CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
G. HOGAN
van 3 september 2020[1]

Zaak C-637/19

BY
tegen
CX

[verzoek van de Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstol (bijzondere rechter in tweede aanleg voor intellectuele-eigendoms-, mededingings- en consumentenzaken Stockholm, Zweden) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Richtlijn 2001/29/EG – Harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten – Artikel 3, lid 1 – Recht van mededeling aan het publiek – Artikel 4, lid 1 – Distributierecht – Betekenis van het begrip ‚publiek' – Overlegging aan een rechter van een kopie van een auteursrechtelijk beschermd werk als bewijsstuk – Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Artikel 47 – Recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht – Artikel 17, lid 2 – Recht op intellectuele eigendom"

I. Inleiding

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing, dat op 27 augustus 2019 bij de griffie van het Hof is ingediend, vloeit voort uit een geschil tussen twee particulieren, BY en CX, die zijn verwikkeld in een civiele procedure[2] die thans dient voor de Svea Hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstol (bijzondere rechter in tweede aanleg voor intellectuele-eigendoms-, mededingings- en consumentenzaken Stockholm, Zweden). In dat verzoek worden kwesties van enig belang aan de orde gesteld aangaande de wisselwerking tussen de auteursrechtwetgeving van de Europese Unie en de nationale vrijheid van informatie, in combinatie met het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht (zoals gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie; hierna: „Handvest").

2. Meer concreet, vormt de openbaarmaking in een nationale gerechtelijke procedure van een auteursrechtelijk beschermd werk (in dit geval een foto) een „mededeling aan het publiek" en/of een „distributie onder het publiek" in de zin van artikel 3, lid 1, en artikel 4, 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?[3]

3. Alvorens hier nader op in te gaan, vind ik het nuttig het rechtskader toe te lichten.

1 Oorspronkelijke taal: Engels.

2 Opgemerkt zij dat uit het verzoek om een prejudiciële beslissing niet duidelijk blijkt wat voor soort civiele procedure in feite wordt gevoerd en of het bewijs in die procedure relevant is.

3 PB 2001, L 167, blz. 10.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Internationaal recht

4. De Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (WIPO) heeft op 20 december 1996 te Genève het Verdrag van de WIPO inzake het auteursrecht (hierna: „WCT") aangenomen, dat op zijn beurt krachtens besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000 namens de Europese Gemeenschap is goedgekeurd.[4]

5. Artikel 6 van het WCT, met als opschrift „Distributierecht", luidt als volgt:

„(1) Auteurs van werken van letterkunde en kunst hebben het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor het door verkoop of andere overgang van eigendom voor het publiek beschikbaar stellen van het origineel en de exemplaren van hun werken.

[...]"

B. Unierecht

6. De overwegingen 3, 9, 10, 15 en 31 van richtlijn 2001/29 luiden als volgt:

„(3) De voorgestelde harmonisatie zal bijdragen tot de uitoefening van de vier vrijheden van de interne markt en past in het kader van de eerbiediging van de fundamentele rechtsbeginselen en met name de eigendom – met inbegrip van de intellectuele eigendom – de vrije meningsuiting en het algemeen belang.

[...]

(9) Bij een harmonisatie van het auteursrecht en de naburige rechten moet steeds van een hoog beschermingsniveau worden uitgegaan, omdat die rechten van wezenlijk belang zijn voor scheppend werk. De bescherming van deze rechten draagt bij tot de instandhouding en ontwikkeling van de creativiteit in het belang van auteurs, uitvoerend kunstenaars, producenten, consumenten, cultuur, industrie en het publiek in het algemeen. De intellectuele eigendom is dan ook als een geïntegreerd deel van de eigendom erkend.

(10) Auteurs en uitvoerend kunstenaars moeten, willen zij hun scheppende en artistieke arbeid kunnen voortzetten, een passende beloning voor het gebruik van hun werk ontvangen, evenals de producenten om dat werk te kunnen financieren. De productie van fonogrammen, films en multimediaproducten, en van diensten, zoals ‚diensten-op-aanvraag', vereist aanzienlijke investeringen. Een adequate rechtsbescherming van de intellectuele eigendomsrechten is noodzakelijk om de mogelijkheid tot het verkrijgen van een dergelijke beloning en de mogelijkheid van een behoorlijk rendement van dergelijke investeringen te waarborgen.

[...]

(15) De diplomatieke conferentie die in december 1996 is gehouden onder de auspiciën van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (WIPO), heeft geleid tot de aanneming van twee nieuwe verdragen, het Verdrag van de WIPO inzake het auteursrecht en het Verdrag van de WIPO inzake uitvoeringen en fonogrammen, die respectievelijk betrekking hebben op de

4 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).

bescherming van auteurs en de bescherming van uitvoerend kunstenaars en producenten van fonogrammen. Deze verdragen zorgen voor een belangrijke actualisering van de internationale bescherming van het auteursrecht en de naburige rechten, niet in de laatste plaats wat de zogenoemde ‚digitale agenda' betreft, en voor een verbetering van de middelen om over de gehele wereld de piraterij te bestrijden. De Gemeenschap en een meerderheid van de lidstaten hebben de verdragen reeds ondertekend en de voorbereidingen voor de ratificatie van de verdragen door de Gemeenschap en de lidstaten zijn gaande. Met deze richtlijn wordt onder meer ook beoogd een aantal van de nieuwe internationale verplichtingen na te komen.

[...]

(31) Er moet een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen worden gewaarborgd tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal. De in de lidstaten geldende beperkingen en restricties op de rechten moeten opnieuw worden bezien in het licht van de nieuwe elektronische omgeving. De huidige verschillen in beperkingen en restricties op bepaalde aan toestemming onderworpen handelingen hebben directe negatieve gevolgen voor de werking van de interne markt op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten. Deze verschillen zullen ten gevolge van de verdere ontwikkeling van grensoverschrijdende exploitatie van werken en grensoverschrijdende activiteiten wellicht nog belangrijker worden. Met het oog op de goede werking van de interne markt moet meer eenheid in de omschrijving van dergelijke beperkingen en restricties worden gebracht. De mate waarin dergelijke beperkingen en restricties worden geharmoniseerd, moet worden bepaald aan de hand van de gevolgen ervan voor de goede werking van de interne markt."

7. In artikel 3 van deze richtlijn, met als opschrift „Recht van mededeling van werken aan het publiek en recht van beschikbaarstelling van ander materiaal voor het publiek", wordt bepaald:

„1. 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.

[...]"

8. Artikel 4 van richtlijn 2001/29, met als opschrift „Distributierecht", luidt als volgt:

„1. De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, elke vorm van distributie onder het publiek van het origineel van hun werken of kopieën daarvan, door verkoop of anderszins, toe te staan of te verbieden.

[...]"

9. In artikel 5, lid 3, van richtlijn 2001/29, met als opschrift „Beperkingen en restricties", wordt bepaald:

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

[...]

(e) het gebruik ten behoeve van de openbare veiligheid of om het goede verloop van een administratieve, parlementaire of gerechtelijke procedure of de berichtgeving daarover te waarborgen;

[...]"

C. Nationaal recht

10. In § 2 van de lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (upphovsrättslag) (Zweedse wet nr. 729 van 1960 betreffende het auteursrecht op werken van letterkunde en kunst; hierna: „wet op het auteursrecht") wordt bepaald:

„[(1)] Behoudens de hierna genoemde restricties bestaat het auteursrecht in het uitsluitende recht om over het werk te beschikken door reproductie en beschikbaarstelling aan het publiek, in de oorspronkelijke of in gewijzigde vorm, in vertaling of in bewerking tot een andere literaire of kunstvorm, of volgens een andere techniek.

[(2)] De reproductie van exemplaren omvat elke directe of indirecte reproductie, zowel tijdelijk als permanent, van exemplaren van het werk, ongeacht in welke vorm en met welke methode, hetzij geheel hetzij gedeeltelijk.

[(3)] Het werk wordt in de volgende gevallen beschikbaar gesteld aan het publiek:

1. wanneer het werk wordt meegedeeld aan het publiek. Hiervan is sprake wanneer het werk per draad of draadloos beschikbaar wordt gesteld aan het publiek vanaf een andere plaats dan die waar het publiek kennis kan nemen van het werk. Het begrip ‚mededeling aan het publiek' heeft ook betrekking op mededelingen die op zodanige wijze plaatsvinden dat het werk voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk is.

[...]

4. wanneer kopieën van het werk te koop, te huur of te leen worden aangeboden of anderszins onder het publiek worden gedistribueerd.

Met de begrippen ‚mededeling aan het publiek' en ‚openbare uitvoering' worden gelijkgesteld mededelingen en uitvoeringen die in de uitoefening van een bedrijf worden georganiseerd voor een grote besloten groep."

11. § 49a van de wet op het auteursrecht luidt als volgt:

„Wie een foto heeft gemaakt, heeft het uitsluitende recht om de foto te reproduceren en beschikbaar te stellen aan het publiek. Dit recht geldt ongeacht of de foto wordt gebruikt in de oorspronkelijke of in gewijzigde vorm en ongeacht welke techniek wordt gebruikt."

12. Op grond van § 1 van hoofdstuk 2 van de tryckfrihetsförordning (Zweedse verordening inzake de persvrijheid) brengt de bevordering van een vrije uitwisseling van gedachten en een veelzijdige informatievoorziening het recht voor eenieder mee om toegang te krijgen tot openbare documenten. De verordening inzake de persvrijheid is in Zweden een van de vier fundamentele basiswetten die een bijzondere en speciale status genieten, te vergelijken met de status van grondwet in andere lidstaten.

13. Daarnaast wordt in de verordening inzake de persvrijheid onder meer bepaald dat processtukken die worden overgelegd aan een rechter openbare documenten vormen, ongeacht in welke vorm ze worden overgelegd. § 1 van hoofdstuk 2 van deze verordening houdt derhalve in dat eenieder kan verzoeken om toegang tot een processtuk dat aan een rechter is overgelegd. Op deze hoofdregel bestaat echter een uitzondering voor vertrouwelijke informatie.

14. Derhalve geldt in beginsel dat het recht op toegang tot documenten ook ziet op documenten die vallen onder het auteursrecht of de naburige rechten.

III. Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële verwijzing

15. BY en CX zijn beiden natuurlijke personen met elk een eigen website. In een eerder geschil voor de civiele rechter heeft CX een kopie van een tekstpagina, met een foto, van de website van BY als bewijsstuk overgelegd in de gerechtelijke procedure die zij over dat geschil voerden. De foto maakt bijgevolg deel uit van de processtukken in die procedure.

16. BY voert aan dat hij het auteursrecht heeft op die foto en vordert schadevergoeding van CX wegens, primair, inbreuk op het auteursrecht en, subsidiair, inbreuk op de bijzondere bescherming van foto's van § 49a van de wet op het auteursrecht. CX betwist schadevergoeding verschuldigd te zijn en voert aan dat de openbaarmaking van het fotomateriaal ten behoeve van de gerechtelijke procedure geen schending van het auteursrecht opleverde.

17. De rechter in eerste aanleg, de Patent- och marknadsdomstol (bijzondere rechter voor intellectuele-eigendoms-, mededingings- en consumentenzaken), heeft geoordeeld dat de foto werd beschermd krachtens een naburig recht van het auteursrecht, te weten de bijzondere bescherming voor foto's. Deze rechter heeft echter vastgesteld dat het feit dat de foto als processtuk was overgelegd, tot gevolg had dat eenieder kon verzoeken om toegang tot de foto op grond van de toepasselijke bepalingen van de Zweedse grondwet inzake toegang tot documenten. Hoewel CX volgens de Patent- och marknadsdomstol daarmee de foto onder het publiek had gedistribueerd in de zin van de wet op het auteursrecht, heeft hij geoordeeld dat niet was aangetoond dat BY schade had geleden en heeft hij de vordering derhalve afgewezen.

18. BY heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij de verwijzende rechter.

19. De verwijzende rechter verklaart dat hij zich in het bijzonder dient uit te spreken over de vraag of er sprake is van een ongeoorloofde terbeschikkingstelling van het werk – in de vorm van distributie onder of mededeling aan het publiek – in de zin van de toepasselijke nationale wetgeving inzake het auteursrecht doordat een kopie van de foto aan een rechter is overgelegd in het kader van een gerechtelijke procedure.

20. In geschil is niet dat de foto aan de rechter die het geschil tussen partijen behandelt, is overgelegd in de vorm van een elektronische kopie (per e-mail). De nationale rechterlijke instantie wenst ook vast te stellen of een rechter in deze context kan worden geacht deel uit te maken van het „publiek".

21. Volgens de verwijzende rechter bestaat er onzekerheid over de wijze waarop de begrippen „mededeling aan het publiek" en „distributie onder het publiek" overeenkomstig het Unierecht moeten worden uitgelegd wanneer een auteursrechtelijk beschermd werk aan een rechter in een civiele procedure is overgelegd. Dit doet de vraag rijzen of, ten eerste, een rechter valt onder het begrip „publiek" in de zin van richtlijn 2001/29 en, ten tweede, aan het begrip „publiek" dezelfde betekenis moet worden toegekend voor de toepassing van artikel 3, lid 1, en van artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/29.

22. In dit verband merkt de verwijzende rechter op dat het Hof heeft geoordeeld dat het begrip „publiek" op een onbepaald aantal potentiële kijkers ziet en bovendien een vrij groot aantal personen impliceert. Verder heeft het Hof benadrukt dat het erom gaat een werk op elke passende wijze waarneembaar te maken voor „personen in het algemeen", met andere woorden, niet beperkt tot specifieke individuen die tot een private groep behoren. [5]

5 Zie arrest van 31 mei 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punten 41 en 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

23. Uit de rechtspraak van het Hof volgt voorts dat het begrip „distributie" in artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/29 dezelfde betekenis heeft als de woorden „door verkoop [...] voor het publiek beschikbaar stellen" in artikel 6, lid 1, van het WCT. Uit het arrest van 13 mei 2015, Dimensione Direct Sales en Labianca (C-516/13, EU:C:2015:315), volgt evenwel dat het voor het begrip „distributie onder het publiek" voldoende is dat het auteursrechtelijk beschermde werk is geleverd aan een lid van het publiek.

24. Daarnaast dient te worden beoordeeld of er sprake is van „mededeling aan het publiek" dan wel „distributie onder het publiek" wanneer een processtuk wordt overgelegd aan een rechter, ongeacht of dit stuk wordt overgelegd in de vorm van een fysiek (papieren) document dan wel als bijlage bij een e-mail, aangezien die overlegging in beide gevallen dezelfde gevolgen heeft en hetzelfde doel dient.

25. Volgens de verwijzende rechter kan noch die rechter noch het gerechtelijk personeel worden beschouwd als leden van het „publiek" in de algemene betekenis van het begrip. Zij kunnen evenwel evenmin worden geacht te behoren tot een private groep.

26. Daarbij komt, aldus de verwijzende rechter, dat het aantal personen die na overlegging toegang hebben tot het werk, weliswaar beperkt is tot uitsluitend het gerechtelijk personeel, maar dat dit aantal noodzakelijkerwijs kan variëren en van meet af aan groot is. Ten slotte geldt naar nationaal recht dat eenieder recht heeft op toegang tot een document dat bij een rechter is neergelegd.

27. Tegen deze achtergrond heeft de verwijzende rechter de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Heeft het begrip ‚publiek' in artikel 3, lid 1, en artikel 4, lid 1, van richtlijn [2001/29] een uniforme betekenis?

2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, behoort een rechter dan tot het publiek in de zin van die bepalingen?

3) Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord:

   a) behoort een rechter dan tot het ‘publiek' wanneer iemand een auteursrechtelijk beschermd werk meedeelt aan die rechter; en

   b) behoort een rechter dan tot het ‘publiek' wanneer iemand een auteursrechtelijk beschermd werk distribueert aan die rechter?

4) Is het voor de beoordeling of de overlegging van een auteursrechtelijk beschermd werk aan een rechter neerkomt op mededeling aan dan wel distributie onder het publiek, van belang dat naar nationaal recht een algemeen beginsel van toegang tot openbare documenten geldt, op grond waarvan documenten die in een procedure aan een rechter zijn overgelegd, in beginsel toegankelijk zijn voor eenieder die daarom verzoekt, tenzij zij vertrouwelijke informatie bevatten?"

IV. Procedure bij het Hof

28. De Europese Commissie heeft schriftelijke opmerkingen ingediend.

29. Het Hof heeft een aantal schriftelijke vragen gesteld aan de Zweedse regering, die op 6 mei 2020 op die vragen heeft geantwoord.

V. Analyse

A. Eerste vraag

30. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het begrip „publiek" in artikel 3, lid 1, en artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/29 een uniforme betekenis heeft. [6]

31. In de krachtens artikel 267 VWEU ingestelde procedure van samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof, heeft het Hof tot taak de nationale rechter een antwoord te geven dat nuttig is voor de beslechting van het bij die rechter aanhangige geding. Daartoe dient het Hof de prejudiciële vragen in voorkomend geval te herformuleren, nadat het uit alle door de verwijzende rechter verschafte gegevens, met name uit de motivering van de verwijzingsbeslissing, de elementen van Unierecht heeft geput die, gelet op het voorwerp van het hoofdgeding, uitlegging behoeven. [7]

32. Mijns inziens hoeft het Hof de eerste vraag niet te beantwoorden, met als gevolg dat de overige vragen moeten worden geherformuleerd. In dit opzicht is het uit de punten 3 en 6 van het verzoek om een prejudiciële beslissing duidelijk dat de beschermde foto [8], waarover het gaat in de procedure bij de verwijzende rechter, per e-mail aan de civiele rechter is toegezonden als bewijsstuk in de bij laatstbedoelde rechter aanhangige procedure.

33. Op grond van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 hebben auteurs 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. Bovendien wordt in artikel 4, lid 1, van die richtlijn bepaald dat auteurs beschikken over het uitsluitende recht elke vorm van distributie onder het publiek van het origineel van hun werken of kopieën daarvan, door verkoop of anderszins, toe te staan of te verbieden. Verder is volgens artikel 4, lid 2, van richtlijn 2001/29 een dergelijk recht uitgeput wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsovergang van dat materiaal in de Unie geschiedt door de rechthebbende of met diens toestemming. [9]

34. Onder andere uit de punten 39 tot en met 45 en 51 en 52 van het arrest van 19 december 2019, Nederlands Uitgeversverbond en Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111), blijkt duidelijk dat, wil er sprake zijn van „distributie onder het publiek" op grond van artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/29, het werk in de vorm van fysieke kopieën, materiële zaken of tastbare voorwerpen [10] in het verkeer moet worden gebracht. Aan dit specifieke vereiste van artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/29 is niet voldaan wanneer een werk in niet-tastbare vorm per e-mail wordt overgelegd. [11]

6 Het begrip „publiek" wordt in richtlijn 2001/29 niet gedefinieerd.

7 Zie mutatis mutandis arrest van 19 december 2019, Nederlands Uitgeversverbond en Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, punten 31 en 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

8 Zie mutatis mutandis punt 14 van het arrest van 7 augustus 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), waarin het Hof in herinnering brengt dat een foto auteursrechtelijke bescherming kan genieten mits deze foto een intellectuele schepping van de auteur is die zijn persoonlijkheid weerspiegelt en tot uiting komt door de vrije creatieve keuzen van die auteur bij de totstandkoming van die foto.

9 Arrest van 19 december 2019, Nederlands Uitgeversverbond en Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, punten 35 en 36).

10 Ik bezig deze begrippen uitsluitend ter illustratie door elkaar. Ik ben evenwel van mening dat er in de „echte" en niet in de „virtuele" wereld een „distributie onder het publiek" plaatsvindt, waarvoor derhalve verkeer van een materieel of tastbaar voorwerp vereist is.

11 Daarnaast heeft het Hof in de punten 22 en 26 van het arrest van 19 december 2018, Syed (C-572/17, EU:C:2018:1033), verklaard dat distributie onder het publiek bestaat uit een reeks handelingen die in ieder geval gaat van de sluiting van een verkoopovereenkomst tot de uitvoering ervan door levering aan een lid van het publiek. Daarnaast kan een aan de totstandkoming van de verkoop van een auteursrechtelijk beschermd werk of een kopie ervan voorafgaande, zonder toestemming van de houder van dat recht gestelde handeling met het doel om een dergelijk object te verkopen, een inbreuk vormen op het distributierecht zoals gedefinieerd in artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/29. In het dossier waarover het Hof beschikt, is het duidelijk dat de overlegging van de foto als bewijsstuk in een gerechtelijke procedure geen verkoop van dat werk of de overgang van de eigendom ervan of ook maar een voorbereiding van de verkoop van dat werk vormt.

35. De overlegging per e-mail van een werk vormt mijns inziens daarentegen een handeling bestaande in een mededeling of beschikbaarstelling van het werk, per draad of draadloos, waartoe de ontvanger volgens artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 op een door hem individueel gekozen plaats en tijd toegang heeft. In casu luidt de hamvraag evenwel of die overlegging ook een mededeling of beschikbaarstelling aan het „publiek" uitmaakt voor de toepassing van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29. [12]

36. Ik acht het dan ook niet noodzakelijk dat het Hof in de onderhavige procedure artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/29 uitlegt.

37. Ongeacht of artikel 3, lid 1, of ook artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/29 op de feiten in het hoofdgeding toepassing kunnen vinden, zoals het arrest van 13 mei 2015, Dimensione Direct Sales en Labianca (C-516/13, EU:C:2015:315, punt 34), laat zien, dient richtlijn 2001/29 hoe dan ook te worden uitgelegd op een wijze die voor de houder van het auteursrecht een doelmatige en strikte bescherming waarborgt.

38. Dit dwingende vereiste wordt verder benadrukt door artikel 17, lid 2, van het Handvest, waarin wordt bepaald dat intellectuele eigendom „beschermd is". [13]

39. In het licht van deze vereisten onderzoek ik thans de overige vragen van de verwijzende rechter, na de noodzakelijk gebleken herformulering.

B. Tweede, derde en vierde vraag

40. Hoewel de tweede, derde en vierde vraag van de verwijzende rechter elkaar overlappen, wordt daarmee in wezen getracht vast te stellen of en, zo ja, in welke omstandigheden de openbaarmaking aan een rechter per e-mail van auteursrechtelijk beschermd materiaal als bewijsstuk in een procedure, een mededeling aan het publiek kan zijn voor de toepassing van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29. Ik zal eerst deze algemene kwesties bespreken en vervolgens mijn conclusie in overweging geven met een antwoord op de specifieke vragen.

12 Uit vaste rechtspraak volgt dat het begrip „mededeling aan het publiek" op grond van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 twee cumulatieve elementen met elkaar verbindt, namelijk een „handeling bestaande in een mededeling" van een werk en de mededeling van dit werk aan een „publiek". Wat betreft het eerste van deze elementen – het bestaan van een „handeling bestaande in een mededeling" – is er volgens artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 met name reeds sprake van een dergelijke handeling wanneer een werk op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar wordt gesteld dat het voor de leden van dit publiek toegankelijk is, zonder dat van beslissend belang is of zij gebruikmaken van die mogelijkheid. Wat het tweede van bovengenoemde elementen betreft, te weten dat het beschermde werk daadwerkelijk aan een „publiek" moet zijn meegedeeld, blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat het begrip „publiek" op een onbepaald aantal potentiële ontvangers ziet en bovendien een vrij groot aantal personen impliceert. Zie arrest van 7 augustus 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, punten 19, 20 en 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak). In punt 68 van het arrest van 19 december 2019, Nederlands Uitgeversverbond en Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111), brengt het Hof in herinnering dat het begrip „publiek" een bepaalde de-minimisdrempel inhoudt, waardoor een te klein aantal betrokkenen niet onder dit begrip valt, en dat voorts in overweging moet worden genomen wat de cumulatieve gevolgen zijn als een beschermd werk door middel van downloaden beschikbaar wordt gesteld aan potentiële ontvangers. Derhalve moet met name rekening worden gehouden met het aantal personen dat tegelijkertijd toegang heeft tot hetzelfde werk, maar ook met het aantal dat daar achtereenvolgens toegang toe kan hebben.

13 In punt 18 van het arrest van 7 augustus 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), brengt het Hof in herinnering dat uit de overwegingen 4, 9 en 10 van richtlijn 2001/29 volgt dat deze richtlijn als belangrijkste doelstelling heeft een hoog beschermingsniveau voor auteurs te verwezenlijken, zodat zij met name bij een mededeling aan het publiek een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen. Hieruit volgt dat aan het begrip „mededeling aan het publiek" een ruime betekenis moet worden gegeven, zoals uitdrukkelijk is vermeld in overweging 23 van die richtlijn.

41. De bescherming van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 is gegrondvest op de idee dat de houder van het auteursrecht bescherming toekomt tegen de mededeling of de beschikbaarstelling van het auteursrechtelijk beschermde materiaal aan het „publiek”.[14] Behoudens de beperkingen en restricties van artikel 5 van richtlijn 2001/29 vereisen alle handelingen bestaande in een mededeling aan het publiek van een werk door een derde derhalve de voorafgaande toestemming van de auteur van dat werk.

42. Hoewel de mededeling van het beschermde materiaal aan derden die administratieve of gerechtelijke functies bekleden, gezien het aantal potentieel betrokken personen[15], heel goed „een bepaalde de-minimisdrempel” kan overschrijden, vormt deze mededeling mijns inziens normaliter geen „mededeling aan het publiek” in de door artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 beoogde zin, juist omdat die personen, hoewel zij niet per se een private groep[16] vormen, niettemin door de aard van hun officiële functies aan bepaalde beperkingen zijn gebonden. In het bijzonder zijn zij niet gerechtigd om het auteursrechtelijk beschermde materiaal te behandelen als ware het vrij van auteursrechtelijke bescherming.

43. Zo stelt de mededeling door een justitiabele van dergelijk materiaal in een gerechtelijke procedure aan ambtenaren van het gerecht of houders van een gerechtelijk mandaat, los van het gegeven dat dit materiaal geen zelfstandige economische waarde bezit[17], de ontvangers van dat materiaal niet in staat om dat materiaal naar believen te gebruiken. In dit voorbeeld wordt het materiaal per slot van rekening medegedeeld aan die personen in hun administratieve of in voorkomend geval gerechtelijke hoedanigheid, en de verdere reproductie, mededeling of distributie van dat materiaal door die personen is onderworpen aan bepaalde expliciete of impliciete juridische en ethische beperkingen, met inbegrip van het auteursrecht, die naar nationaal recht bestaan.

44. Ondanks het potentieel hoge aantal betrokken gerechtelijk ambtenaren is de mededeling derhalve niet gericht tot een onbepaald aantal potentiële ontvangers, zoals door het Hof in punt 37 van het arrest van 7 december 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), wordt vereist. De mededeling is in plaats daarvan gericht tot een duidelijk gedefinieerde en beperkte of besloten groep personen die hun functies in het algemeen belang uitoefenen en die, onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, gebonden zijn door juridische en ethische regels met betrekking tot onder meer het gebruik en de openbaarmaking van in een gerechtelijke procedure ingekomen informatie en bewijsstukken.

45. Mijns inziens ondermijnt de mededeling aan een rechter van auteursrechtelijk beschermd materiaal als bewijsstuk in een procedure de uitsluitende rechten van de houder van het auteursrecht op dat materiaal in beginsel niet, bijvoorbeeld doordat de houder van het auteursrecht de mogelijkheid zou worden ontnomen om een passende beloning voor het gebruik van zijn werk te vorderen. De mogelijkheid om auteursrechtelijk beschermd materiaal als bewijs in een civiele procedure over te leggen, dient veeleer ter waarborging van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op

14 De Commissie is van mening dat het begrip „publiek” op fysieke personen ziet en derhalve niet op instellingen of rechterlijke instanties. Ik ben het er echter niet mee eens dat het begrip „publiek” tot fysieke personen beperkt is, daar ik meen dat dit begrip tevens rechtspersonen zoals vennootschappen kan omvatten.

15 Een dergelijke groep is wellicht niet klein of onbeduidend, maar kan wel degelijk een vrij grote groep personen omvatten. Zie arrest van 31 mei 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punt 43).

16 Zie arrest van 31 mei 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

17 Zie mutatis mutandis artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29.

een onpartijdig gerecht, zoals verankerd in artikel 47 van het Handvest. De rechten van verdediging van een justitiabele zouden ernstig in gevaar komen indien hij niet in staat zou zijn om bewijs aan een rechter over te leggen ingeval een andere procespartij of een derde zich met betrekking tot dat bewijs op auteursrechtelijke bescherming zou beroepen. [18]

46. In dit opzicht dient te worden benadrukt dat het in artikel 17, lid 2, van het Handvest vastgelegde intellectuele-eigendomsrecht geen absoluut recht betreft, maar tegen andere door het Handvest gewaarborgde rechten dient te worden afgewogen. [19]

47. Dat recht wordt niet in zijn kern geraakt doordat het nationale recht of een nationale praktijk justitiabelen in staat stelt om in een gerechtelijke procedure van auteursrechtelijk beschermd materiaal gebruik te maken of daarnaar te verwijzen, niet in de laatste plaats aangezien de auteursrechtelijke bescherming op deze wijze niet teloorgaat louter omdat aldus daarnaar wordt verwezen in die procedure.

48. Met zijn vierde vraag vraagt de verwijzende rechter in wezen of het voor deze beoordeling verschil uitmaakt dat in de Zweedse wetgeving een algemeen beginsel van openbaarheid van overheidsdocumenten is vastgelegd, zodat eenieder die daarom verzoekt toegang kan krijgen tot aan een rechter overgelegde processtukken, tenzij die stukken vertrouwelijke informatie bevatten. [20] Mijns inziens, en zoals door zowel de Commissie [21] als de Zweedse regering [22] is betoogd, vormt de mededeling van auteursrechtelijk beschermd materiaal door een justitiabele aan een rechter in dergelijke omstandigheden geen mededeling aan het publiek *door die justitiabele*, aangezien het uiteindelijk de rechter zelf (of een gerechtelijk ambtenaar) is die eventueel op grond van de nationale regelgeving inzake vrijheid van informatie of transparantie toegang tot het materiaal kan verlenen. [23]

49. In dit opzicht bevat het dossier waarover het Hof beschikt geen aanwijzing dat de rechters of gerechtelijk ambtenaren in Zweden feitelijk toegang tot het auteursrechtelijk beschermde materiaal hebben verleend of dat om toegang daartoe is verzocht.

50. De verwijzende rechter geeft in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing louter aan dat het algemene publiek op grond van de nationale wetgeving inzake vrijheid van informatie van rechtswege recht op *toegang* tot dit materiaal heeft. [24] Dat is tenslotte het algemene doel van de wetgeving inzake vrijheid van informatie op zowel nationaal als Unieniveau. [25] Dit concept ligt inderdaad ten grondslag

18 In punt 71 van het arrest van 6 november 2012, Otis e.a. (C-199/11, EU:C:2012:684), overweegt het Hof dat het beginsel van „equality of arms", dat een logisch uitvloeisel is van het begrip eerlijk proces, inhoudt dat elke partij een redelijke mogelijkheid moet worden geboden om haar zaak, daaronder begrepen haar bewijsstukken, onder zodanige omstandigheden voor te dragen dat zij tegenover de tegenpartij niet wezenlijk wordt benadeeld. Ik ben zelfs van mening dat het vermijden van een dergelijk risico de logische functie is van de optionele beperking of restrictie aan auteursrechtelijke bescherming voor gebruik in administratieve en gerechtelijke procedures zoals vastgelegd in artikel 5, lid 3, onder e), van richtlijn 2001/29. Het dient echter te worden benadrukt dat de verwijzende rechter specifiek in punt 6 van zijn verzoek om een prejudiciële beslissing aangeeft dat zijn vragen geen betrekking hebben op de toepassing van artikel 5, lid 3, onder e), van richtlijn 2001/29.

19 Zie mutatis mutandis arrest van 29 juli 2019, Pelham et al. (C-476/17, EU:C:2019:624, punten 33 en 34). Zie ook arrest van 29 juli 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, punt 72).

20 Hoewel dit niet duidelijk blijkt uit het dossier waarover het Hof beschikt, draait deze vraag wellicht in wezen om het risico dat een gerechtelijke procedure, doordat daarin auteursrechtelijk beschermd materiaal is overgelegd, als een opportuniteit te baat wordt genomen om het publiek in staat te stellen om op grond van de regelgeving inzake vrijheid van informatie of transparantie toegang te hebben tot auteursrechtelijk beschermd materiaal, waardoor de uitsluitende rechten van auteurs worden ondermijnd.

21 Zie punt 20 van de opmerkingen van de Commissie.

22 Zie punt 25 van het antwoord van de Zweedse regering van 6 mei 2020 op de schriftelijke vragen van het Hof.

23 Zie artikel 9 van richtlijn 2001/29, waarin wordt bepaald dat die richtlijn geen afbreuk doet aan bepalingen betreffende onder meer toegang tot *overheidsdocumenten*. De Zweedse regering heeft betoogd dat door een procespartij aan een rechter overgelegde documenten volgens de Zweedse wetgeving overheidsdocumenten zijn en derhalve in beginsel toegankelijk voor het publiek zijn. In punt 26 van het arrest van 1 maart 2017, ITV Broadcasting e.a. (C-275/15, EU:C:2017:144), overweegt het Hof dat artikel 9 van richtlijn 2001/29, gelezen in samenhang met overweging 60 van die richtlijn, erop gericht is dat de bepalingen die gelden op andere gebieden dan het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied, gehandhaafd blijven.

24 Zie punt 18 van het verzoek om een prejudiciële beslissing.

25 Zie artikel 15, lid 3, VWEU.

aan de Zweedse verordening inzake de persvrijheid[26] – die zelf de inspiratie vormt voor wetgeving inzake vrijheid van informatie in zoveel andere lidstaten en op Unieniveau – in die zin dat op grond van § 1 van hoofdstuk 2 van die verordening gerechtelijke documenten *in het algemeen* van rechtswege toegankelijk zijn voor leden van het publiek.[27] De Zweedse regering heeft daarnaast verklaard dat het auteursrecht volgens de in de wet op het auteursrecht vastgelegde regels door de Zweedse grondwet beschermd wordt. In § 26b, lid 1, van de wet op het auteursrecht wordt evenwel bepaald dat, niettegenstaande de regelgeving op het gebied van het auteursrecht, overheidsdocumenten aan het publiek worden medegedeeld onder de in hoofdstuk 2 van de verordening inzake de persvrijheid genoemde voorwaarden.

51. Op dit algemene beginsel van transparantie gelden echter uitzonderingen. Hoewel uiteindelijk de nationale rechter deze kwestie dient te beoordelen, is door de Zweedse regering, in antwoord op een schriftelijke vraag van het Hof, aan het Hof gemeld dat § 23 van hoofdstuk 31 van de OSL[28] een voorbehoud voor auteursrechtelijk beschermd materiaal bevat. Het gevolg van dit voorbehoud lijkt dan ook te zijn – wederom, onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter – dat informatie die in auteursrechtelijk beschermd materiaal is vervat, onder bepaalde voorwaarden geacht wordt vertrouwelijk te zijn en bij gebreke van een specifieke andersluidende bepaling niet openbaar mag worden gemaakt.[29]

52. Bovendien, en wellicht belangrijker, heeft de Zweedse regering verklaard dat, hoewel § 26b, lid 1, van de wet op het auteursrecht de openbaarmaking van overheidsdocumenten reguleert, *daarin geen recht op gebruik van die documenten wordt verleend*. Volgens de Zweedse regering „mag iemand aan wie krachtens deze bepaling een kopie van het werk is verschaft, niet in strijd met de [wet op het auteursrecht] daarover beschikken. Voor elk verder gebruik is de toestemming van de auteur vereist, of zulk gebruik dient gebaseerd te worden op een van de uitzonderingen op de door de [wet op het auteursrecht] geboden auteursrechtelijke bescherming."

53. Bijgevolg blijkt dat auteursrechtelijk beschermd materiaal op deze wijze niet tot het publieke domein gaat behoren via de bepalingen inzake vrijheid van informatie van de verordening inzake de persvrijheid, *louter* omdat het in een gerechtelijke procedure openbaar is gemaakt of als bewijsstuk dient of anderszins als bewijs beschikbaar is gesteld.

54. Met andere woorden, de openbaarmaking van dergelijk auteursrechtelijk beschermd materiaal op grond van regelgeving op het gebied van transparantie heeft niet het materiële gevolg dat dit materiaal zijn status als auteursrechtelijk beschermd werk verliest en daardoor tot het publieke domein gaat behoren.

26 De Zweedse regering heeft verklaard dat de openbaarheid van aan een rechter overgelegde pleitnota's en bewijsstukken valt onder de offentlighets- och sekretesslag (2009:400) (Zweedse wet nr. 400 van 2009 inzake de transparantie en vertrouwelijkheid van overheidsdocumenten, hierna: „OSL") en hoofdstuk 2 van de verordening inzake de persvrijheid.

27 De Zweedse regering heeft verklaard dat, hoewel eenieder die om toegang tot een overheidsdocument verzoekt, na betaling van administratiekosten eveneens recht heeft op een kopie ervan, het openbaar bestuur in beginsel niet verplicht is om dat document langs elektronische weg mede te delen. Zie punt 37 van het antwoord van de Zweedse regering. Dit lijkt dan ook, onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, te waarborgen dat auteursrechtelijk beschermd materiaal in beginsel niet door rechters aan het publiek wordt medegedeeld.

28 Dit artikel luidt als volgt:
„Informatie die in een auteursrechtelijk beschermd werk is vervat en die niet geacht kan worden geen commercieel belang te hebben, is vertrouwelijk, tenzij duidelijk is dat die informatie zonder schade voor de rechthebbenden openbaar kan worden gemaakt; en
(1) dat er goede redenen zijn om aan te nemen dat het werk niet reeds openbaar is gemaakt in de zin van de [wet op het auteursrecht];
(2) dat er goede redenen zijn om aan te nemen dat het werk zonder de toestemming van de rechthebbende aan het bestuur is medegedeeld; en
(3) dat de openbaarmaking van de informatie een beschikbaarstelling in de zin van het auteursrecht vormt.
Voor de toepassing van het eerste punt wordt een werk dat op grond van hoofdstuk 2 van de [verordening inzake de persvrijheid] is medegedeeld of door het ene openbare bestuur aan een ander openbaar bestuur is doorgegeven, niet geacht openbaar te zijn gemaakt."

29 Zie § 1 van hoofdstuk 8 van de OSL.

55. Het is derhalve duidelijk – onder voorbehoud, uiteraard, van uiteindelijke verificatie door de nationale rechter – dat naar Zweeds recht niet het verlies van auteursrechtelijke bescherming wordt beoogd of toegestaan *louter* omdat een van de partijen dat materiaal in een civiele procedure als bewijs heeft overgelegd en een derde vervolgens op grond van de Zweedse wetgeving inzake vrijheid van informatie toegang tot dat materiaal kan hebben.

56. Concluderend zou kunnen worden opgemerkt dat, indien die wetgeving toch anders zou zijn en het auteursrecht daardoor feitelijk zou teloorgaan gewoon omdat het auteursrechtelijk beschermde document in een civiele procedure wordt overgelegd, het Koninkrijk Zweden mijns inziens dan de vereisten van richtlijn 2001/29 duidelijk niet correct in nationaal recht zou hebben omgezet en in dat opzicht niet aan de vereisten van artikel 17, lid 2, van het Handvest zou hebben voldaan wat de effectieve bescherming van intellectuele eigendom betreft. Een dergelijke situatie zou het vereiste niveau van auteursrechtelijke bescherming zoals dat door richtlijn 2001/29 (en overigens door artikel 17, lid 2, van het Handvest) jegens rechthebbenden wordt gewaarborgd, kennelijk in zijn kern aantasten, aangezien zij verstoken zouden blijven van een doeltreffende bescherming teneinde het verlies van het auteursrecht op deze wijze te voorkomen.

57. Aangezien dit, onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, echter duidelijk niet het geval is, kan deze kwestie in het midden blijven.

58. Ik ben dan ook van mening dat de elektronische overlegging aan een rechter door een justitiabele of een procespartij van auteursrechtelijk beschermd materiaal als bewijsstuk geen „mededeling aan het publiek" of „distributie onder het publiek" in de zin van artikel 3, lid 1, en artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt. Het enkele feit dat een dergelijk bewijsstuk geacht wordt een overheidsdocument te zijn en dat het publiek derhalve in beginsel toegang heeft tot het auteursrechtelijk beschermde materiaal in kwestie op grond van de nationale regelgeving inzake vrijheid van informatie of transparantie, brengt niet met zich mee dat dit materiaal tot het publieke domein gaat behoren en niet langer auteursrechtelijk wordt beschermd.

VI. Conclusie

59. Gelet op alle bovenstaande overwegingen geef ik het Hof in overweging de vragen van de Svea Hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstol (bijzondere rechter in tweede aanleg voor intellectuele-eigendoms-, mededingings- en consumentenzaken Stockholm, Zweden) te beantwoorden als volgt:

„De elektronische overlegging aan een rechter door een justitiabele of een procespartij van auteursrechtelijk beschermd materiaal als bewijsstuk vormt geen ‚mededeling aan het publiek' of ‚distributie onder het publiek' in de zin van artikel 3, lid 1, en artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij. Het enkele feit dat een dergelijk bewijsstuk geacht wordt een overheidsdocument te zijn en dat het publiek derhalve in beginsel toegang heeft tot het auteursrechtelijk beschermde materiaal in kwestie op grond van de nationale regelgeving inzake vrijheid van informatie of transparantie, brengt niet met zich mee dat dit materiaal tot het publieke domein gaat behoren en niet langer auteursrechtelijk wordt beschermd."