



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 25 oktober 2018¹

Zaak C-469/17

**Funke Medien NRW GmbH
tegen
Bundesrepublik Deutschland**

[verzoek van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland)
om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Auteursrecht en naburige rechten – Reproductierecht – Recht van mededeling van werken aan het publiek en recht van beschikbaarstelling van ander materiaal voor het publiek – Beperkingen en restricties – Nadere regels voor omzetting door de lidstaten – Beoordeling in het licht van de grondrechten – Uitputtend karakter”

Inleiding

1. „Van het westelijk front geen nieuws” vermeldde het waarschijnlijk bekendste oorlogsverslag uit de literatuurgeschiedenis. Deze zin uit de gelijknamige roman van Erich Maria Remarque² genoot, samen met het hele werk, vanzelfsprekend auteursrechtelijke bescherming. De kwestie die in de onderhavige zaak aan het Hof wordt voorgelegd, is complexer en gaat over de vraag of een niet op fantasie, maar volledig op feiten berustend militair verslag, net als literaire werken, in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming zoals door het Unierecht geharmoniseerd.

2. Deze vraag doet twee problemen rijzen, namelijk i) beantwoordt een dergelijk verslag aan de uit de aard van het auteursrecht zelf, maar ook uit de rechtspraak van het Hof voortvloeiende eisen waaraan een tekst moet voldoen om te kunnen worden aangemerkt als werk dat auteursrechtelijk kan worden beschermd, en ii) moet, teneinde die auteursrechtelijke bescherming te beperken of zelfs uit te sluiten, rekening worden gehouden met andere factoren, met name met de vrijheid van meningsuiting zoals beschermd door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”)? Het lijkt mij noodzakelijk deze twee vragen te beantwoorden om de verwijzende rechter een bruikbaar antwoord te kunnen geven.

¹ Oorspronkelijke taal: Frans.

² Remarque, E. M., *Im Westen nichts Neues*, Propyläen Verlag, Berlijn, 1929; Nederlandse vertaling: Salomons, A., Erven J. Bijleveld, Utrecht, 1929.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3. Artikel 2 van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij³ luidt als volgt:

„De lidstaten voorzien ten behoeve van:

a) auteurs, met betrekking tot hun werken,

[...]

in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.”

4. In artikel 3, lid 1, van die richtlijn is het volgende bepaald:

„De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.”

5. Artikel 5 van diezelfde richtlijn bepaalt in lid 3, onder c) en d), het volgende:

„De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op de in de artikelen 2 en 3 bedoelde rechten stellen ten aanzien van:

[...]

c) weergave in de pers, mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling van gepubliceerde artikelen over actuele economische, politieke of religieuze onderwerpen of uitzendingen of ander materiaal van dezelfde aard, in gevallen waarin dat gebruik niet uitdrukkelijk is voorbehouden, en voor zover de bron, waaronder de naam van de auteur, wordt vermeld, of het gebruik van werken of ander materiaal in verband met de verslaggeving over actuele gebeurtenissen, voor zover dit uit een oogpunt van voorlichting gerechtvaardigd is en, voor zover, de bron – waaronder de naam van de auteur – wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt;

d) het citeren ten behoeve van kritieken en recensies en voor soortgelijke doeleinden, mits het een werk of ander materiaal betreft dat reeds op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld, indien de bron – waaronder de naam van de auteur – wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt en het citeren naar billijkheid geschiedt en door het bijzondere doel wordt gerechtvaardigd;

[...]”

³ PB 2001, L 167, blz. 10.

Duits recht

6. Richtlijn 2001/29 is in Duits recht omgezet bij het Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (wet van 9 september 1965 betreffende het auteursrecht en naburige rechten; hierna: „UrhG”). In § 2 van die wet zijn de categorieën beschermde werken opgesomd. Lid 2 van deze paragraaf luidt als volgt:

„Enkel eigen intellectuele scheppingen zijn werken in de zin van deze wet.”

7. Ten aanzien van de bescherming van officiële teksten is in § 5 van de genoemde wet het volgende bepaald:

„1. Wetten, decreten, verordeningen en officiële kennisgevingen, alsook beslissingen en in officiële teksten opgenomen motiveringen van deze beslissingen zijn niet auteursrechtelijk beschermd.

2. Hetzelfde geldt voor andere officiële teksten die in het overheidsbelang ter algemene kennisgeving zijn gepubliceerd; de bepalingen van § 62, leden 1 tot en met 3, en van § 63, leden 1 en 2, inzake de bronvermelding en inzake het verbod om wijzigingen in het werk aan te brengen, zijn echter mutatis mutandis van toepassing.

[...]”

8. De reproductierechten van auteurs en hun recht van mededeling aan het publiek zijn beschermd op grond van § 15, leden 1 en 2, UrhG. De beperkingen betreffende nieuwsverslagen en citaten zijn neergelegd in de §§ 50 en 51 van die wet.

Feiten, procedure en prejudiciële vragen

9. Verweerster, de Bundesrepublik Deutschland (Bondsrepubliek Duitsland), laat wekelijks een verslag opstellen van de stand van zaken van de buitenlandse interventies van de Bundeswehr (federaal leger, Duitsland) en van de ontwikkelingen in het interventiegebied. Deze verslagen worden onder de naam „Unterrichtung des Parlaments” (voorlichting van het parlement; hierna: „UdP”) verstrekt aan bepaalde afgevaardigden van de Bundestag (Bondsdag, Duitsland), aan afdelingen van het Bundesministerium der Verteidigung (federaal ministerie van Defensie, Duitsland) en andere federale ministeries, alsook aan bepaalde diensten die onder het federaal ministerie van Defensie vallen. De UdP's worden beschouwd als „Gerubriceerde documenten – Restricted”, de laagste rubriceringsgraad. Parallel hieraan publiceert verweerster ingekorte versies van de UdP's onder de naam „Unterrichtung der Öffentlichkeit” (voorlichting van het publiek; hierna: „UdÖ”).

10. Verzoekster, Funke Medien NRW GmbH (hierna: „Funke Medien”), vennootschap naar Duits recht, beheert de website van het dagblad *Westdeutsche Allgemeine Zeitung*. Op 27 september 2012 heeft zij om toegang verzocht tot alle UdP's die tussen 1 september 2001 en 26 september 2012 waren opgesteld. Dit verzoek werd afgewezen op grond dat het verspreiden van deze informatie de veiligheid van het federale leger in gevaar kon brengen. Desondanks heeft verzoekster langs onbekende weg de hand weten te leggen op een groot deel van de UdP's, en zij heeft meerdere ervan onder de naam „Afghanistan-Papiere” (Afghanistan-documenten) gepubliceerd.

11. De Bondsrepubliek Duitsland, die van mening was dat haar auteursrecht op die verslagen door Funke Medien was geschonden, heeft tegen deze vennootschap een vordering tot staking ingesteld, die door het Landgericht (rechter in eerste aanleg, Duitsland) is toegewezen. Het door Funke Medien ingestelde hoger beroep is door de rechter in tweede aanleg verworpen. In *Revision* handhaaft Funke Medien haar verzoek om afwijzing van de vordering tot staking.

12. In deze omstandigheden heeft het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- „1) Is er discretionaire ruimte bij de omzetting in nationaal recht van de Unierechtelijke bepalingen inzake het uitsluitende reproductierecht van auteurs [artikel 2, onder a), van richtlijn 2001/29] en inzake het uitsluitende recht van mededeling van hun werken aan het publiek, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek (artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29) alsook inzake de beperkingen of restricties op deze rechten (artikel 5, leden 2 en 3, van richtlijn 2001/29)?
- 2) Op welke manier dienen de grondrechten van het [Handvest] in aanmerking te worden genomen bij de vaststelling van de omvang van de in artikel 5, leden 2 en 3, van richtlijn 2001/29 opgenomen beperkingen of restricties op zowel het uitsluitende reproductierecht van auteurs [artikel 2, onder a), van richtlijn 2001/29] als het uitsluitende recht van mededeling van hun werken aan het publiek, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek (artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29)?
- 3) Kan het grondrecht op informatievrijheid (artikel 11, lid 1, tweede zin, van het [Handvest]) of op persvrijheid (artikel 11, lid 2, van het [Handvest]) een rechtvaardiging bieden voor niet onder artikel 5, leden 2 en 3, van richtlijn 2001/29 vallende beperkingen of restricties op zowel het uitsluitende reproductierecht van auteurs [artikel 2, onder a), van richtlijn 2001/29] als het uitsluitende recht van mededeling van hun werken aan het publiek, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek (artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29)?”

13. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 4 augustus 2017 ingediend bij het Hof. Funke Medien, de Duitse en de Franse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Diezelfde belanghebbenden waren vertegenwoordigd ter terechtzitting van 3 juli 2018.

Analyse

Ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen

14. Het hoofdgeding betreft de mededeling aan het publiek, door Funke Medien, van de UdP's. De Bondsrepubliek Duitsland stelt dat zij houdster is van de auteursrechten op deze periodieke informatieve verslagen over de buitenlandse interventies van het federale leger. De exacte inhoud van deze documenten is mij niet bekend, aangezien Funke Medien de verslagen van haar website heeft moeten verwijderen. Daarentegen kunnen wel de UdÖ's, dat wil zeggen de openbare versie van de UdP's, worden geraadpleegd. Ter terechtzitting waren partijen het oneens over het verschil tussen beide versies. Volgens de Duitse regering zijn de UdP's veel omvangrijker dan de UdÖ's, terwijl Funke Medien aanvoert dat de UdP's slechts iets meer informatie bevatten dan de UdÖ's. Hoe het ook zij, de beslissing van Funke Medien om de door haar bemachtigde UdP's te publiceren, is een aanwijzing dat de twee versies qua informatiegehalte van elkaar verschillen. Niettemin kan mijns inziens worden aangenomen dat de vorm waarin de twee versies worden gepresenteerd (de „uitdrukking” ervan, in auteursrechtelijke termen) identiek is, ook al is de informatie in de UdP's gedetailleerder. Gelet op deze vorm, zoals deze uit de UdÖ's blijkt, betwijfel ik sterk dat dergelijke documenten moeten worden aangemerkt als auteursrechtelijk beschermde werken. Het betreft hier immers zuiver informatieve documenten die in volstrekt neutrale, gestandaardiseerde taal zijn geschreven en nauwkeurig verslag doen van gebeurtenissen, dan wel vermelden dat zich geen enkele noemenswaardige gebeurtenis heeft

voorgedaan.⁴

15. Het is een algemeen aanvaard beginsel dat de bescherming van het auteursrecht zich uitstrekt tot uitingen en niet tot ideeën. Ideeën zijn vrij – „de libre parcours” volgens een klassiek adagium⁵ – in die zin dat zij niet door middel van het auteursrecht kunnen worden gemonopoliseerd, in tegenstelling tot met name brevetten, die onder meer ideeën en uitvindingen beschermen. Het auteursrecht beschermt uitsluitend de manier waarop ideeën in een werk tot uitdrukking zijn gebracht. Ideeën zelf, los van ieder werk, kunnen dus vrijelijk worden verveelvoudigd en verspreid.

16. Deze uitsluiting van ideeën van auteursrechtelijke bescherming strekt zich uit tot „ruwe” informatie, dat wil zeggen tot informatie die onbewerkt wordt gepresenteerd. Dergelijke informatie kan weliswaar in de vorm van een tekst verschijnen, maar het betreft dan een elementaire tekst die slechts antwoord geeft op drie basisvragen: „wie?”, „wat?” en „wanneer?”. De uitdrukking van de – op geen enkele wijze verrijkte – informatie valt dan samen met de informatie zelf. Het monopoliseren van de uitdrukking door middel van het auteursrecht zou dus neerkomen op het monopoliseren van de informatie. Deze uitsluiting van de bescherming van onbewerkte informatie was reeds geregeld in de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, ondertekend te Bern op 9 september 1886 (Akte van Parijs van 24 juli 1971), zoals gewijzigd op 28 september 1979 (hierna: „Berner Conventie”). Ingevolge artikel 2, lid 8, van dit belangrijkste internationale instrument inzake auteursrechtelijke bescherming is „[d]e bescherming van deze [c]onventie [...] niet toepasselijk op nieuwstijdingen of gemengde berichten die louter het karakter van persberichten dragen”.⁶

17. Bovendien moet een uitdrukking, teneinde als „werk” in de zin van het auteursrecht te worden aangemerkt, „oorspronkelijk [zijn] in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan”.⁷ Deze voorwaarde voor de toepasselijkheid van het door het Unierecht en met name bij richtlijn 2001/29 geharmoniseerde auteursrecht heeft het Hof afgeleid uit de systematiek van die

4 Ter illustratie citeer ik een fragment uit de laatste UdÖ die beschikbaar was ten tijde van de redactie van deze conclusie, namelijk UdÖ nr. 36/18 van 5 september 2018. De eerste pagina van dat document bevat een schematische kaart met de landen in de wereld waar het federale leger missies uitvoert. Deze kaart wordt gevolgd door een opsomming van deze missies. Vervolgens wordt de informatie in de volgorde van de verschillende missies gepresenteerd, bijvoorbeeld:

„Resolute Support (RS)/NATO-Einsatz in Afghanistan

Train-Advise-Assist-Command (TAAC) North/Deutsches Einsatzkontingent

Die Operationsführung der afghanischen Sicherheitskräfte (Afghan National Defence and Security Forces /ANDSF) in der Nordregion konzentrierte sich im Berichtszeitraum auf die Provinz Faryab mit Schwerpunkt im Raum nördlich von Maimanah. Darüber hinaus wurden Operationen in den Provinzen Baghlan, Badakhshan, Kunduz und Takhar durchgeführt. Für den Bereich Kunduz gilt unverändert, dass das seit November 2016 gültige Sicherheitskonzept der ANDSF für das Stadtgebiet Kunduz für weitgehende Sicherheit und Stabilität sorgt.

Im Verantwortungsbereich des TAAC North kam es im Berichtszeitraum zu verschiedenen Angriffen auf Kontroll- und Sicherungsposten der ANDSF.

Deutsche Beteiligung: 1.124 Soldatinnen und Soldaten (Stand: 03.09.18).

[Resolute Support (RS)/NAVO-missie in Afghanistan

Train-Advise-Assist-Command (TAAC) North/Duits contingent

De operatie van de Afghaanse veiligheidstroepen (Afghan National Defence and Security Forces /ANDSF) in de noordelijke regio concentreerde zich in de betrokken periode in de provincie Faryab, met als zwaartepunt het gebied ten noorden van Maimanah. Daarnaast zijn operaties uitgevoerd in de provincies Baghlan, Badakhshan, Kunduz en Takhar. Wat de regio Kunduz betreft, blijft het sinds november 2016 van kracht zijnde veiligheidsconcept van de ANDSF in belangrijke mate voor veiligheid en stabiliteit in de stad Kunduz zorgen.

In het missiegebied TAAC North zijn in de betrokken periode meerdere aanslagen op controle- en veiligheidsposten van de ANDSF gepleegd.

Duitse deelname: 1 124 militairen (op 03.09.18)].

Kosovo Force (KFOR)/NATO-Einsatz im Kosovo

Keine berichtswerten Ereignisse.

Deutsche Beteiligung: 315 Soldatinnen und Soldaten (Stand: 03.09.18).

[Kosovo Force (KFOR)/NAVO-missie in Kosovo

Geen noemenswaardige gebeurtenissen.

Duitse deelname: 315 militairen (op 03.09.18)].

[...]”

5 Vivant, M., Buguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Parijs, 2016, blz. 151.

6 De Europese Unie is geen partij bij de Berner Conventie, maar is partij bij het Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (WIPO) inzake auteursrecht, ondertekend te Genève op 20 december 1996 en in werking getreden op 6 maart 2002. Dit verdrag verplicht de verdragsluitende partijen om de artikelen 1 tot en met 21 van de Berner Conventie na te leven (zie besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000 houdende goedkeuring namens de Europese Gemeenschap van het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht en het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen; PB 2000, L 89, blz. 6). Alle rechtshandelingen van de Unie inzake auteursrecht moeten dan ook tegen de achtergrond van de genoemde conventie worden uitgelegd (zie arrest van 7 december 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, punten 34 en 35).

7 Arrest van 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punt 37).

richtlijn en van de Berner Conventie. Dit wil niet zeggen dat deze voorwaarde van Unierechtelijke oorsprong is. Zij maakt immers deel uit van het nationale auteursrecht van de meeste lidstaten – in ieder geval in de continentale rechtsstelsels⁸ – en behoort dus in zekere zin tot de rechtstradities van de lidstaten.

18. In het auteursrecht van de Unie is dit begrip „eigen intellectuele schepping van de auteur” het belangrijkste bestanddeel van de definitie van „werk”, dat zelf een autonoom Unierechtelijk begrip is. Deze definitie is nadien verder uitgewerkt in de rechtspraak van het Hof na het arrest Infopaq International.⁹ Zo is een intellectuele schepping volgens de uitlegging van het Hof een eigen schepping van de auteur wanneer zij de uitdrukking van diens persoonlijkheid vormt. Dat is het geval wanneer de auteur bij het maken van het werk zijn creatieve bekwaamheden tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzen.¹⁰ Daarentegen is niet aan het oorspronkelijkheids criterium voldaan wanneer de uitdrukking van de onderdelen van het betrokken voorwerp door hun technische functie wordt bepaald, aangezien de verschillende manieren om een idee concreet vorm te geven dan zodanig beperkt zijn dat het idee samenvalt met de uitdrukking ervan. In een dergelijk geval kan de auteur onmogelijk uitdrukking geven aan zijn creatieve geest en tot een resultaat komen dat een eigen intellectuele schepping vormt.¹¹ Enkel werken die een eigen intellectuele schepping van de auteur zijn, in de zin zoals hierboven omschreven, kunnen worden aangemerkt als werken die auteursrechtelijk kunnen worden beschermd. Aspecten zoals de intellectuele inspanningen en de deskundigheid van de auteur kunnen als zodanig de auteursrechtelijke bescherming van het betrokken voorwerp niet rechtvaardigen, indien die inspanningen en die deskundigheid geen enkele oorspronkelijkheid tot uitdrukking brengen.¹²

19. De toepassing van deze criteria op het onderhavige geval roept ernstige twijfels op over de kwalificatie van de betrokken documenten als werken in de zin van het auteursrecht van de Unie, zoals uitgelegd door het Hof. Het lijkt mij immers weinig waarschijnlijk dat de auteur of de auteurs van deze documenten, die ik niet ken, maar die vrijwel zeker overheidsfunctionarissen of officieren bij het federale leger zijn, tijdens de redactie van die documenten vrije en creatieve keuzen hebben kunnen maken om hun creatieve bekwaamheden tot uitdrukking te brengen. Aangezien het om zuiver informatieve documenten gaat, die onvermijdelijk in sobere, neutrale taal zijn geschreven, wordt de inhoud ervan volledig bepaald door de hierin vervatte informatie, waardoor die informatie en de uitdrukking ervan samenvallen en aldus iedere vorm van oorspronkelijkheid wordt uitgesloten. Hoewel het opstellen ervan wel degelijk een bepaalde inspanning en deskundigheid vereist, kan op basis van die elementen alleen het verlenen van auteursrechtelijke bescherming niet worden gerechtvaardigd. Tijdens de discussie hierover ter terechtzitting hebben de belanghebbenden voorts aangevoerd dat de structuur zelf van de betrokken documenten auteursrechtelijk kan worden beschermd. Deze structuur bestaat echter in het met regelmatige tussenruimten presenteren van informatie over de afzonderlijke buitenlandse missies waaraan het federale leger deelneemt. De structuur van deze verslagen lijkt mij dan ook niet creatiever dan de inhoud ervan.

8 Dit geldt met name voor het Duitse recht, waarin § 2, lid 2, UrhG bepaalt dat „enkel eigen intellectuele scheppingen werken zijn in de zin van deze wet”. Maar dit idee ligt ook besloten in het Franse auteursrechtelijke begrip „originalité” [oorspronkelijkheid] [arrest van de Cour de cassation (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken), voltallige zitting, van 7 maart 1986, Babolat tegen Pachot, nr. 83-10477, gepubliceerd in het bulletin], en is eveneens terug te vinden in het Poolse recht [artikel 1, lid 1, van de ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych (wet op het auteursrecht en de naburige rechten van 4 februari 1994)] en in het Spaanse recht [artikel 10 van de Ley de Propiedad Intelectual (wet op de intellectuele eigendom van 24 april 1996)]. In de *copyright*-systemen van de Angelsaksische landen ligt dit anders.

9 Arrest van 16 juli 2009 (C-5/08, EU:C:2009:465).

10 Arrest van 1 december 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798, punten 88 en 89).

11 Arrest van 22 december 2010, Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, EU:C:2010:816, punten 49 en 50).

12 Arrest van 1 maart 2012, Football Dataco e.a. (C-604/10, EU:C:2012:115, punt 33).

20. De twijfel over de kwalificatie van de betrokken documenten als werken die in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming, is zowel in het hoofdgeding als in de onderhavige procedure geuit, met name door Funke Medien. De verwijzende rechter geeft aan dat deze kwestie niet is opgelost door de lagere rechters in het hoofdgeding.¹³ Volgens de verwijzende rechter is het evenwel niet wenselijk om de zaak ter opheldering van dit punt terug te verwijzen naar de rechter in tweede aanleg, aangezien uit het antwoord van het Hof op de prejudiciële vragen zou kunnen voortvloeien dat de betrokken documenten niet in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming.

21. Ik begrijp het streven naar procedurele efficiëntie. De prejudiciële vragen in de onderhavige zaak stellen evenwel wezenlijke juridische kwesties aan de orde over de relatie tussen het auteursrecht en de grondrechten, die ertoe kunnen leiden dat de rechtmatigheid en de rechtsgeldigheid van het auteursrecht in het licht van de grondrechten ter discussie worden gesteld. Deze kwesties vloeien grotendeels voort uit de ongebruikelijke aard van de betrokken documenten als voorwerp van het auteursrecht, voor zover i) de inhoud ervan zuiver informatief is, ii) zij afkomstig zijn en het eigendom blijven van de staat en iii) vertrouwelijk zijn. Mijns inziens is het dan ook op zijn minst wenselijk om, alvorens op deze wezenlijke kwesties in te gaan, de zekerheid te verkrijgen dat de betrokken documenten werkelijk onder het auteursrecht vallen en, meer in het algemeen, onder het Unierecht.

22. Uiteraard is de kwalificatie van de betrokken documenten als „werken” in de zin van het door het Unierecht geharmoniseerde auteursrecht een uitsluitend door de nationale rechters uit te voeren feitelijke beoordeling. Gelet op de hierboven genoemde twijfels over de toepasselijkheid van het auteursrecht van de Unie op de betrokken documenten, die overigens ook door de verwijzende rechter lijken te worden gedeeld, ben ik echter van mening dat het Hof op grond van vaste rechtspraak zou kunnen overwegen om de prejudiciële vragen in de onderhavige zaak niet-ontvankelijk te verklaren, omdat zij in dit stadium van de procedure in het hoofdgeding hypothetisch zijn, aangezien zij op een niet door de verwijzende rechter geverifieerde aanname berusten.¹⁴

23. Voor het geval dat het Hof dit voorstel niet zou volgen, volgt hieronder mijn inhoudelijke analyse van de zaak.

Inhoudelijke opmerkingen vooraf over de prejudiciële vragen

24. De in de onderhavige zaak gestelde prejudiciële vragen houden alle drie op een of andere manier verband met de relatie tussen het bij richtlijn 2001/29 geharmoniseerde auteursrecht en de grondrechten, met name de vrijheid van meningsuiting zoals beschermd in artikel 11 van het Handvest.

25. Zo wil de verwijzende rechter, onder verwijzing naar de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht (federaal grondwettelijk hof, Duitsland), met zijn eerste prejudiciële vraag vernemen of de bepalingen van Duits recht waarbij richtlijn 2001/29 is omgezet uitsluitend moeten worden uitgelegd in het licht van de binnen de rechtsorde van de Unie erkende grondrechten of tevens in het licht van de in het nationale constitutionele recht neergelegde grondrechten.

¹³ De verwijzende rechter zet enkel uiteen dat de betrokken documenten, als officiële publicaties, ingevolge § 5, lid 2, UrhG niet bij voorbaat zijn uitgesloten van auteursrechtelijke bescherming. Dit spreekt voor zich, aangezien het vertrouwelijke documenten zijn, die dus niet bestemd zijn voor het publiek. Maar om auteursrechtelijke bescherming te kunnen genieten, volstaat het niet dat een officieel document ingevolge deze bepaling niet van die bescherming is uitgesloten. Het document moet bovendien beantwoorden aan de criteria voor de kwalificatie als werk in de zin van het auteursrecht. Tijdens de procedure in het hoofdgeding is dit aspect echter niet opgehelderd.

¹⁴ Zie met name arrest van 18 december 2014, Schoenimport „Italmoda” Mariano Previti e.a. (C-131/13, C-163/13 en C-164/13, EU:C:2014:2455, punten 31 en 39).

26. De tweede prejudiciële vraag betreft de manier waarop de grondrechten in aanmerking moeten worden genomen bij de uitlegging van de in richtlijn 2001/29 neergelegde beperkingen en restricties van de auteursrechten. Hoewel de vraag niet uitdrukkelijk wordt gesteld, blijkt niettemin uit de formulering ervan dat de verwijzende rechter wenst te vernemen of de inaanmerkingneming van de grondrechten, en van de vrijheid van informatie in het bijzonder, tot een uitlegging van die beperkingen kan leiden die toepasbaar is op het gebruik van de betrokken documenten in het hoofdgeding.

27. Tot slot wordt met de derde prejudiciële vraag de problematiek aan de orde gesteld van het bestaan van eventuele andere beperkingen of restricties van het auteursrecht, die niet in richtlijn 2001/29 (noch in een andere rechtshandeling van de Unie) zijn opgenomen, maar die onmisbaar zijn om de eerbiediging van de grondrechten te waarborgen.

28. Deze drie in zeer algemene bewoordingen geformuleerde vragen zijn ook gesteld in twee andere zaken die momenteel bij het Hof aanhangig zijn en hun oorsprong vinden in verzoeken van dezelfde verwijzende rechter om een prejudiciële beslissing.¹⁵ Deze drie zaken betreffen echter volstrekt andere feitelijke situaties, waarbij andere grondrechten een rol spelen. Het aantal andere mogelijke feitelijke en juridische situaties waarin dezelfde algemene vragen over de relatie tussen auteursrecht en grondrechten zouden kunnen worden gesteld, is waarschijnlijk oneindig.

29. Het lijkt mij dan ook niet nuttig om het in het hoofdgeding opgeworpen vraagstuk op een dergelijke algemene wijze te analyseren. Ieder in algemene bewoordingen geformuleerd antwoord dat geen rekening houdt met het eventuele concrete conflict tussen het auteursrecht en een grondrecht zou naar mijn mening ofwel te strikt zijn, doordat het in de weg zou staan aan de aanpassing van het auteursrecht zo die nodig zou blijken te zijn, ofwel te ruim, omdat het ertoe zou leiden dat het auteursrecht in iedere willekeurige situatie ter discussie kan worden gesteld, ten koste van de rechtszekerheid.

30. Dit is des te meer het geval daar het auteursrecht, zoals ik verderop zal uiteenzetten, reeds zelf mechanismen bevat om het in overeenstemming te brengen met de eerbiediging van de grondrechten, en in de eerste plaats met de vrijheid van meningsuiting. Deze mechanismen zouden over het algemeen moeten volstaan, tenzij de geldigheid van de auteursrechtelijke bepalingen zelf in het licht van die grondrechten in het geding is. In de onderhavige zaak wordt de geldigheid van de bepalingen van richtlijn 2001/29 echter niet aan de orde gesteld en ik zie geen noodzaak om dit te doen.

31. Iedere afweging tussen het auteursrecht en de grondrechten die verder strekt dan de loutere uitlegging van de auteursrechtelijke bepalingen is een afweging op de grens tussen uitlegging en toepassing van het recht, en moet mijns inziens dus tegen de achtergrond van de omstandigheden van ieder concreet geval worden gemaakt. Deze benadering per geval waarborgt de meest nauwkeurige toepassing van het evenredigheidsbeginsel, aangezien op die manier een ongerechtvaardigde aantasting van zowel het auteursrecht als de grondrechten wordt voorkomen.

32. Het hoofdgeding betreft de toepassing van het auteursrecht op een geval dat in meerdere opzichten bijzonder is. Ten eerste bestaat het beschermde voorwerp namelijk uit staatsdocumenten die, zoals ik reeds heb opgemerkt, zuiver informatief van aard zijn. Bijgevolg is het moeilijk om deze documenten, als voorwerp van het auteursrecht, te onderscheiden van de erin vervatte informatie. Ten tweede is de houder van het betrokken auteursrecht de staat, dat wil zeggen de speler die niet de begunstigde van de grondrechten is, maar deze rechten moet waarborgen. Ten derde en tot slot wordt hier weliswaar gebruikgemaakt van de auteursrechtelijke beschermingsmechanismen, doch is het openlijk

¹⁵ Het betreft de zaken C-476/17, Pelham, en C-516/17, Spiegel Online.

nagestreefde doel niet de exploitatie van het werk, maar de bescherming van de vertrouwelijkheid van de erin vervatte informatie. Daarom zou mijns inziens met het beantwoorden van de prejudiciële vragen zoals geformuleerd door de verwijzende rechter, geen bevredigende oplossing kunnen worden aangereikt voor het probleem waarmee hij wordt geconfronteerd.

33. Teneinde de verwijzende rechter een bruikbaar antwoord te geven met het oog op de beslechting van het concrete, bij hem aanhangige hoofdgeding, geef ik het Hof dan ook in overweging om de prejudiciële vragen te herformuleren en gezamenlijk te behandelen, waarbij niet het auteursrecht van de Bondsrepubliek Duitsland, maar de vrijheid van meningsuiting van Funke Medien als uitgangspunt wordt genomen. Mijns inziens wenst de verwijzende rechter namelijk in wezen te vernemen of artikel 11 van het Handvest aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een lidstaat zich beroept op zijn auteursrecht op documenten als die in het hoofdgeding, teneinde de in dat artikel neergelegde vrijheid van meningsuiting te beperken.

Auteursrecht en vrijheid van meningsuiting

34. Ingevolge artikel 11 van het Handvest maakt „de vrijheid kennis te nemen en te geven van informatie of ideeën” deel uit van de in dit artikel neergelegde vrijheid van meningsuiting en van informatie. In lid 2 van dit artikel is de vrijheid van de media opgenomen. Dit recht heeft zijn tegenhanger in artikel 10 van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”), waarin de vrijheid van meningsuiting in dezelfde bewoordingen is omschreven als in artikel 11, lid 1, van het Handvest.

35. Het door het Unierecht geharmoniseerde auteursrecht voorziet ten behoeve van auteurs daarentegen in het uitsluitende recht de reproductie en de mededeling aan het publiek van hun werken toe te staan of te verbieden. Het auteursrecht, dat weliswaar niet de in de werken vervatte informatie of ideeën, maar de uitdrukking ervan beschermt, zoals ik hierboven nader heb uiteengezet, is naar zijn aard niettemin gedoemd om in botsing te komen met de vrijheid van meningsuiting. In de eerste plaats valt de mededeling van een auteursrechtelijk beschermd werk immers vanzelfsprekend binnen de werkingssfeer van die vrijheid, ongeacht of die mededeling door de auteur zelf, dan wel met of zonder diens toestemming is gedaan. In de tweede plaats is het soms zeer moeilijk, zo niet onmogelijk om bepaalde ideeën te communiceren zonder tegelijkertijd andermans werk – op zijn minst gedeeltelijk – te communiceren, ook als het werk niet het enige of belangrijkste voorwerp van de mededeling is. Ik neem het voorbeeld van de kunstkritiek. Met de verplichting om de schepper vooraf om toestemming te vragen (en hem de mogelijkheid te geven deze niet te verlenen), beperkt het auteursrecht per definitie de vrijheid van meningsuiting.

36. Het is algemeen aanvaard dat het auteursrecht zelf mechanismen bevat om eventuele conflicten tussen het auteursrecht en de grondrechten, met name de vrijheid van meningsuiting, te verhelpen.¹⁶

37. Tot die mechanismen behoort in de eerste plaats het beginsel dat het auteursrecht zich uitstrekt tot uitingen en niet tot ideeën. Op deze manier wordt de vrijheid van meningsuiting beschermd ten aanzien van de overdracht en ontvangst van informatie. Ik heb dit beginsel reeds onderzocht in het gedeelte over de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen¹⁷ en zal er dus niet nogmaals op ingaan.

¹⁶ Zie met name Barta, J., Markiewicz, R., *Prawo autorskie*, Wolters Kluwer, Warschau, 2016, blz. 635 e.v., en Vivant, M., Buguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Parijs, 2016, blz. 519 e.v. Zie ook onder meer Geiger, C., Izyumenko, E., „Copyright on the human rights' trial: redefining the boundaries of exclusivity through freedom of expression”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, deel 45 (2014), blz. 316-342, en Lucas, A., Ginsburg, J.C., „Droit d'auteur, liberté d'expression et libre accès à l'information (étude comparée de droit américain et européen)”, *Revue internationale du droit d'auteur*, deel 249 (2016), blz. 4-153.

¹⁷ Zie de punten 15 en 16 van deze conclusie.

38. In de tweede plaats hebben diverse beperkingen het auteursrecht in overeenstemming gebracht met de grondrechten. Dankzij deze beperkingen kunnen werken worden gebruikt in verschillende situaties die mogelijk binnen de werkingssfeer van diverse grondrechten en fundamentele vrijheden vallen, zonder dat de auteurs tegelijkertijd de essentie van hun rechten wordt ontnomen, dat wil zeggen de eerbiediging van de band met hun werken en de mogelijkheid om die werken economisch te exploiteren.

39. In het Unierecht zijn de beperkingen van het auteursrecht met name geharmoniseerd bij artikel 5 van richtlijn 2001/29. Het is juist dat deze beperkingen facultatief zijn; strikt genomen zijn de lidstaten niet verplicht om ze in hun nationale recht op te nemen. Toch gaat het hier mijns inziens niet zozeer om een reële mogelijkheid om die beperkingen al dan niet in het recht op te nemen, als wel om een middel voor de Uniewetgever om de lidstaten meer vrijheid te geven bij de uitvoering van die beperkingen. Het auteursrecht bestond in de rechtsstelsels van de lidstaten immers lang vóór de harmonisatie op Unieniveau bij richtlijn 2001/29. Dit is overigens de reden van die harmonisatie.¹⁸ De Uniewetgever heeft echter duidelijk niet voor ogen gehad om de verschillende tradities en formuleringswijzen van de beperkingen die zich aldus binnen de nationale rechtsstelsels hebben ontwikkeld, ingrijpend te herzien. Dit doet er niet aan af dat de meeste van de in artikel 5 van richtlijn 2001/29 neergelegde beperkingen in een of andere vorm in het nationale auteursrecht van alle lidstaten voorkomen.¹⁹

40. Normaliter zorgen deze aan het auteursrecht inherente beperkingen op doorgaans bevredigende wijze voor overeenstemming tussen enerzijds de grondrechten en fundamentele vrijheden en anderzijds de uitsluitende rechten van auteurs wat betreft het gebruik van hun werken. Het blijft evenwel een feit dat de toepassing van het auteursrecht, net als die van de regels op ieder ander rechtsgebied, ondanks het bestaan van die beperkingen onderworpen blijft aan de verplichting tot eerbiediging van de grondrechten, die door de rechter kan worden getoetst. Indien zou blijken dat de bescherming van een grondrecht tegenover het auteursrecht structureel tekortschiet, zou de geldigheid van het auteursrecht op losse schroeven komen te staan en zou de vraag naar een wetswijziging zich opdringen. Er kunnen zich evenwel ook uitzonderlijke situaties voordoen waarin het auteursrecht – waarvan de wettelijke en rechterlijke bescherming anders volstrekt legitiem zou zijn – moet wijken voor een hoger belang dat verband houdt met de uitoefening van een grondrecht of fundamentele vrijheid.

41. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM”) heeft recentelijk herinnerd aan het bestaan van een dergelijke externe beperking van het auteursrecht. In twee beslissingen²⁰ heeft het EHRM overwogen dat de auteursrechtelijke vordering van een staat die partij is bij het EVRM kan worden getoetst aan de vrijheid van meningsuiting zoals neergelegd in artikel 10 EVRM. In die twee zaken heeft het EHRM geen inbreuk op de vrijheid van meningsuiting vastgesteld. Rekening houdend met de aard van de betrokken mededelingen (die een commercieel oogmerk hadden) en de rechten van andere belanghebbenden (de houders van de auteursrechten), heeft het EHRM namelijk verklaard dat de verweerders (te weten de staten die partij zijn bij het EVRM) over een ruime beoordelingsmarge beschikten wat betreft het noodzakelijke karakter, in een democratische samenleving, van de uit het auteursrecht voortvloeiende beperkingen van die vrijheid.

¹⁸ Zie overwegingen 6 en 7 van richtlijn 2001/29.

¹⁹ Met uitzondering – nogmaals – van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland misschien, waar zich overeenkomstig de Angelsaksische copyright-traditie het begrip *fair use* heeft ontwikkeld, dat een algemene beperking van het auteursrecht inhoudt die per geval wordt toegepast.

²⁰ EHRM, 10 januari 2013, Ashby Donald e.a. tegen Frankrijk (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908), en 19 februari 2013, Fredrik Neij en Peter Sunde Kolmisoppi tegen Zweden (CE:ECHR:2013:0219DEC004039712).

42. In andere omstandigheden dan die van die twee zaken zou het onderzoek evenwel tot een andere uitkomst kunnen leiden, met name wanneer de mededeling van het beweerdelijk beschermde werk, net als in de onderhavige zaak, heeft bijgedragen aan het openbare debat en dit werk uit officiële staatsdocumenten van informatieve aard bestaat. Ik geef het Hof dan ook in overweging om een soortgelijke redenering als die van het EHRM te volgen.

43. Dit voorstel is des te meer gerechtvaardigd daar artikel 52, lid 3, van het Handvest bepaalt dat, voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als die welke er door het EVRM aan worden toegekend. Artikel 11 van het Handvest komt overeen met artikel 10 EVRM.²¹ Zoals de verwijzende rechter in zijn verzoek opmerkt, heeft het Hof weliswaar geoordeeld dat, aangezien het EVRM geen formeel in de rechtsorde van de Unie opgenomen rechtsinstrument is, de geldigheid van zowel de Unierechtelijke als de nationale bepalingen uitsluitend in het licht van het Handvest mag worden beoordeeld.²² Dit betekent echter niet dat bij de uitlegging van het Handvest met het oog op die beoordeling geen rekening moet worden gehouden met het EVRM, zoals uitgelegd door het EHRM.²³ In dat geval zou artikel 52, lid 3, van het Handvest immers volstrekt zinloos zijn.

Auteursrechtelijke bescherming van militaire verslagen in het licht van artikel 11 van het Handvest

44. Ingevolge artikel 51, lid 1, van het Handvest zijn de bepalingen ervan onder meer gericht aan de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Het moge duidelijk zijn dat de Duitse rechters, door in het hoofdgeding de bepalingen toe te passen waarbij richtlijn 2001/29 is omgezet, het Unierecht ten uitvoer brengen. Die toepassing is dan ook onderworpen aan de bepalingen van het Handvest, en met name aan de verplichting om bij deze uitvoering de vrijheid van meningsuiting, in de zin van artikel 11 van het Handvest, van Funke Medien te eerbiedigen. Meerdere elementen in de onderhavige zaak nopen echter tot de conclusie dat de auteursrechtelijke bescherming van de betrokken documenten in strijd is met dit artikel van het Handvest.

Mogelijke beperkingen van de vrijheid van meningsuiting

45. Dat de publicatie van vertrouwelijke documenten zoals die in het hoofdgeding onder de vrijheid van meningsuiting valt, lijdt mijns inziens geen enkele twijfel.²⁴ Ook staat naar mijn mening vast dat het door de Bondsrepubliek Duitsland aangevoerde auteursrecht de vrijheid van meningsuiting beperkt.²⁵ Deze punten behoeven geen verdere uitwerking. Dergelijke beperkingen van die vrijheid zijn niet per definitie verboden. Zowel in artikel 10, lid 2, EVRM als in artikel 52, lid 1, van het Handvest zijn de mogelijke rechtvaardigingsgronden neergelegd voor de beperkingen van de vrijheid van meningsuiting, alsook de voorwaarden waaraan die beperkingen moeten voldoen.

²¹ Zie de toelichting bij artikel 52 van het Handvest.

²² Zie respectievelijk arresten van 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punten 45 en 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 5 april 2017, Orsi en Baldetti (C-217/15 en C-350/15, EU:C:2017:264, punt 15).

²³ Dit is overigens reeds door het Hof vastgesteld. Zie arresten van 5 oktober 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, punt 53), en 22 december 2010, DEB (C-279/09, EU:C:2010:811, punt 35).

²⁴ Zie met name onder meer EHRM, 19 januari 2016, Görmüş e.a. tegen Turkije (CE:ECHR:2016:0119JUD004908507, punt 32).

²⁵ Zie EHRM, 10 januari 2013, Ashby Donald e.a. tegen Frankrijk (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, punt 34).

46. Ik zal hier niet ingaan op de eventuele voorrang van de beperkingsgronden van het EVRM boven die van het Handvest in het kader van vrijheden die door beide instrumenten op vergelijkbare wijze worden beschermd.²⁶ In plaats daarvan stel ik voor om deze gronden als gelijkwaardig te beschouwen, hetgeen mijns inziens het meest in overeenstemming is met het in artikel 52, lid 3, van het Handvest neergelegde uitgangspunt dat de met elkaar corresponderende rechten van beide instrumenten dezelfde inhoud en reikwijdte moeten hebben.

47. Wat betreft de beperking van de vrijheid van meningsuiting in een situatie zoals die in het hoofdgeding, lijkt mij de meest voor de hand liggende grond het voorkomen van de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen in relatie tot het belang van de nationale veiligheid te zijn. Deze twee gronden voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting zijn uitdrukkelijk vermeld in artikel 10, lid 2, EVRM.

48. Het Handvest is minder expliciet. Artikel 52, lid 1, ervan vermeldt enkel in algemene bewoordingen de „door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang”. Volgens de toelichting bij artikel 52 van het Handvest omvatten deze belangen, naast de in artikel 3 VEU neergelegde doelstellingen van de Unie, evenwel de belangen van de lidstaten, die door de Unie moeten worden geëerbiedigd. Deze toelichting verwijst in het bijzonder uitdrukkelijk naar artikel 346 VWEU ingevolge hetwelk „geen enkele lidstaat is gehouden inlichtingen te verstrekken waarvan de verbreiding naar zijn mening strijdig zou zijn met de wezenlijke belangen van zijn veiligheid”. De bescherming van de nationale veiligheid is ook neergelegd in artikel 4, lid 2, VEU, als een van de „essentiële staatsfuncties” die de Unie moet eerbiedigen.

49. Hieruit vloeit voort dat de bescherming van de vertrouwelijkheid van bepaalde informatie in het belang van de bescherming van de nationale veiligheid volgens zowel het EVRM als het Handvest een legitieme rechtvaardigingsgrond is voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting. In het hoofdgeding gaat het echter niet om de bescherming van de betrokken documenten als vertrouwelijke informatie, maar als voorwerp van het auteursrecht. Zoals de vertegenwoordiger van de Duitse regering immers uitdrukkelijk ter terechtzitting heeft verklaard, is de vordering tegen Funke Medien weliswaar uitsluitend ingesteld om de in die documenten vervatte vertrouwelijke informatie te beschermen, maar was volgens de Bondsrepubliek Duitsland het gevaar voor de staatsveiligheid als gevolg van de verspreiding daarvan niet van dien omvang dat het een ingrijpen in de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid rechtvaardigde. Aldus heeft deze lidstaat, in plaats van een strafrechtelijke vervolging wegens de verspreiding van vertrouwelijke informatie in te stellen, voor een „ongebruikelijke” beroepsweg gekozen, te weten de bescherming van zijn auteursrecht op die documenten.

50. Bijgevolg moet in het licht van artikel 10 EVRM en artikel 11 van het Handvest worden nagegaan of de bescherming van dit auteursrecht de beperking van de vrijheid van meningsuiting kan rechtvaardigen.

²⁶ Deze problematiek is uitgebreid onderzocht door Peers, S., in Peers, S., e.a. (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, blz. 1515-1521.

Auteursrecht van de staat op militaire verslagen als rechtvaardigingsgrond voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting

51. Het auteursrecht als subjectief recht wordt doorgaans niet uitgeoefend vanuit een algemeen belang. De rechthebbende die zich op zijn auteursrecht beroept, handelt niet in het algemeen belang, maar in zijn persoonlijke belang. De beperking van de grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting, door het auteursrecht kan dus slechts gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de bescherming van de rechten van anderen. Deze beperkingsgrond is zowel in artikel 10, lid 2, EVRM als in artikel 52, lid 1, van het Handvest opgenomen.²⁷

52. Deze rechten van anderen omvatten in de eerste plaats de door het EVRM en het Handvest gewaarborgde rechten en vrijheden. Een dergelijke situatie waarin verschillende grondrechten met elkaar in botsing komen, vereist een afweging van deze grondrechten.²⁸ Het auteursrecht als intellectuele-eigendomsrecht wordt, ten behoeve van die bescherming, gelijkgesteld met het eigendomsrecht zoals gewaarborgd door artikel 1 van het Aanvullend Protocol bij het EVRM en door artikel 17 van het Handvest.²⁹ Het Hof heeft herhaaldelijk overwogen dat een rechtvaardig evenwicht moet worden gewaarborgd tussen het intellectuele-eigendomsrecht, waaronder het auteursrecht, en andere door het Handvest beschermde grondrechten.³⁰

53. Deze logica lijkt mij evenwel niet toepasbaar in een specifieke situatie zoals die in casu, waarin de auteursrechthebbende een lidstaat is. Evenals de staten die partij zijn bij het EVRM zijn de lidstaten niet de begunstigden van de grondrechten, maar de spelers die de grondrechten moeten waarborgen. Zij zijn verplicht deze rechten te eerbiedigen en te beschermen, niet voor zichzelf, maar voor de justitiabelen. Tegen wie zouden de staten immers hun grondrechten beschermen? Uiteraard niet tegen zichzelf, dus tegen de justitiabelen. Dit zou indruisen tegen de logica zelf achter de grondrechten, die teruggaat op de Verklaring van de rechten van de mens en de burger van 1789 en die erin bestaat de burger te beschermen tegen de overheid en niet de overheid tegen de burger.

54. Uiteraard wil ik niet beweren dat de staat geen *privaatrechtelijke* eigendomsrechten, waaronder intellectuele-eigendomsrechten, kan genieten. Wat de staat niet kan, is zich beroepen op zijn *fundamentele* eigendomsrecht teneinde een ander door het EVRM of het Handvest beschermd grondrecht te beperken.

55. Al aangenomen dat de in artikel 10, lid 2, EVRM en artikel 52, lid 1, van het Handvest vermelde rechten van anderen, als een mogelijke rechtvaardigingsgrond voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting, naast de door deze instrumenten beschermde rechten ook andere rechten omvatten, ben ik voorts om dezelfde redenen als hierboven uiteengezet van mening dat deze rechtvaardigingsgrond niet op de rechten van de staat zelf kan berusten. Indien de staat zich immers op zijn subjectieve rechten – die niet samenvallen met het algemeen belang – zou kunnen beroepen om de grondrechten te beperken, dan zouden deze laatste rechten teniet worden gedaan.

56. Teneinde de beperking van een door het EVRM of het Handvest beschermd grondrecht te rechtvaardigen, kan een lidstaat bijgevolg uitsluitend het algemeen belang aanvoeren. Zoals ik hierboven heb opgemerkt, was de Bondsrepubliek Duitsland in casu evenwel van mening dat een strafrechtelijke vervolging van Funke Medien wegens de verspreiding van de in het hoofdgeding aan

27 In het Handvest wordt meer in het bijzonder gesproken van de „rechten en vrijheden van anderen”, terwijl het EVRM uitsluitend naar de „rechten van anderen” verwijst. Ik beschouw deze begrippen evenwel als gelijkwaardig.

28 Zie in die zin EHRM, 10 januari 2013, Ashby Donald e.a. tegen Frankrijk (CE:ECHR:2013:0110)UD003676908, punt 40). Zie ook Peers, S., op. cit., blz. 1475.

29 Artikel 17, lid 2, van het Handvest vermeldt de intellectuele eigendom zelfs uitdrukkelijk.

30 Zie voor een recent voorbeeld arrest van 15 september 2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, punten 82-84).

de orde zijnde documenten zou leiden tot een beperking van de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van de media die, afgewogen tegen het algemeen belang van de bescherming van de vertrouwelijkheid van die documenten, onevenredig is. In een dergelijke situatie kan de lidstaat in plaats van het algemeen belang niet zijn auteursrecht aanvoeren.

57. Zelfs al zou dit probleem kunnen worden ondervangen, bijvoorbeeld met de overweging dat de bescherming van de auteursrechten van de staat onder het algemeen belang valt – wat mijns inziens twijfelachtig is – dan nog vereist zowel artikel 10, lid 2, EVRM als artikel 52, lid 1, van het Handvest dat de beperkingen van de vrijheid van meningsuiting noodzakelijk zijn.³¹ Aan deze voorwaarde is mijns inziens in casu niet voldaan.

Noodzaak van auteursrechtelijke bescherming van militaire verslagen

58. Het auteursrecht heeft twee hoofddoelen. Het eerste is de bescherming van de persoonlijke band tussen de auteur en zijn werk als zijnde diens intellectuele schepping en dus, in zekere zin, een uitvloeisel van zijn persoonlijkheid. Dit is hoofdzakelijk het terrein van de morele rechten. Het tweede doel bestaat erin de economische exploitatie door de auteurs van hun werken mogelijk te maken, waardoor zij met hun creatieve inspanningen inkomsten kunnen verwerven. Dit is het terrein van de vermogensrechten, dat op Unierechtelijk niveau is geharmoniseerd. Teneinde als noodzakelijk te kunnen worden aangemerkt moet een uit het auteursrecht voortvloeiende beperking van de vrijheid van meningsuiting aan minstens één van deze twee doelen beantwoorden. De auteursrechtelijke bescherming van militaire verslagen zoals die in het hoofdgeding lijkt mij echter aan geen van beide te beantwoorden.

59. Wat ten eerste de bescherming van de band van de auteur met zijn werk betreft, moet worden opgemerkt dat de Bondsrepubliek Duitsland door middel van een soort juridische fictie weliswaar de houder van het auteursrecht op de betrokken documenten kan zijn, maar om overduidelijke redenen zeker niet de auteur ervan is. De werkelijke auteur of – waarschijnlijker – auteurs zijn volstrekt anoniem, aangezien de redactie van de documenten een continu proces is en de documenten, net als ieder andere officieel document, aan een hiërarchische controle worden onderworpen. Deze auteurs schrijven de documenten, of delen ervan, niet in het kader van een persoonlijke scheppende activiteit, maar als overheidsfunctionarissen of officieren in het kader van hun beroepsmatige verplichtingen.³² Er is dus strikt genomen geen werkelijke auteur, in de zin van het auteursrecht, van die documenten en er kan dan ook geen sprake zijn van de bescherming van diens band met het werk.

60. Het is juist dat de morele rechten buiten de werkingssfeer van richtlijn 2001/29 blijven, zoals overweging 19 van die richtlijn bevestigt, en overigens ook buiten die van het Unierecht in het algemeen. Niettemin vinden zowel de morele als de vermogensrechtelijke auteursrechten hun oorsprong en rechtvaardiging in de speciale band die de auteur met zijn werk heeft. Zonder auteur is er dus geen sprake van – morele of vermogensrechtelijke – auteursrechten.

61. Wat ten tweede de economische exploitatie betreft, is vast komen te staan dat de Bondsrepubliek Duitsland de vordering in het hoofdgeding enkel heeft ingesteld om het vertrouwelijke karakter te beschermen van bepaalde als gevoelig beschouwde informatie, en niet van de betrokken documenten als geheel, aangezien er een UdÖ-versie van wordt gepubliceerd. Dit valt echter volstrekt buiten de doelen van het auteursrecht. Het auteursrecht wordt hier dus gebruikt voor het nastreven van doelen die niets met het auteursrecht te maken hebben.

³¹ Het EVRM voegt hieraan toe „in een democratische samenleving”, wat het Handvest waarschijnlijk als vaststaand beschouwt. Ik ga hier niet in op de vereiste wettelijke aard van de beperkingen, aangezien de bescherming van het auteursrecht onmiskenbaar uit de wet voortvloeit.

³² Zie ook mijn opmerkingen over de kwalificatie van deze documenten als werk, in het deel van deze conclusie over de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen.

62. De Bondsrepubliek Duitsland, die meende dat het belang bij de bescherming van de betrokken documenten als vertrouwelijke informatie geen rechtvaardiging vormde voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting die hieruit zou voortvloeien, heeft dus hetzelfde resultaat willen bereiken door zich te beroepen op haar auteursrecht op die documenten, terwijl het auteursrecht volstrekt andere doelen nastreeft, en zelfs niet is aangetoond dat die documenten werken zijn in de zin van dat recht.

63. Naar mijn mening is een dergelijke handelwijze onaanvaardbaar.

64. De beperking van de vrijheid van meningsuiting die het gevolg zou zijn van de auteursrechtelijke bescherming van de betrokken documenten is immers niet alleen niet noodzakelijk in een democratische samenleving, maar zou die samenleving bovendien ernstig schaden. Een van de belangrijkste functies van de vrijheid van meningsuiting en van de hiertoe behorende vrijheid van de media, die in artikel 11, lid 2, van het Handvest uitdrukkelijk wordt genoemd, is de burgers in staat te stellen controle uit te oefenen op de macht – een onmisbaar mechanisme in iedere democratische samenleving. Deze controle kan onder meer worden verricht door de verspreiding van bepaalde informatie of documenten waarvan de staat de inhoud of zelfs het bestaan (of, sterker nog, het niet-bestaan) zou willen verhullen. Uiteraard moet bepaalde informatie, ook in een democratische samenleving, geheim blijven indien de verspreiding ervan de wezenlijke belangen van de staat en, bijgevolg, van die samenleving zelf in gevaar brengt. In dat geval moet de informatie worden gerubriceerd en beschermd volgens de daartoe bestemde procedures, waarvan de toepassing door de rechter kan worden getoetst. Maar buiten die procedures om of indien de staat zelf afziet van de toepassing ervan, kan het deze laatste niet worden toegestaan zijn auteursrecht op ieder willekeurig document aan te voeren teneinde de controle op zijn handelen te verhinderen.

Conclusie van dit deel

65. Samenvattend valt de eventuele auteursrechtelijke bescherming van de documenten in het hoofdgeding niet onder het fundamentele intellectuele-eigendomsrecht, zodat die bescherming uitsluitend moet worden getoetst als een beperking van de vrijheid van meningsuiting, zoals neergelegd in artikel 11 van het Handvest. Deze beperking is echter niet noodzakelijk en beantwoordt niet daadwerkelijk aan een algemeen belang, noch aan de eisen van de bescherming van de rechten van anderen in de zin van artikel 52, lid 1, van het Handvest.

66. Ik geef het Hof dan ook in overweging om, indien het besluit de prejudiciële vragen in de onderhavige zaak inhoudelijk te behandelen, te antwoorden dat artikel 11 van het Handvest, gelezen in samenhang met artikel 52, lid 1, ervan, aldus moet worden uitgelegd dat een lidstaat zich niet kan beroepen op het in artikel 2, onder a), en artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 neergelegde auteursrecht teneinde te verhinderen dat vertrouwelijke documenten van die lidstaat worden meegedeeld aan het publiek in het kader van een debat over vraagstukken van algemeen belang. Deze uitlegging staat er niet aan in de weg dat die lidstaat andere bepalingen van nationaal recht toepast, met name die inzake de bescherming van vertrouwelijke informatie, mits hij daarbij het Unierecht in acht neemt.

Prejudiciële vragen

67. Zoals ik in mijn opmerkingen vooraf heb uiteengezet, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen te herformuleren teneinde de toepasselijkheid van het door het Unierecht geharmoniseerde auteursrecht op de documenten in het hoofdgeding te onderzoeken in het licht van de vrijheid van meningsuiting. Deze analyse en dus ook de voorgestelde oplossing gaan vooraf aan de in de verwijzingsbeslissing gestelde prejudiciële vragen.

68. De eerste prejudiciële vraag betreft immers de speelruimte die de lidstaten hebben bij de omzetting van richtlijn 2001/29. Zoals de verwijzende rechter in zijn verzoek aangeeft, wordt deze vraag onder verwijzing naar de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht gesteld. Volgens die rechtspraak moet de uitvoering van het Unierecht, indien de lidstaten daarbij over speelruimte beschikken, worden beoordeeld in het licht van de in de Duitse grondwet neergelegde grondrechten, terwijl bij het ontbreken van dergelijke speelruimte enkel het Handvest de maatstaf is. Het Bundesverfassungsgericht zou deze rechtspraak hebben ontwikkeld op basis van die van het Hof.³³ Het antwoord dat ik zou willen voorstellen, vloeit echter volledig voort uit de relatie tussen Unierechtelijke bepalingen onderling, namelijk die van richtlijn 2001/29 enerzijds en die van het Handvest anderzijds, zonder dat het nodig is om de speelruimte van de lidstaten te onderzoeken.

69. De tweede prejudiciële vraag van de verwijzende rechter heeft betrekking op de mogelijkheid (of de noodzaak) om de vrijheid van meningsuiting in aanmerking te nemen bij de uitlegging van de in artikel 5 van richtlijn 2001/29 neergelegde beperkingen van het auteursrecht. Het is juist dat het Hof in het arrest Deckmyn en Vrijheidsfonds³⁴ een dergelijke inaanmerkingneming heeft aanbevolen. De situatie in die zaak verschilde evenwel van die in de onderhavige zaak. De oplossing in die zaak was namelijk gebaseerd op het vermoeden van toepasselijkheid van de betrokken beperking (de parodie) op het betrokken geval.³⁵ Nagegaan moest worden of het mogelijk was die beperking *niet* toe te passen vanwege strijdigheid van die toepassing met de gerechtvaardigde belangen van de betrokken auteursrechthebbers.³⁶

70. In de onderhavige zaak lijkt de verwijzende rechter een door de vrijheid van meningsuiting ingegeven ruime uitlegging van de reikwijdte en de voorwaarden voor toepassing van de mogelijke beperkingen genegen te zijn. Ik ben echter van mening dat in een specifieke situatie zoals die in het hoofdgeding auteursrechtelijke bescherming moet worden geweigerd, ongeacht de mogelijke toepasselijkheid van een beperking.

71. Met zijn derde prejudiciële vraag verzoekt de verwijzende rechter het Hof de mogelijkheid te overwegen om, uit hoofde van de bescherming van de vrijheid van meningsuiting, andere beperkingen of restricties dan die van richtlijn 2001/29 op het auteursrecht toe te passen. Het antwoord dat ik wil voorstellen, zou de indruk kunnen wekken dat ik mij achter het in deze prejudiciële vraag geopperde voorstel schaar. Er bestaat niettemin een significant verschil tussen de benadering die ik in deze conclusie voorstel en die van de verwijzende rechter. Het is namelijk één ding om in een concreet en zeer specifiek geval voorrang te verlenen aan de vrijheid van meningsuiting boven het auteursrecht, maar het is wat anders om, buiten de auteursrechtelijke bepalingen van Unierecht, beperkingen en restricties in het geharmoniseerde auteursrecht op te nemen die naar hun aard van algemene toepassing zouden zijn.

72. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen niet in detail te behandelen. Aangezien diezelfde vragen bovendien zijn gesteld in twee andere, reeds genoemde, zaken, zal het Hof de gelegenheid krijgen om ze te beantwoorden. In die twee zaken, die typische situaties van de toepassing van het auteursrecht betreffen, zal het onderzoek van deze vragen bijzonder nuttig zijn.

33 Met name het arrest van 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punt 29).

34 Arrest van 3 september 2014 (C-201/13, EU:C:2014:2132, punt 2, tweede alinea, van het dictum).

35 „[I]n de veronderstelling dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde tekening deze wezenlijke kenmerken van de parodie vertoont [...]” (arrest van 3 september 2014, Deckmyn en Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, punt 2, derde alinea, van het dictum).

36 Arrest van 3 september 2014, Deckmyn en Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, punten 30-32).

Conclusie

73. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Bundesgerichtshof ofwel niet-ontvankelijk te verklaren in de onderhavige zaak ofwel te beantwoorden als volgt:

„Artikel 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, gelezen in samenhang met artikel 52, lid 1, ervan, moet aldus worden uitgelegd dat een lidstaat zich niet kan beroepen op het auteursrecht zoals neergelegd in artikel 2, onder a), en artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij teneinde te verhinderen dat vertrouwelijke documenten van die lidstaat worden meegedeeld aan het publiek in het kader van een debat over vraagstukken van algemeen belang. Deze uitlegging staat er niet aan in de weg dat die lidstaat andere bepalingen van nationaal recht toepast, met name die inzake de bescherming van vertrouwelijke informatie, mits hij daarbij het Unierecht in acht neemt.”