

HvJEU in *Spiegel Online* en *Funke Medien*: een pyrrusoverwinning voor de informatievrijheid?

Auteur: Marijn Kingma, Höcker Advocaten

Voor de meeste Europeanen is het zomervakantie, maar het Europese Hof van Justitie heeft nog even doorgewerkt. Op 29 juli werden drie langverwachte arresten van de Grote Kamer gepubliceerd in de zaken *Kraftwerk*, *Spiegel Online* en *Funke Medien*. De arresten gaan alle drie over de verhouding tussen het auteursrecht en de informatievrijheid, de laatste twee meer specifiek over de persvrijheid. Het Hof komt in die twee arresten tot een paar voor de hand liggende, maar ook een paar opmerkelijke oordelen. Een korte analyse.

Spiegel Online

Het [eerste arrest](#) is gewezen in de zaak Spiegel Online tegen Volker Beck. Beck is een Duitse politicus die van 1994 tot 2017 in de Bundestag zat. Beck is de auteur van een manuscript over seksuele handelingen van volwassenen met kinderen. Dit manuscript is in 1988 – onder een pseudoniem – gepubliceerd in een bundel en daarbij heeft de uitgever – volgens Beck zonder zijn toestemming – de titel aangepast en een zin ingekort. Beck werd vervolgens bekritiseerd vanwege zijn standpunten en stelde zich jarenlang op het standpunt dat de inhoud van het manuscript door de uitgever was gewijzigd. Het oorspronkelijke manuscript van Beck is in 2013 in een archief opgedoken en aan Beck voorgelegd, die toen kandidaat was voor de parlementsverkiezingen in Duitsland. Beck heeft beide versies van het manuscript op zijn eigen website gepubliceerd, waarbij hij op elke bladzijde de volgende vermelding aanbracht: “Ik neem afstand van dit artikel. Volker Beck”. Op de in de betrokken bundel gepubliceerde bladzijden van het artikel was bovendien de volgende vermelding aangebracht: “Voor [publicatie van] deze tekst is geen toestemming verleend. De ondertitel en delen van de tekst zijn verdraaid ten gevolge van de vrije bewerking door de uitgever”.

De nieuwswebsite Spiegel Online schreef vervolgens een artikel waarin wordt uiteengezet dat de uitgever de kernboodschap van het manuscript van Beck niet had gewijzigd en dat Beck het publiek dus jarenlang had misleid. In het artikel staan hyperlinks waarmee de originele versie van het manuscript en het artikel zoals gepubliceerd in de bundel kunnen worden gedownload, zodat deze met elkaar kunnen worden vergeleken.

Beck is hier kennelijk niet blij mee en stapt naar de rechter wegens inbreuk op zijn auteursrecht. Spiegel Online beroept zich op de persexceptie van artikel 5 lid 3 sub c Auteursrechtlijn en/of de citaatexceptie van artikel 5 lid 3 sub d Auteursrechtlijn. De zaak komt uiteindelijk bij het Bundesgerichtshof terecht, die vragen stelt aan het Hof van Justitie.

Informatievrijheid

Een van de vragen (vraag drie) die het Bundesgerichtshof stelt is of het grondrecht van persvrijheid/informatievrijheid nog een rechtvaardiging kan bieden als het gebruik van een werk niet onder een exceptie valt. Het Hof oordeelt dat de lijst van excepties in de Auteursrechtlijn uitputtend is. Weliswaar moet het belang van het auteursrecht worden afgewogen tegen de informatievrijheid, maar die afweging is volgens het Hof al opgenomen in de richtlijn zelf. De wetgever heeft in artikel 5 van de Auteursrechtlijn excepties opgenomen die het juiste evenwicht tussen deze rechten en belangen vastleggen. Het is de lidstaten volgens het Hof dus niet toegestaan om buiten deze excepties om nog een afweging te maken tussen het auteursrecht en de informatievrijheid of andere fundamentele rechten.

Dit oordeel is opmerkelijk als het naast het arrest van Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens uit 2013 in de zaak *Ashby Donald* wordt gelegd. In deze zaak oordeelde het EHRM namelijk dat bij auteursrechtinbreuken altijd getoetst moet worden aan artikel 10 EVRM (het recht op vrijheid van meningsuiting en persvrijheid). Het is volgens het Mensenrechtenhof niet voldoende om te onderzoeken of het gebruik van een auteursrechtelijk beschermd werk onder een exceptie in de Auteursrechtlijn valt, er moet ook worden onderzocht of de beperking van de uitsingsvrijheid noodzakelijk is in een democratische samenleving. (Het [arrest](#) in de *Ashby Donald* zaak is enkel in het Frans beschikbaar, een analyse in het Engels is [hier](#) te vinden).

Het Hof van Justitie oordeelt in het antwoord op de tweede prejudiciële vraag vervolgens dat bij de *uitleg* van de excepties in de Auteursrechtrichtlijn wél een belangenafweging moet plaatsvinden tussen auteursrechten en rechten van gebruikers van beschermd materiaal. Bij dat oordeel verwijst het Hof overigens wel naar Ashby Donald (ov. 58 van het arrest).

Excepties

Het Hof van Justitie gaat in het arrest daarnaast in op vier vragen over de implementatiemogelijkheden en reikwijdte van excepties. De eerste vraag die het Hof beantwoordt is in hoeverre lidstaten discretionaire bevoegdheid hebben bij het implementeren van excepties uit de Auteursrechtrichtlijn. Het Hof oordeelt dat de auteursrechtelijke excepties niet volledig geharmoniseerd zijn, en dat lidstaten dus (enige) vrijheid hebben bij het implementeren van deze excepties.

Dat die vrijheid beperkt is, blijkt vervolgens uit het antwoord op de vierde prejudiciële vraag, over de persexceptie waar Spiegel Online zich op had beroepen. In Duitsland is deze exceptie kennelijk zo geïmplementeerd dat deze enkel geldt als het niet redelijkerwijs mogelijk is om vooraf om toestemming aan de auteursrechthebbende te vragen. Het Hof van Justitie oordeelt dat deze extra voorwaarde niet is toegestaan. Volgens het Hof moet een actuele gebeurtenis snel kunnen worden meegedeeld, en is dat moeilijk verenigbaar met een vereiste van voorafgaande toestemming. Het Hof wijkt hier – in mijn ogen terecht – af van de conclusie van Advocaat-Generaal Szpunar, die oordeelde dat de extra voorwaarde in overeenstemming met het Unierecht zou zijn, omdat je bij tijdsgebrek redelijkerwijs geen toestemming zou hoeven vragen (wat mijns inziens onzekerheid met zich mee zou kunnen brengen over wanneer nou wel of niet redelijkerwijs toestemming gevraagd zou moeten worden, en je bovendien met lege handen staat als die toestemming wordt geweigerd).

Spiegel Online zal dus waarschijnlijk een beroep kunnen doen op de persexceptie; de verwijzende rechter zal nog wel moeten nagaan of de publicatie van de twee versies van het manuscript vanuit het oogpunt van voorlichting noodzakelijk was (ov. 69 van het arrest).

De vijfde en zesde vraag die het Hof beantwoordt gaan over de citaatexceptie. In antwoord op de vijfde vraag oordeelt het Hof – opnieuw in afwijking van de conclusie van de AG – dat het via een hyperlink ter beschikking stellen van een geheel werk dat afzonderlijk kan worden geraadpleegd onder het begrip ‘citeren’ kan vallen. Dit is om twee redenen interessant.

Ten eerste wordt de citaatexceptie meestal zo uitgelegd dat het, zeker bij citaten uit tekst, moet gaan om een gedeelte van het werk. De A-G was dan ook van mening dat hier de grenzen van een toelaatbaar citaat waren overschreden. Het Hof oordeelt nu dat ook publicatie van een *geheel werk* een citaat kan zijn, zolang het citeren niet verder gaat “dan noodzakelijk is om het doel van het betrokken citaat te bereiken” (ov. 83 van het arrest).

Ten tweede valt een citaat pas onder de exceptie indien dit wordt gebruikt ten behoeve van kritieken en recensies en voor soortgelijke doeleinden. Weliswaar werd naar de manuscripten verwezen in een begeleidend artikel, dat gezien kan worden als ‘kritiek’ op het werk omdat in het artikel werd beschreven dat Beck het artikel in de kern niet had gewijzigd en dus het publiek had misleid, maar het citaat staat niet in het artikel zelf. Volgens het Hof maakt dat echter niet uit, omdat uit de richtlijn niet voortvloeit dat het citaat onlosmakelijk wordt geïntegreerd in het citerende werk, zodat er ook kan worden geciteerd door via een hyperlink naar het werk te verwijzen (ov. 80 van het arrest). De citaatexceptie wordt door het Hof dus zeer ruim uitgelegd.

De zesde vraag tenslotte, ziet op het vereiste in de Auteursrechtrichtlijn dat het geciteerde werk reeds op geoorloofde wijze aan het publiek ter beschikking is gesteld. De verwijzende rechter vroeg zich af of het werk van Beck kan worden geacht op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar te zijn gesteld op het moment van publicatie van zijn manuscript in 1988 in de bundel, gelet op het feit dat de uitgever van deze bundel dit manuscript voordat het werd gepubliceerd licht had gewijzigd. Het Hof oordeelt (niet verrassend) dat de verwijzende rechter met inachtneming van alle omstandigheden van het geval moet beslissen of een werk op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld. De nationale rechter moet in deze zaak dus nagaan of de uitgever op het moment van de eerste publicatie van het manuscript over het recht beschikte om de redactionele wijzigingen aan te brengen. Het zal nog een hobbel voor Spiegel Online zijn om dat te bewijzen.

Funke Medien

Het [tweede arrest](#) van het Hof gaat over het online publiceren van vertrouwelijke overheidsdocumenten, zogenaamde Unterrichtung des Parlaments verslagen ('UdP's'). Op de website van het Duitse dagblad Westdeutsche Allgemeine Zeitung, beheerd door Funke Medien, is een groot aantal van deze UdP's gepubliceerd onder de naam Afghanistan-Papiere. De UdP's zijn "gerubriceerde documenten – voor beperkt gebruik", het laagste van de vier vertrouwelijkheidsniveaus waar het Duitse recht in voorziet. De Duitse Staat vordert een stakingsbevel op grond van inbreuk op zijn auteursrechten. Funke Medien verweert zich, net als Spiegel Online, met een beroep op de persexceptie en de citaatexceptie. De zaak komt bij het Bundesgerichtshof terecht, en dat stelt dezelfde vragen aan het Hof van Justitie als de eerste drie vragen in de Spiegel Online-zaak.

Over de beantwoording van deze vragen kan ik kort zijn, want het Hof beantwoordt deze (niet verrassend) hetzelfde als in Spiegel Online. Het Hof oordeelt ook hier dat de auteursrechtelijke excepties niet volledig geharmoniseerd zijn, dat de informatievrijheid en persvrijheid geen rechtvaardiging kunnen bieden voor gebruik dat niet onder de excepties valt, en dat bij de uitleg van excepties de rechter een belangenafweging moet maken tussen het auteursrecht en de fundamentele rechten van gebruikers.

Interessanter is wat het Hof buiten de vragen om overweegt. Het lijkt duidelijk dat het Hof – net als de AG – weinig sympathie heeft voor het standpunt van de Duitse overheid. Dit zal te maken hebben met de omstandigheid dat de Duitse overheid had toegegeven dat het gevaar voor de staatsveiligheid als gevolg van de verspreiding van de documenten niet van dien omvang was dat het een ingrijpen in de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid rechtvaardigde (zo blijkt uit punt 49 van de [conclusie A-G](#)). De Duitse overheid koos daarom voor een "ongebruikelijke" beroepsweg, te weten de bescherming van haar auteursrecht op die documenten. De A-G loste dit op een zeer eigenzinnige wijze op door te concluderen dat een lidstaat zich niet kan beroepen op zijn fundamentele intellectuele eigendomsrecht om een grondrecht te beperken. De A-G probeert dit op allerlei manieren te onderbouwen, onder meer door te concluderen dat de rapporten zijn geschreven door overheidsfunctionarissen die dat niet doen in het kader van een persoonlijk scheppende activiteit waardoor er geen "werkelijke auteur" is en dat de Duitse staat hier het auteursrecht inzet voor het nastreven van een doel dat niets met het auteursrecht te maken heeft.

Het Hof van Justitie kiest een traditionelere weg, maar voelt er duidelijk ook weinig voor om het beroep op auteursrecht te laten slagen. Waar het Hof het in de Spiegel Online-zaak aan de verwijzende rechter overlaat om te onderzoeken of het gebruik van de werken nodig was, oordeelt het hier alvast dat het gebruik van de overheidsdocumenten door Funke Medien kan neerkomen op gebruik van werken in verband met verslaggeving, en dat de persexceptie dus in beginsel van toepassing is. Hoewel het Bundesgerichtshof hierover geen vraag stelde, oordeelt het Hof van Justitie ook dat het hiervoor niet uitmaakt dat Funke Medien de UdP's zonder enige afzonderlijke verslaglegging heeft gepubliceerd, nu Funke Medien deze systematisch heeft weergegeven en heeft voorzien van inleidende opmerkingen, aanvullende links en een uitnodiging om te reageren. De conclusie die de verwijzende rechter zal moeten trekken is dus (hoogstwaarschijnlijk) dat de Duitse Staat geen beroep op zijn auteursrecht toekomt.

Overwinning voor de informatievrijheid?

Deze arresten lijken dus goed nieuws voor Funke Medien en in mindere mate ook voor Spiegel Online (in die zaak moeten nog wel vragen door de verwijzende rechter worden beantwoord). Het oordeel van het Hof in Spiegel Online is in ieder geval veel gunstiger voor Spiegel Online dan de conclusie van A-G Szpunar, die vond dat Spiegel Online zowel geen beroep op de persexceptie als op de citaatexceptie toekwam. Daarnaast zal de ruime uitleg die het Hof aan de citaatexceptie geeft met zich meebrengen dat werken die al zijn gepubliceerd gemakkelijker door de media kunnen worden overgenomen.

Toch zijn deze arresten in bredere context op één punt geen overwinning voor de informatievrijheid. In beide arresten oordeelt het Hof van Justitie dat de informatievrijheid en persvrijheid geen rechtvaardiging kunnen bieden voor beperkingen die niet onder een bestaande

exceptie vallen. Dit is problematisch omdat dit een beperking kan opleveren voor de rechter om in bijzondere gevallen de informatievrijheid toch te laten prevaleren.

Allereerst zijn vrijwel alle excepties in de Auteursrechtlijn (waaronder de citaatexceptie en persexceptie) optioneel. Wat is dan de situatie als een lidstaat een exceptie niet heeft geïmplementeerd? Deze Hof van Justitie arresten zouden in dat geval volgens mij met zich meebrengen dat de kous af is, en dat de informatievrijheid geen rol meer kan spelen, want dat kan niet buiten de excepties om. Uit [dit overzicht](#) (waarvan ik niet weet of het volledig en actueel is) blijkt dat twee lidstaten de persexceptie slechts deels hebben geïmplementeerd (op welke manier is niet duidelijk) en dat één lidstaat de citaatexceptie geheel niet heeft geïmplementeerd. Daarnaast staat het lidstaten vrij om geïmplementeerde excepties weer af te schaffen, en zou het zomaar kunnen dat een regime met een wat minder democratische kijk op de pers hiertoe overgaat. De recente ontwikkelingen buiten én binnen de EU leren ons dat dit geen theoretisch gevaar is.

Daarnaast volgt uit de arresten dat ook in het geval excepties wel zijn geïmplementeerd, er geen ruimte is voor bijzondere omstandigheden. Een voorbeeld: gebruik van werken die niet al op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar zijn gesteld kan niet onder de citaatexceptie vallen. Er is dan geen verdere belangenafweging met de informatievrijheid mogelijk.

Deze situatie is niet hypothetisch en deed zich bijvoorbeeld voor in de beroemde Nederlandse [Scientology zaak](#). In die zaak ging het 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.

In het overgrote gedeelte van het gevallen zal het waarschijnlijk voor de uitkomst van de zaak niet veel uitmaken of de afweging tussen het auteursrecht en de informatievrijheid *an sich* plaatsvindt, of in het kader van de uitleg van een exceptie. In zowel Spiegel Online als Funke Medien overweegt het Hof dat de betreffende informatie van groot belang is in het kader van politieke gedachteswisselingen en legt het de excepties daarom breed uit. Bij meer commercieel gebruik zal het Hof de excepties minder breed uitleggen. De uitkomst zal daarom meestal niet anders zijn dan als de belangenafweging met de informatievrijheid vooraf plaatsvindt. Het probleem zit hem met name in de bijzondere zaken, zoals de Scientology zaak, waarbij het gebruik niet onder een exceptie valt, maar er wel een groot belang voor het publieke debat kan bestaan. De overwinning van de pers in Spiegel Online en Funke Medien zou voor deze bijzondere gevallen, en in lidstaten waar bepaalde excepties niet zijn geïmplementeerd, dus zomaar een pyrrusoverwinning voor de informatievrijheid kunnen blijken.