

Auteursrecht

IER 2023/33

HOF AMSTERDAM

13 december 2022

(Mrs. P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten, D. Kingma en H. Struik)
m.nt. M.M.M. van Eechoud¹

Roddelpraat. Online uitzending programma op YouTube-kanaal en website – laten horen geheel auteursrechtelijk beschermd werk van publiek bekend persoon zonder rechtvaardiging

Geen beroep op citaatrecht art 15a Auteurswet nu de volledige diss track van bekende rapper/influencer is uitgezonden in het online programma Roddelpraat zonder rechtvaardiging. Vraag of diss track al voor de uitzending rechtmatig was openbaar gemaakt kan in het midden blijven. De parodie-exceptie van art. 18b Aw is niet toepasselijk, omdat niet valt in te zien in welk opzicht de uitzending een parodie vormt. Geen beroep op beperking ten behoeve van berichtgeving over een actuele gebeurtenis (maatschappelijke misstand seksueel grensoverschrijdend gedrag in context van #MeToo tv-programma The Voice of Holland) omdat diss track geen feitelijke informatie bevatte over het genoemde gedrag en het laten horen van de diss track niet nodig was om een dergelijke (mogelijke) misstand aan de orde te stellen.

Art. 8 en 10 EVRM, art. 5 lid 3 Auteursrechtrichtlijn

200.309.282/01

ECLI:NL:GHAMS:2022:3522

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 13 december 2022

inzake

[appellant sub 1], wonende te [woonplaats 1],
[appellant sub 2], wonende te [woonplaats 2],
appellanten, advocaten mr. R.P.J. Ribbert en W.D. van
Wengen te Amsterdam
tegen
[geïntimeerde A], wonende te [woonplaats 2],
geïntimeerde,
advocaat mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam.

De zaak in het kort

Het gaat in dit kort geding om een conflict over een uitzending van Roddelpraat, die een veel bekeken programma op een *juice* kanaal maakt. In die uitzending wordt een *rap* afgespeeld van [A], die bekend is als muzikant en influencer.

De makers van Roddelpraat hebben vervolgens een deel van de uitzending besteed aan het bespreken van de tekst daarvan. Daarbij hebben zij een lezing van die tekst besproken die erop neerkomt dat een andere bekende Nederlander grensoverschrijdend gedrag heeft vertoond tegenover [A]. De voorzieningenrechter heeft Roddelpraat bevolen de uitzending offline te halen. Roddelpraat heeft daartegen hoger beroep ingesteld, vooral omdat hij beschikt over nieuw bewijsmateriaal waaruit zou blijken dat de *rap* al lang voor de uitzending openbaar gemaakt was.

1 Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna Roddelpraat (in mannelijk enkelvoud) en [A] genoemd. Appellanten worden afzonderlijk ook [appellant sub 1] en [appellant sub 2] genoemd.

Roddelpraat is bij dagvaarding van 8 april 2022 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam van 16 maart 2022, in kort geding gewezen tussen [A] als eiseres en Roddelpraat als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven als vervat in de dagvaarding, met producties;
- memorie van antwoord, tevens houdende vermeerdering van eis, met producties.

Roddelpraat heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en alsnog alle vorderingen van [A], inclusief de vermeerderde eis, zal afwijzen, met veroordeling van [A] in de proceskosten als bedoeld in art.1019h Rv.

[A] heeft geconcludeerd tot bekrachtiging en toewijzing van de vermeerderde eis, met veroordeling van Roddelpraat in de proceskosten als bedoeld in art.1019h Rv.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 27 oktober 2022 doen bepleiten, Roddelpraat door zijn voornoemde advocaat en [A] door mr. P. de Leeuwe, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Beide partijen hebben nog producties in het geding gebracht. Ter zitting is een filmpje getoond van een optreden van [A] in 2021; partijen zijn in de gelegenheid geweest daarover opmerkingen te maken en hebben daarover vragen beantwoord. Ten slotte is arrest gevraagd.

2 Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het vonnis onder 2. de feiten opgesomd die zij bij de beoordeling van de zaak tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn, behoudens enige uitzonderingen, waarmee hierna rekening wordt gehouden, niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die volgen uit niet weersproken stellingen van partijen dan wel de niet (voldoende) bestreden inhoud van producties waarnaar zij ter staving van hun stellingen verwijzen, komen de feiten neer op het volgende.

¹ Mireille van Eechoud is hoogleraar Informatierecht, Instituut voor Informatierecht UvA.

2.1. [A] is een Nederlandse vlogger, model en zangeres. Eind 2017 behaalde zij hits met de nummers “Op Me Monnie” en “Vroom”. Begin 2022 zond Videoland een realityserie uit met [A] en haar partner, genaamd “[A] & [B]: Een nieuw begin”.

2.2. In de periode van eind 2018 tot eind september 2020 werd het management van [A] uitgevoerd door Spec Entertainment B.V. (SPEC). Dit is het bedrijf van (onder meer) rapper [C] (artiestennaam [C]) en zijn vrouw. Op dit moment wordt [A] door een ander vertegenwoordigd.

2.3. [appellant sub 1] is journalist en columnist en heeft onder meer gewerkt voor omroep PowNed en platform GeenStijl. [appellant sub 2] is ook afkomstig van PowNed. Tot januari 2021 was hij bij Radio Veronica Inside actief. [appellant sub 1] en [appellant sub 2] zijn samen co-host van het online programma “Roddelpraat”.

2.4. In Roddelpraat reageren [appellant sub 1] en [appellant sub 2] op de laatste roddels en nieuws in showbizz-land. De stijl is onverbloemd. Het programma wordt op YouTube uitgezonden. Elke woensdag verschijnt er een nieuwe uitzending online. De uitzendingen worden gepubliceerd en gepromoot op de website www.roddepraat.nl. Het programma heeft een groot bereik met 1,5 miljoen of meer kijkers per uitzending.

2.5. In september 2020 heeft [A] een *diss track* opgenomen. De term “diss” duidt op belediging. In de rapscene staat een diss track voor een muziekwerk dat ten doel heeft een ander persoon, vaak een andere artiest, verbaal aan te vallen.

2.6. Deze door [A] in een studio opgenomen diss track is gericht aan SPEC en [C] (en zijn vrouw). De track gaat onder meer over de breuk tussen [A] en SPEC en over [C] persoonlijk.

2.7. Op 15 oktober 2020 heeft [A] een klein deel van deze diss track, op haar Instagram geplaatst bij ‘Instagram Stories’, waarop het 24 uur beschikbaar was. In het door haar op Instagram geplaatste gedeelte komt ook de zin voor: “Je man is echt een vieze en laat ze broek zakken”.

2.8. In september 2021 heeft [appellant sub 2] een MP3 met de diss track toegezonden gekregen.

2.9. Eind januari 2022 hebben [appellant sub 1] en [appellant sub 2] voor Roddelpraat een uitzending gemaakt waarin deze diss track van [A] centraal staat (hierna: de uitzending). Aanleiding was het op 20 januari 2022 op YouTube uitgezonden programma BOOS van BNN VARA waarin beschuldigingen omtrent (seksueel) grensoverschrijdend gedrag bij het televisieprogramma The Voice of Holland (TVOH) aan de orde kwamen (tegen onder anderen [C]).

2.10. De uitzending werd op YouTube, roddelpraat.nl en diverse sociale media gepromoot met de tekst:

[A] IS OOK MISBRUIKT DOOR [C]’

[appellant sub 2] ONTVANGT BEWIJS

[appellant sub 2] ontvangt geheime opname na BOOS:

‘ [A] is ook misbruikt door [C] ’

Na de documentaire van [D] op BOOS heeft [appellant sub 2] een geheim nummer van [A] ontvangen waaruit je kunt concluderen dat zij ook is misbruikt door [C], [appellant sub 1] pakt alle daders in The Voice of Holland-rel keihard aan.

Op 26 januari 2022 heeft Roddelpraat de tekst in de derde regel van deze tekst als volgt aangepast:

[appellant sub 2] ontvangt geheime opname na BOOS; ‘ [A] mogelijk misbruikt door [C] ’

2.11. De uitzending op 26 januari 2022 verliep – samengevat weergegeven – als volgt.

Vanaf minuut 25:45 wordt door [appellant sub 1] en [appellant sub 2] gesproken over de aflevering van BOOS van 20 januari 2022, met name over een slachtoffer dat daarin onherkenbaar in beeld haar verhaal doet.

Deze jonge vrouw geeft aan dat zij in 2018 op een schrijverskamp door [C] is misbruikt. Daarna kondigen [appellant sub 1] en [appellant sub 2] aan dat zij een “absolute scoop”, dus een primeur, hebben. Zij vertellen dat zij een geheime diss track in handen hebben op basis waarvan kan worden geconcludeerd dat ook [A] door [C] is misbruikt. Die diss track zou zijn opgestuurd, omdat [A] zich in het openbaar over dat misbruik zou moeten uitspreken; zij zou dat omwille van haar carrière niet doen. Vanaf minuut 31:40 tot 33:59 laten [appellant sub 1] en [appellant sub 2] de volledige diss track horen.

Daarna analyseren [appellant sub 1] en [appellant sub 2] de diss track. Bij de tekst “hij laat ze broek zakken” zegt [appellant sub 2] “*dat doelt dus op misbruik*” (bij minuut 35:17).

Een transcript van een gedeelte uit het programma:

[appellant sub 2]: *Maar ze wou dit uitbrengen en is toen tegengehouden.*

[appellant sub 1]: *Wel begrijpelijk denk ik.*

[appellant sub 2]: *Omdat dit heel veel aan het licht zou brengen.*

[appellant sub 1]: *Nou ja.*

[appellant sub 2]: *Zij wou alles naar buiten gooien.*

[appellant sub 1]: *Precies.*

[appellant sub 2]: *Dus er is iets gebeurd waardoor zij tot nu haar mond heeft gehouden.*

(...)

[appellant sub 2] (...): *Maar goed iemand die ik dus ook sprak die zei gewoon:*

zover het al zeker was, het ging al heel lang rond dat ook [A] op seksuele wijze zou zijn misbruikt door [C].

[appellant sub 1]: *Nou, ze kan nog steeds dat meisje zijn uit die documentaire wat je mij vraagt.*

[appellant sub 2]: *Dat zou kunnen maar ik heb dat een bé-tje gecheckt. In die tijd dat het schrijverskamp was zat zij nog niet bij het management van [C].*

[appellant sub 1]: *Je kan wel nog steedsnaar het schrijverskamp gaan.*

[appellant sub 2]: *Ze kan het zijn. Laat ik, ik zeg dat ze haar mond houdt.*

2.12. Na de uitzending hebben volgers van Roddelpraat de volgende reacties gepost: *“Goed gedaan [appellant sub 2] en [appellant sub 2], docu was heftig, maar zo zie je maar dat jullie eerst een stort aan negativiteit over je heen krijgt maar het blijkt wel te kloppen, soms zijn jullie bikkelhard en satirisch maar goed werk jongens!”* *‘Ik ben het niet altijd eens met de hoeveelheid schunnige taal in dit program, maar de gepresenteerde feiten zijn altijd keihard! Dank jullie wel!’* *‘Mooi dat eindelijk ook in Nederland #metoo aan het licht wordt gebracht, dankzij jullie’* *‘Hoeveel zwijggeld heeft [A] gekregen van [C]?’*

2.13. Op de avond van de uitzending heeft [A] de daarin gedane beweringen via een filmpje op Instagram proberen recht te zetten. Ze heeft onder meer gezegd dat [C] haar niets heeft aangedaan.

2.14. Na de uitzending op 26 januari 2022 is de diss track op verschillende YouTube kanalen geplaatst.

2.15. Bij brief van 27 januari 2022 zijn door de advocaat van [A] een aantal verzoeken aan Roddelpraat gedaan om een einde te maken aan de volgens [A] onrechtmatige situatie.

2.16. In een e-mail van 28 januari 2022 heeft de advocaat van [appellant sub 1] en [appellant sub 2] geschreven dat zij aan die verzoeken niet zullen voldoen.

2.17. Op 28 januari 2022 hebben [appellant sub 1] en [appellant sub 2] op Roddelpraat.nl het volgende bericht geplaatst:

[A] stuurt advocaat op Roddelpraat af (...). Wij hebben haar nummer over [C] in de uitzending laten horen in het teken van het misbruikschandaal met The Voice en de Marokkaanse rapper. Het nummer gaat over [C] en wat hij haar zou hebben aangedaan. Dat wij dit bespreken in Roddelpraat is volgens ons gewoon rechtmatig, want onderdeel van de persvrijheid en de vrijheid van meningsuiting.

(...) Maar mag ik heel even iedereen er alvast op attenderen dat [A] zelf al een groot deel van het nummer op haar Insta heeft gezet zo'n 1,5 jaar geleden.

(...)

[appellant sub 1] en [appellant sub 2] hebben bij deze tekst het op 15 oktober 2020 door [A] op haar Instagram Stories geplaatste gedeelte van de diss track gezet.

2.18. Op dit bericht zijn wederom reacties gekomen van de volgers van Roddelpraat. Een van deze reacties is: *“[C] heeft r in de pocket heeft r geld gegeven om te zwijgen en nu geld om Roddelpraat onder druk te zetten want geen bewijs is altijd beter als je een rechtszaak voor je noten krijg je weet toch”*.

2.19. Op 2 februari 2022 hebben [appellant sub 1] en [appellant sub 2] een nieuwe uitzending van Roddelpraat online gezet met als titel: *“[A] woest en slaapt [appellant sub 2] en [appellant sub 2] voor de rechter: ‘Achterlijk wijf’*”. In deze uitzending wordt gepraat over het kort geding in eerste aanleg. De uitingen over [A] worden herhaald.

2.20. Op 18 maart 2022 heeft Roddelpraat de uitzending offline gehaald, een rectificatie met de in het vonnis voorgeschreven tekst geplaatst die voor meer dan 48 uur zichtbaar was en ook overigens geheel aan het vonnis voldaan.

3 Beoordeling

3.1.1. [A] vorderde in eerste aanleg, samengevat, om [appellant sub 1] en [appellant sub 2] te veroordelen om,

- I. te verwijderen en verwijderd te houden:
 - a. de uitzending en alle verwijzingen daarnaar en promotie daarvoor,
 - b. het bericht van 28 januari 2022 op roddelpraat.nl;
 - c. de term ‘achterlijk wijf’ bij promotie van de uitzending van 2 februari 2022,
- II. het stellen of suggereren dat [A] door [C] zou zijn misbruikt of verkracht, dat [C] grensoverschrijdend jegens haar heeft gehandeld of haar zou hebben mishandeld en/of dat [A] te zien of te horen is in de uitzending van BOOS en/of dat zij over dit gedrag haar mond houdt, te staken en gestaakt te houden
- III. op www.roddelpraat.nl en op de gelijknamige sociale media accounts een rectificatie te plaatsen,
- IV. een rectificatie te plaatsen zoals in de dagvaarding nader aangeduid, met veroordeling in de volledige proceskosten voor zover het geschil betrekking heeft op handhaving van het intellectuele eigendomsrecht en kosten volgens het liquidatietarief voor het overige.

3.1.2. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen vrijwel geheel toegewezen.

Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Roddelpraat met zijn acht grieven op. In hoger beroep heeft [A] haar eis vermeerderd; zij vordert nu ook om [appellant sub 1] en [appellant sub 2] ieder afzonderlijk, met onmiddellijke ingang, te verbieden om [A] in uitingen die direct of indirect verband houden met deze procedure “achterlijk wijf” of “achterlijke” te noemen, op straffe van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 10.000,- per persoon per uiting en per dag(deel) waarin de desbetreffende uiting door [appellant sub 1] en [appellant sub 2] niet zal zijn verwijderd.

3.2. De eerste grief van Roddelpraat behoeft, gelet op voormelde weergave van de feiten, geen bespreking meer.

Spoedeisend belang

3.3. Met grief 7 stelt Roddelpraat het spoedeisend belang aan de orde. Om ontvangen te kunnen worden in een vordering in kort geding dient een eiser een spoedeisend belang te hebben bij de gevorderde maatregelen, zodat deze grief eerst behandeld dient te worden.

De grief faalt waar het gaat om de vorderingen in eerste aanleg.

Met haar stellingen dat door het toegankelijk zijn van de uitzending op internet voortdurend inbreuk werd gemaakt op haar auteursrecht en/of voortdurend onrechtmatig werd gehandeld heeft [A] voldoende aannemelijk gemaakt dat een bodemprocedure niet kon worden afge-

wacht en dat zij spoedeisend belang bij de vorderingen had. Dat er een mogelijkheid bestond om op andere wijze (via een *Notice and take down* bij YouTube) te komen tot het offline halen van de uitzending doet daaraan niet af. Daargelaten of YouTube bereid zou zijn geweest zo'n verzoek in te willigen, de ook gevorderde bevelen en de rectificatie konden niet op die manier bereikt worden.

3.4 Bij de eisvermeerdering in hoger beroep ontbreekt echter het spoedeisend belang wel. De uitzending en de berichtgeving rond die uitzending dateren van ongeveer drie kwart jaar geleden, net als de verwijdering van de uitzending. Dat, en waarom, er nu een spoedeisend belang zou zijn bij een verbod zoals gevorderd is niet onderbouwd en ook niet aannemelijk geworden. De maanden geleden gepubliceerde uitingen over dit hoger beroep, waaraan in de pleitnota gerefereerd wordt, volstaan daartoe niet. Nu Roddelpraat heeft verklaard met de merchandise met de tekst *achterlijk wijf* te zijn gestopt en [A] expliciet heeft aangegeven dat zij niet tegen die merchandise wenst op te treden kan het bestaan daarvan niet meewegen.

Het bij de eisvermeerdering gevorderde verbod wordt dus reeds om die reden niet toegewezen.

Eerdere rechtmatige openbaarmaking?

3.5 Grief 2 houdt in dat inmiddels is gebleken dat [A] zelf de diss track al voor de uitzending van 26 januari 2022 had openbaar gemaakt. Roddelpraat onderbouwt die stelling met de opname van een verjaardagsfeestje en enige schriftelijke verklaringen, waaruit onder meer zou kunnen worden opgemaakt dat het ging om een professioneel optreden waarbij veel mensen aanwezig waren en waarvoor [A] is betaald. [A] betwist die verklaringen; zij stelt dat het filmpje ziet op een andere datum, dat het een vriendendienst (optreden op een kinderfeestje voor een verjaardag) in kleine kring was, dat ze niet wist dat er een opname werd gemaakt en dat ze iedereen gevraagd heeft om de diss track vertrouwelijk te houden.

3.6 Op basis van het ter zitting met partijen bekeken materiaal is duidelijk dat [A] op enig moment in het najaar van 2021 (dus voor de uitzending) op een feestje de diss track ten gehore heeft gebracht. Op welke datum dat precies was, hoeveel mensen er aanwezig waren en of zij daarvoor is betaald valt niet vast te stellen in het kader van dit kort geding, dat zich niet leent voor (nadere) bewijslevering. Anders dan Roddelpraat meent is echter, zelfs als wat hij stelt juist is, de betekenis daarvan voor de te nemen beslissingen zeer beperkt.

3.7 Ook indien zou worden aangenomen dat [A] de diss track vóór de uitzending door Roddelpraat zelf openbaar gemaakt heeft door deze bij een optreden te laten horen, is daarmee het recht van [A] om zich als maker te verzetten tegen integrale uitzending door Roddelpraat op zijn YouTube-kanaal immers niet komen te vervallen. Vast staat dat Roddelpraat geen licentie of toestemming van [A] gekregen had. Dat betekent dat Roddelpraat in beginsel die diss track niet mocht uitzenden en door dat wel te

doen inbreuk heeft gemaakt op [A]'s auteursrecht. De uitputtingsleer waarop Roddelpraat zich beroept, die meebrengt dat de auteur bijvoorbeeld niet kan voorkomen dat een eenmaal in beperkte kring verspreid exemplaar van een boek aan anderen wordt doorgegeven, is niet van toepassing op een uitzending als de onderhavige.

Andere auteursrechtelijke geschilpunten

3.8 Roddelpraat beroept zich op diverse beperkingen op het exclusieve openbaarmakingsrecht van [A] als maker.

3.9 Nu de volledige diss track, en niet slechts een deel daarvan, is uitgezonden komt Roddelpraat voorschijnlijk geen beroep toe op het citaatrecht van art. 15a Aw. Dat het geheel weergeven van de track in het kader van het citaatrecht noodzakelijk zou zijn is door Roddelpraat onvoldoende toegelicht en is evenmin gebleken. Of het geheel weergeven van de track op andere journalistieke gronden toelaatbaar is, wordt hierna nog besproken.

3.10 De parodie-exceptie van art. 18b Aw is niet toepasselijk, omdat niet valt in te zien in welk opzicht de uitzending een parodie vormt. Dat [appellant sub 1] en [appellant sub 2] grappen maken en lachen en zich onverbloemd uitdrukken maakt de uitzending nog geen parodie. Of het algemene concept van het programma gezien kan worden als een parodie op andere (televisie)programma's over shownieuws doet niet ter zake, het komt aan op deze uitzending in relatie tot het gebruikte werk van [A]. Ook Roddelpraat zelf vindt overigens kennelijk niet dat hier geparodieerd wordt. Hij benadrukt immers dat hij een misstand aan de kaak wilde stellen, te weten seksueel grensoverschrijdend gedrag in afhankelijkheidsrelaties (Me-too), in het bijzonder in het licht van de toen (en nog steeds) maatschappelijk in de belangstelling staande onthullingen aangaande de gang van zaken rond het televisieprogramma TVOH. Hij benadrukt dat deze misstand zeer ernstig is en aandacht behoeft. In welk opzicht de uitzending in kwestie een parodie is, en op wat dan precies, heeft hij niet toegelicht. Hij stelt dat [appellant sub 1] en [appellant sub 2] die aandacht op eigen, borrelpraat-achtige wijze inkleden, maar dat is niet hetzelfde als een parodie.

3.11 De belangrijkste uitzondering waarop Roddelpraat zich beroept is de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid. Beide partijen hanteren terecht als toetsingskader de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU), in het bijzonder de arresten *Spiegel Online* (ECLI:EU:C:2019:625) en *Funke Medien* (ECLI:EU:C:2019:623), maar zij twisten over de ruimte die deze jurisprudentie laat aan de Nederlandse rechter en over de toepassing van dat kader op dit geval.

Uit genoemde arresten volgt dat beperkingen van het auteursrecht uitputtend zijn geregeld in de Auteursrecht-richtlijn (richtlijn 2001/29/EG) en dat artikel 5, lid 3, onder c) (tweede gedeelte) van die richtlijn (overeenkomend met artikel 16a Aw) ten doel heeft prioriteit te geven aan de uitoefening van het recht op vrije meningsuiting en het recht op persvrijheid. Uit het arrest *Spiegel Online* volgt

dat het onder omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn om een geheel werk openbaar te maken. De omstandigheden waren in die zaak echter wezenlijk anders dan in dit geval; met name is hier, anders dan in die zaak, niet aan de orde dat integrale weergave noodzakelijk was vanwege de beweringen van de auteur. Uit het oordeel van het HvJEU valt geen algemene rechtvaardiging af te leiden voor het gebruik van werken in hun geheel.

3.12.1 Roddelpraat heeft zich erop beroepen dat hij de diss track mocht gebruiken omdat dit gerechtvaardigd was ten behoeve van zijn berichtgeving over een actuele gebeurtenis. Uit de genoemde rechtspraak blijkt dat het begrip 'actuele gebeurtenis' volgens het HvJEU betekent: een gebeurtenis waarbij het publiek op het moment dat verslag ervan wordt gedaan belang heeft om daarover te worden geïnformeerd (arrest *Spiegel Online*, punt 67). Ten tijde van de uitzending waren de verdenkingen van Me-too problematiek rond het programma TVOH en de rol daarin van [C] actueel in die zin en zou daarin berichtgeving over eerder grensoverschrijdend gedrag van [C] jegens [A] op zichzelf inderdaad kunnen passen. Maar die omstandigheid rechtvaardigde niet om, zoals Roddelpraat heeft gedaan, de diss track in zijn geheel uit te zenden terwijl die geen feitelijke informatie bevatte over het genoemde gedrag en niet gebleken is dat [appellant sub 1] en [appellant sub 2] beschikten over enige andere aanwijzing voor zulk gedrag dan hun eigen interpretatie van die track, en zonder dat zij ter zake voorafgaand aan de uitzending navraag hadden gedaan bij [A]. (vgl. ook arresten EHRM *Flux-Moldavië* (no.6, 27 november 2007) en *Timpul* (29 juli 2008)). Dat [appellant sub 2] van iemand een gerucht over misbruik zou hebben gehoord (zie 2.11) maakt dat niet anders. Elke nadere concretisering ontbreekt immers en [A] heeft gesteld en onderbouwd dat zij een dergelijk gerucht al veel eerder had ontkend.

3.12.2 Ook voor zover uitzending van de diss track in verband is gebracht (zie het bestreden vonnis, rov. 4.16) met een (verondersteld) verzwijgen door [A] van grensoverschrijdend gedrag jegens haar (al of niet omdat zij daarvoor geld had gekregen of haar carrière niet in de waagschaal wilde stellen), biedt dat geen rechtvaardiging voor het uitzenden ervan. De diss track bevat immers geen enkele aanwijzing in de richting dat [A] zwijgt over misbruik en/of dat zij daarvoor de bedoelde redenen zou hebben.

3.13 Uit het voorgaande volgt dat het laten horen van de diss track niet nodig was om een dergelijke (mogelijke) misstand aan de orde te stellen.

Artikel 21 Rv

3.14 Roddelpraat stelt nog dat [A] art. 21 Rv heeft geschonden, door in eerste aanleg geen openheid van zaken te geven over de omstandigheid dat zij de diss track wel degelijk zelf had gereed gemaakt voor openbaarmaking (in de zin dat deze professioneel was afgemixt en aan radiostations was verspreid) en deze ook daadwerkelijk zelf openbaar had gemaakt, op het gefilmde feestje in het najaar van 2021.

Dat baat hem niet. Ook als het bedoelde optreden zou moeten worden gezien als een openbaarmaking komt aan de omstandigheid dat [A] daarover heeft gezwegen niet de gestelde betekenis toe. Een dergelijke openbaarmaking was immers, zoals hiervoor overwogen, geen vrijbrief voor Roddelpraat om de gehele diss track in het programma ten gehore te brengen. Of de voorzieningenrechter daarover onjuist is voorgelicht was dus niet van belang voor de te nemen beslissing.

Tussenconclusie auteursrecht

3.15 Het voorgaande betekent dat de voorzieningenrechter terecht heeft geoordeeld dat de uitzending inbreuk maakte op de auteursrechten van [A], zodat niet alleen grief 2 maar ook grief 5 faalt.

Grondrechten

3.16.1 Grief 3 ziet op de afweging van het recht op privacy (bescherming van de persoonlijke levenssfeer) tegen de vrijheid van meningsuiting. Grief 4 bouwt daarop voort. Bij de afweging die de feitenrechter dient te maken geldt niet als uitgangspunt dat voorrang toekomt aan het door art. 7 Gw en art. 10 EVRM gewaarborgde recht op vrijheid van meningsuiting. Voor de door art. 8 EVRM beschermde rechten geldt hetzelfde. Er bestaat geen rangorde tussen deze rechten. De feitenrechter dient bij de afweging alle relevante omstandigheden mee te wegen en het oordeel dat een van beide rechten zwaarder weegt dan het andere recht brengt mee dat de inbreuk op het andere recht voldoet aan de noodzakelijkheidstoets van art. 10 lid 2 EVRM, dan wel art. 8 lid 2 EVRM (Hoge Raad, 5 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9230).

3.16.2 Het hof acht de volgende feiten en omstandigheden van belang.

Roddelpraat heeft aandacht besteed aan de Me-too problematiek bij TVOH, een actuele en belangrijke misstand. Hij heeft voor de uitzending aangekondigd over bewijs te beschikken dat [A] was misbruikt door [C]. Dat bewijs was volgens Roddelpraat zelf niet de aflevering van BOOS, maar de diss track, die geheel is afgespeeld en becommentarieerd.

Vast staat dat [A] de diss track zelf heeft opgenomen, en dat zij zich daarin richt tegen [C]. De tekst daarvan, die Roddelpraat analyseert in de uitzending, geeft in elk geval aanleiding voor de gedachte dat [A] meent dat [C] zich onbehoorlijk heeft gedragen. Deze tekst verwijst echter niet, zeker niet duidelijk, naar ongewenste intimiteiten of ander misbruik van [C] jegens [A]. De tekst verwijst helemaal niet naar het zwijgen over dergelijk misbruik door [A]. Ook overigens bestond er geen deugdelijke grond voor de gedachte dat [A] zweeg over misbruik omdat zij betaald was of vanwege haar carrière. Als [A] het anonieme meisje in de aflevering van BOOS was, wat zij ontkent en waaraan Roddelpraat zelf ook twijfelt, ondersteunt dat die gedachte evenmin.

3.16.3 Het gaat dus per saldo om louter speculatie, een losse theorie, en niet om een feit dat wordt bevestigd door

het in de aankondiging van de uitzending geclaimde bewijs. Uit de reacties van degenen die de uitzending hebben gezien (zie 2.12 en 2.18) volgt, zoals de voorzieningenrechter terecht heeft overwogen, dat zij de beweringen van Roddelpraat wel hebben opgevat als feiten. Verder weegt mee dat door Roddelpraat geen wederhoor is toegepast, hoewel de mogelijkheid daartoe aanwezig was. Een behoorlijke reden daarvoor is niet gegeven.

3.17 Dat [A] nadeel zou ondervinden van de uitzending was voorzienbaar. De publicatie van haar track, met de niet terechte duiding dat zij de track bedoeld had als beschuldiging tegen [C] wegens seksueel misbruik, stelde haar zonder reden in een ongunstig daglicht. Een (verondersteld) niet naar voren komen als slachtoffer kan, in de Me-too context in het algemeen en rond het TVOH-schandaal in het bijzonder, worden gezien als laf en fout gedrag, zeker als het gaat om ontkenning van plaatsgevonden misbruik voor eigen gewin.

3.18 De op zichzelf vaststaande omstandigheid dat [A] een publieke figuur is die zelf de media niet schuwt, is niet voldoende om dit soort beschadigende uitingen te rechtvaardigen. Dat [A] daarvan nadeel heeft ondervonden in de vorm van (online) beledigingen is ook aannemelijk gemaakt.

3.19 De afweging valt daarom uit in het voordeel van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van [A]. De uitzending was onrechtmatig jegens [A] en de inbreuk op het auteursrecht was niet gerechtvaardigd.

3.20 Roddelpraat heeft in dit hoger beroep nog aangevoerd dat de voorzieningenrechter had moeten volstaan met een rectificatie in plaats van een bevel tot het offline halen van de uitzending. Daarmee zou voorts zijn voldaan aan de eis van volledige en integere archivering.

In de eerste aanleg is het belang van de archivering wel genoemd, maar is niet gesteld en evenmin toegelicht dat volstaan zou kunnen worden met een rectificatie. Het is niet aan de rechter om, als het debat van partijen daartoe geen aanleiding geeft, ambtshalve te bezien of (en zo ja in welke vorm) een minder vergaande remedie meer passend zou zijn dan de gevorderde. Dat de voorzieningenrechter zich daarin niet heeft verdiept is dus terecht.

Nu, in appel, is de situatie veranderd, doordat de uitzending reeds geruime tijd niet meer online beschikbaar is. Dat Roddelpraat nu voldoende belang heeft bij het wederom online zetten van de uitzending, met een niet nader omschreven, al dan niet aanvullende, rectificatie, is niet aannemelijk geworden. Daartoe volstaat het belang van archivering niet. Bovendien zou met het weer online zetten opnieuw inbreuk op het auteursrecht worden gemaakt. Ook op dit punt faalt het betoog van Roddelpraat.

Verwijdering term

3.21 Grief 6 ziet op de aanduiding van [A] als achterlijk wijf, met name in de context van het aanhangig maken van dit kort geding.

Ook als wordt aangenomen dat Roddelpraat op zichzelf niet onrechtmatig handelde door de enkele aanduiding

achterlijk wijf voor [A] te gebruiken, moet worden meegevoerd dat die aanduiding werd gebruikt in verband met de rechtsmaatregelen tegen de uitzending die, naar nu is bevestigd, inbreuk maakte op het auteursrecht van [A]. Daarom bestond er, gelet op de op dat moment bestaande situatie, voldoende belang bij een ordemaatregel in de vorm van de toegewezen verwijdering van de term 'achterlijk wijf' bij en ter promotie van de uitzending van 2 februari 2022.

Slotoverweging en kosten

3.22 De grieven falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd en de vermeerdering van eis wordt afgewezen. Roddelpraat zal als voornamelijk in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep. Het geschil ziet, naar tussen partijen vast staat, voor 50% op een auteursrechtinbreuk, zodat in zoverre de kosten op de voet van art. 1019h Rv worden begroot. Het hof acht dit een zaak van normaal gewicht. Het indicatietarief bedraagt dan € 20.000. Daarom wordt € 10.000 toegewezen. Voor de andere helft wordt het liquidatietarief toegepast.

4 Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

wijst af het in appel meer en anders gevorderde;

veroordeelt Roddelpraat in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van [A] begroot op € 343,- aan verschotten en € 11.671,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de veertiende dag na deze uitspraak;

verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

Veel rechtszaken over auteursrechtelijke beperkingen worden er niet gevoerd. Bovenstaande heeft alle ingrediënten voor een beschouwing over de reikwijdte van beperkingen in het licht van geharmoniseerd auteursrecht, de botsing tussen het fundamentele recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op bescherming van intellectuele eigendom, over het recht op eerste openbaarmaking dat de auteur van een werk toekomt, en het heeft ook nog eens een hoog sappigheidsgehalte én een link met een maatschappelijk debat van belang: #MeToo. Maar: dit is een procedure in kort geding, met veel gesteggel over de feiten, en gedaagden die van alles uit de kast trekken om te rechtvaardigen waarom ze een 'diss track' van rapper Famke Louise integraal ten gehore zouden moeten kunnen (blijven) brengen in hun op YouTube verspreide programma 'Roddelpraat'. Dat ze daar bij rechtbank en hof niet in slagen komt niet als een verrassing. Gedaagden beroepen zich tevergeefs op het citaatrecht (art. 15a Auteurswet (hierna: Aw)), op de beperking die gebruik voor parodie

toestaat (art. 18b Aw), en op vrij gebruik in het kader van actuele verslaggeving (art. 16a Aw).

Het staat als een paal boven water dat in de YouTube-uitzending van Roddelpraat (een kanaal met zo'n 1,5 miljoen kijkers per uitzending) sprake is van het zonder toestemming auteursrechtelijk openbaar maken van de diss track door gedaagden. Maar toestemming is niet nodig bij een beroep op de parodie-exceptie, op de beperking voor vrij gebruik voor reportages over actuele gebeurtenissen of op het citaatrecht. Wel is voor een geslaagd beroep op het citaatrecht vereist dat het gebruikte werk reeds rechtmatig is openbaargemaakt. Het doet er dus toe wat Famke Louise zelf met de diss track heeft gedaan (of laten doen). De gedaagden voerden in eerste aanleg aan dat omdat de rapper zelf stukjes uit de diss track via haar Instagram-account had gedeeld (al was het voor slechts 24 uur), ze de track openbaar had gemaakt. De rechter vond van niet. In hoger beroep verschoof de aandacht naar een verjaardags- of (kinder)feestje waarop de rapper het nummer ten gehore zou hebben gebracht, maar de beweringen van partijen (zie r.o. 3.5-3.6, 3.14) over de toedracht liepen ver uit een, o.a. wat betreft omvang gezelschap, privé of professioneel optreden, wel of geen toestemming voor maken opname en verzoek om vertrouwelijk houden. Het Hof koos wijze-lijk voor de efficiënte weg: of de bron openbaargemaakt was hoeft niet te worden vastgesteld, want gedaagden kunnen niet aannemelijk maken dat het nodig was om de track in zijn geheel af te spelen dus daar ketst het beroep op het citaatrecht sowieso op af. Ik kom hier nog op terug.

Alliedrie de beperkingen waarop de makers van Roddelpraat zich beroepen zijn geharmoniseerd. Op EU-niveau zijn ze echter summier geregeld, en lijkt er op het eerste gezicht vrij veel discretionaire bevoegdheid voor lidstaten bij de uitwerking van de in richtlijnen benoemde excepties. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU is er inderdaad ruimte, maar die is wel op allerlei manieren beperkt: door de driestappentoets, het hoge beschermingsniveau van auteursrecht dat de EU nastreeft, unierechtelijke beginselen zoals evenredigheid én door de eisen die het Handvest van Grondrechten van de EU stelt aan de omgang met botsende grondrechten (het in IE-zaken gebruikelijke kwartet: uitingsvrijheid, privacy, vrijheid van ondernemerschap, intellectuele eigendom). Die vrije ruimte is dus grotendeels cosmetisch. Vgl. hierover o.a. Hugenholtz in zijn noot bij Funke Medien en Pelham.²

Parodie-exceptie

De parodie-exceptie is in de Auteursrechtlijn heel summier neergelegd: lidstaten mogen gebruik toestaan

voor karikatuur, parodie of pastiche (art. 5 lid 3 onder k). In de Nederlandse Auteurswet staat het uitgebreider: openbaarmaking of verveelvoudiging van een werk in het kader van een karikatuur, parodie of pastiche is toegestaan, mits het gebruik in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is (art. 18b Aw).

Volgens het HvJ EU heeft de parodie twee wezenlijke kenmerken: dat een bestaand werk wordt nagebootst met duidelijke verschillen met het bestaande werk en dat aan humor wordt gedaan of de spot wordt gedreven.³ Veel meer richting over wat een parodie wel is geeft het HvJ EU niet in Deckmyn, wel over wat niet vereist is, o.a. dat de parodie zelf een oorspronkelijk werk is of dat de parodie gaat over het geparodieerde werk.

In eerste aanleg ging de rechter uitgebreid in op de wijze waarop het item in de Roddelpraat-aflevering aan de orde kwam. Hij kwam tot de slotsom dat de kijker 'niet anders [kan] dan concluderen dat [eiseres] in de diss track verwijst naar misbruik of grensoverschrijdend gedrag door [naam 1] jegens haar.' Het misbruik werd als feit gepresenteerd en de diss track werd geanalyseerd en gepresenteerd als serieuze bron. De presentatoren maakten weliswaar ook grapjes, daarmee was nog geen sprake van een parodie (satire, komische overdrijving). Volgens de Rechtbank hoefde dat ook niet te worden beoordeeld, omdat er geen rechtvaardiging was voor het doen van uitlatingen zonder enige feitelijke grondslag. Merk op dat in eerste aanleg vragen over de (on)rechtmatigheid van de uiting (vrijheid van meningsuiting versus privacy) ook los van auteursrechtelijke vraagstukken aan de orde kwamen. Voor eiseres lijkt het auteursrecht op de diss track vooral een middel om onjuiste uitlatingen over haar persoon aan te pakken. In hoger beroep lag de focus meer op de toepasselijkheid van auteursrechtelijke excepties.

Ook het Hof ziet het item echter niet als parodie: 'grappen maken en lachen en zich onverbloemd uitdrukken maakt de uitzending nog geen parodie' (r.o. 3.10). Daarbij betreft het Hof ook dat gedaagden beweren een maatschappelijke misstand aan de kaak te stellen, hoewel die claim niet geloofwaardig wordt bevonden, want, zegt het Hof, dat wat gedaagden beweren over misbruik van de eiser is 'louter speculatie' en 'losse theorie' (r.o. 3.16.3). Overigens kunnen humor en het aan de kaak stellen van maatschappelijke misstanden natuurlijk juist heel goed samengaan: denk aan de politieke spotprent. In dit Roddelpraat-geval zou ik zeggen dat aan het criterium humor of spot bedrijven wel wordt voldaan (er gelden geen kwaliteitseisen voor humor), maar dat geen sprake is van 'het nabootsen van een bestaand werk met duidelijke verschillen', omdat het hele bronwerk ongewijzigd wordt afgespeeld.

² HvJ EU 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:623, HvJ EU 29 juli 2019, ECLI:EU:C:2019:624, NJ 2020/353 en NJ 2020/354), Kulk en Theunissen in het tweeluik 'Naar een nieuw fundament – hoe het Handvest het auteursrecht hervormt' (AMI 2019/4-5), Dommering 'De arresten Funke Medien, Spiegel Online en Pelham van het HvJ EU van 29 juli 2019', AMI 2019-6, p. 186 en Kingma, noot bij Funke Medien, AMI 2020/1, nr. 2.

³ HvJ EU 3 september 2013, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (Deckmyn).

Actuele verslaglegging

De beperking in de Auteursrechtlijn die ziet op gebruik door de pers bestaat uit twee delen. De eerste correspondeert met het 'voor de pers door de pers' artikel van art. 15 Aw. Het tweede, waar Roddelpraat voor het hof een beroep op deed, betreft '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 (art. 5 lid 3 onder c Auteursrechtlijn). In de Auteurswet is dat neergelegd in 16a Aw.

Het HvJ EU heeft de beperking voor actuele verslaglegging uitgelegd primair in het arrest *Spiegel Online*,⁴ en dat is dan ook het arrest waar het Hof uitgebreid naar verwijst. Dat sprake is van actuele verslaggeving lijkt mij ook: de gebeurtenis is al actueel omdat op het moment van de uitzending #MeToo en de verikkelingen rond *The Voice of Holland* nog onderwerp waren van maatschappelijk debat. Er was ook sprake van verslaggeving, d.w.z. er was sprake van meer dan een loutere bekendmaking, de minimumeis die het HvJ EU stelt (r.o. 66 *Spiegel Online*). Echter, de diss track zelf bevatte geen informatie die relevant is voor #MeToo, het gebruik ervan was vanuit oogpunt van voorlichting dus niet gerechtvaardigd, laat staan het gebruik van de integrale track. De rechtbank wilde eerder niet weten van het bestaan van een actuele gebeurtenis en drukte zich in sterkere bewoordingen uit dan het Gerechtshof: 'Het beroep op de actuele reportage exceptie en de persexceptie faalt, omdat geen sprake is van een actuele gebeurtenis, maar van een door [gedaagde 1] en [gedaagde 2] opgevoerde niet bestaande misstand.'⁵ Vraag is denk ik wel of het feit dat een bekende rapper een diss track maakt over een ander publiek (en omstrede) persoon op zichzelf al een actuele gebeurtenis is. Ik zou menen dat daar wel sprake van kan zijn, de rechtspraak van het EHRM over wanneer sprake is van een onderwerp van publiek belang kan hierbij dienstig zijn. Daarmee is natuurlijk nog niet gezegd dat de track zo gebruikt mag worden als hier gebeurde.

Citaatrecht

Het citaatrecht is volgens de Auteursrechtlijn (art. 5 lid 3 onder b) vrij gebruik voor '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'. In de Auteurswet is het wat

anders geformuleerd, maar ik richt me hier op de uitleg die het HvJ EU geeft aan het citaatrecht.

Citeren veronderstelt gebruik voor een bepaald doel: de geharmoniseerde eis is dat het gebruik dient ter (1) illustratie van een uitlating of (2) ter verdediging van een opvatting dan wel om (3) een intellectuele confrontatie te weeg te brengen tussen dit werk en de uitlatingen van de gebruiker. Dat vraagt dan weer dat het geciteerde werk 'in een rechtstreeks en nauw verband' wordt gebracht met de eigen beschouwingen (HvJ EU in *Spiegel Online* r.o. 79). Nu de presentatoren de opname bespreken en commentariëren is aan het gebruiksdoelvereiste wel voldaan. Echter, het HvJ EU eist ook dat 'het gebruik van het geciteerde werk van ondergeschikt belang dient te zijn ten opzichte van de uitlatingen van die gebruiker'.

Blijkens de feitelijke beschrijving is de hele aflevering gericht op het onthullen van de diss track zelf, die bovendien integraal wordt afgespeeld. Daarmee is m.i. twijfelachtig of wel aan de wezenlijke kenmerken van een citaat is voldaan. Daar komt dan nog bij dat integraal gebruik sowieso een bijzondere motivering vereist, omdat citeren immers alleen is toegestaan als het 'naar billijkheid geschiedt en door het bijzondere doel wordt gerechtvaardigd' (art. 15a Aw spreekt van 'citeren in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is en aantal en omvang der geciteerde gedeelten door het te bereiken doel zijn gerechtvaardigd'). Aan die toets werd niet voldaan, dus kon het beroep van Roddelpraat reeds daarop worden afgewezen.

Wat de rechters dus niet verder hoefden te onderzoeken, maar wat zowel van theoretisch als praktisch oogpunt een relevante vraag is, is wanneer er nou sprake is van een rechtmatig openbaargemaakt werk?

Daar is het HvJ EU tot nu toe vaag over. In *Painer* zocht het HvJ EU aansluiting bij het citaatrecht zoals neergelegd in de Berner Conventie (artikel 10 lid 1 BC: (...) quotations from a work lawfully made available to the public), en interpreteert (enigszins circular) 'ter beschikking stellen aan publiek' als 'toegankelijk maken van dat werk voor het publiek', zonder verdere precisering. Wel voegt het HvJ EU nog toe dat dat toegankelijk maken voor het publiek dus niet per se hetzelfde is als 'mededelen aan het publiek' in de zin van het exclusieve recht neergelegd in art. 3 Auteursrechtlijn.⁶

Nu dateert de Berner Conventie uit het papieren tijdperk, dus dat niet aanstonds duidelijk is hoe het citaatrecht in de digitale omgeving moet worden uitgelegd mag geen verrassing zijn. Onze Auteurswet is ook wat betreft het citaatrecht techniekafhankelijk geformuleerd, want spreekt van een werk dat rechtmatig openbaar gemaakt is. Dat is gunstig. Want het 'delen' van werken of stukken daaruit via sociale media neemt vele verschijningsvormen aan.

4 HvJ EU 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625.

5 Rb. Amsterdam (vzr.) 16 maart 2022, *Mediaforum* 2022/4, nr. 11, m.nt. E.H.F. Dings (*Juicechannels*).

6 HvJ EU 1 december 2011, C-145/10 (*Painer/Standards Verlag*).

Neem bijvoorbeeld Instagram, waarop Famke Louise volgens appellanten stukken uit de diss track had gedeeld als Verhaal (een functie waarbij de geposte content maar 24 uur beschikbaar blijft). Gebeurt dit op een publieke account, dan kan iedereen het werk zien gedurende die 24 uur. Maar kiest de gebruiker ervoor om de content privé te delen, dan kunnen alleen geaccepteerde volgers – of een subset daaruit, als de gebruiker ervoor kiest om een beperktere verzendlijst te maken – de content zien. Het is denkbaar dat die groep zodanig ‘privé’ is, dat geen sprake is van openbaarmaken, of in de terminologie van het EU-citaatrecht: ter beschikking stellen aan publiek. Hetzelfde geldt overigens voor het delen van content via berichtendiensten zoals WhatsApp en Signal: die waren ooit meer gericht op één-op-één communicatie, inmiddels is de functionaliteit zo uitgebreid dat er makkelijk mee naar grote groepen gecommuniceerd kan worden via bijvoorbeeld kanalen.

Of sprake is van openbaar maken door de auteur is op sociale media dus sterk afhankelijk van de specifieke omstandigheden. Overigens is het wel aannemelijk dat zeker bij bekende personen ook de ‘privélijsten’ zo omvangrijk zijn dat sprake is van ‘publiek’. Merk ook op dat de Auteursrechtlijn alleen de openbaarmaking ‘op afstand’ regelt, en dus niet de openbaarmaking ‘op locatie’ harmoniseert, zoals een liveoptreden op een feest. Maar toch, hoe ver zouden we komen als we wel aansluiting zoeken bij het geharmoniseerde begrip mededeling aan het publiek, dat sinds Painer (2011) toch een behoorlijke ontwikkeling heeft doorgemaakt?

Het HvJ EU heeft in de afgelopen tien jaar een interpretatie van de ondergrens van het begrip ‘mededeling aan het publiek’ ontwikkeld die sterk doet denken aan het ‘besloten kring’-concept dat we in onze Auteurswet kennen. Volgens de Auteurswet is geen sprake van openbaarmaking als een uitvoering/opvoering plaatsvindt in een besloten kring die zich beperkt tot de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring (art. 12 lid 4 Aw). Mogelijk was daarvan sprake bij het verjaardagsfeestje waarop Famke Louise haar rap liet horen, maar de feiten zijn niet geheel duidelijk.

Het HvJ EU legt het begrip ‘publiek’ van oudsher zo uit dat het ‘op een onbepaald aantal potentiële ontvangers ziet en overigens een vrij groot aantal personen impliceert’.⁷ Deze uitleg is terug te voeren tot tijdperk van de lineaire televisie en sluit aan bij begrippen uit het toenmalige Europese mediarecht. In latere rechtspraak is verduidelijkt dat de term ‘publiek’ niet ziet op mededeling aan ‘specifieke individuen die tot een private groep behoren’, omdat dan geen sprake is van onbepaalde personen.⁸ Qua omvang van de groep geldt een ‘te klein of zelfs onbeduidend aan-

tal personen’ is uitgesloten van het begrip ‘publiek’.⁹ Deze de-minimis-norm doet dus erg denken aan het besloten kring criterium, en is geschikter dan het vage ‘publiek’ uit art. 10 Berner Conventie om te bepalen of in het kader van het citaatrecht sprake is van een openbaargemaakt werk in de online context.

Resten nog twee netelige vragen.

Ten eerste, ziet dat rechtmatig openbaargemaakt per se op het hele werk? Wat nu als alleen maar delen van het werk (rechtmatig) eerder ter beschikking van het publiek zijn gebracht? Door het verspreiden van een gedeelte van een werk, krijgt m.i. niet het hele werk de status van openbaargemaakt. Als dat zo was, zou voor rechthebbenden het doen van vooraankondigingen (voorpublicaties, filmtrailers etc.) een risicovolle aangelegenheid worden. Er is geen reden om het recht van eerste openbaarmaking zo te verdunnen. Aan de andere kant, als voor rechtmatig citeren vereist zou zijn dat het gehele werk is openbaargemaakt door of namens de rechthebbende, ongeacht welk deel gebruikt wordt, dan zou dit de vrijheid van de gebruiker zonder goede reden beperken. Zeker omdat het citaatrecht dient ter bescherming van de vrijheid van meningsuiting zou gebruik van reeds openbaargemaakte delen m.i. moeten zijn toegestaan. Een grammaticale interpretatie van de citaatexceptie in zowel richtlijn, Auteurswet als Berner Conventie wijst echter in de richting van het tegendeel: ze spreken allen van ‘werk’, niet van gedeeltes van werken.

Ten tweede, moet er een minimum zijn aan de tijd waarin het publiek toegang kan krijgen wil sprake zijn van geoorloofde beschikbaarstelling? In bovenstaande zaak vond de rechter in eerste aanleg dat het feit dat het stuk diss track dat auteur Famke Louise via Instagram 24 uur lang deelde relevant voor het oordeel dat géén sprake was van openbaarmaking. Ik vind daar wel wat op af te dingen. Draai de casus even om: als een derde een stuk diss track op zijn Instagram-verhaal zet, concluderen we dan dat omdat het stuk maar 24 uur te raadplegen was, er geen sprake is van (onrechtmatig) openbaarmaken? Ik denk het niet. Ondertussen zou het ook onwenselijk zijn dat als een auteur per abuis zijn werk post, en zich inspant om dit snel weer terug te trekken, hij voortaan gebruik voor citeerdoeleinden moet dulden. Ongetwijfeld vragen die op enig moment op het bordje van de rechter terechtkomen.

M.M.M. van Eechoud

⁷ HvJ EU 7 december 2006, C-306/05 (*SGAE/Rafael Hotels*) en latere rechtspraak.

⁸ Zie o.a. HvJ EU 31 mei 2016, C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379 (*REHA*).

⁹ HvJ EU 15 maart 2012, C-135/10, ECLI:EU:C:2012:140 (*SCF/DelCorso*).