehoram, ‘Auteursrecht contra vrijheid van meningsuiting’, *NJB* 1974, p. 1404-1405.

139 HR 24-12-1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1201, NJ 1994/641, m.nt. J.H. Spoor (*Kabel-tv III*), r.o. 3.9.

140 Rb. Amsterdam 19 januari 1994, AMI 1994, p. 66, m.nt. G. Mom, IER 1994/5, *NJCM-Bull.* 1994, p. 673, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Volkscrant/St. Beeldrecht*), r.o. 6-10.

141 Zie paragraaf 4.3.2.

142 P.B. Hugenholtz, annotatie bij EHRM 10 januari 2013, nr. 36769/08 (*Ashby Donald*), NJ 2015/121.

143 Zie voor nationale rechtspraak die het auteursrecht vooropstelt: BGH 24 januari 2002, *GRUR* 2002, p. 605 (*Verhüllter Reichstag*); OGH 9 december 1997, *GRUR Int.* 1998, p. 896 (*Karikaturwiedergabe*); Zie voor rechtspraak die art. 10 EVRM vooropstelt: BVerfG 29 juni 2000, *GRUR* 2001, p. 149 (*Germania*); Oberster Gerichtshof (Oostenrijk) 12 juni 2001, *GRUR Int.* 2002, p. 341 (*Medienprofessor*); Hof Den Haag 4 september 2003 ECLI:NL:GHSGR:2003:AI5638, AMI 2003/18, m.nt. P.B. Hugenholtz; *BIE* 2004/57, m.nt. A.A. Quaadvlieg, *Computerrecht* 2003, p. 350, m.nt. K.J. Koelman, NJ 2003/664, IER 2003/69, m.nt. F.W. Grosheide, *Mediaforum* 2003, p. 341, m.nt. D.J.G. Visser (*Scientology/Spaink*).

144 In gelijke zin: A. Peukert, ‘The Fundamental Right to (Intellectual) Property and the Discretion of the Legislature’, in: C. Geiger (red.), *Human Rights and Intellectual Property*, Cheltenham: Edward Elgar 2015, p. 141-148.

145 HvJ 29 juli 2019, C-469/19, ECLI:EU:C:2018:623, (*Funke Medien*); HvJ 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*); HvJ 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*).

146 Op het tijdstip van afronding van dit artikel (d.d. 22 juli 2019) waren deze arresten nog niet gewezen. ECLI-nummers zijn in de redactionele fase toegevoegd.