

Fair use: het auteursrechtelijk evenwicht hersteld

Het auteursrechtelijk evenwicht is verstoord. In het digitale tijdperk dreigen de belangen van het publiek nog verder te worden veronachtzaamd. Rechthebbenden op hun beurt vrezen dat de vele nieuwe gebruiksmogelijkheden geen rekening zullen houden met hun gerechtvaardigde belangen. We zijn op een cruciaal punt in de geschiedenis van het auteursrecht beland. Men lijkt verdeeld in twee kampen: rechthebbenden roepen om meer bescherming, terwijl gebruikers aandringen op meer gebruiksmogelijkheden. Men lijkt verdeeld, maar tegelijkertijd is de scheidslijn tussen gebruikers en rechthebbenden vager dan ooit. De gebruiker van vandaag is de rechthebbende van morgen, en omgekeerd. In dit artikel wordt betoogd dat de introductie van een flexibele open norm in de Auteurswet 1912 naar model van het Amerikaanse fair use beginsel de rechter beter in staat stelt met zowel de belangen van rechthebbenden als met de belangen van gebruikers rekening te houden. Opdat het auteursrecht op harmonieuze wijze het volgende millennium tegemoet kan treden.

De onvrede over het auteursrecht is nog nooit zo groot geweest. De voornaamste oorzaak van deze onvrede schuilt mijns inziens in de verwaarlozing van het 'auteursrechtelijk evenwicht'. Met deze uitdrukking doel ik op het noodzakelijke evenwicht tussen de belangen van rechthebbenden op werken en het belang van het publiek om met deze werken auteursrechtelijk relevante handelingen te verrichten. Dit evenwicht is inherent aan iedere auteurswet. Het komt in de Auteurswet 1912 (hierna: Aw) tot uiting in artikel 1 dat, kortweg, bepaalt dat rechthebbenden hun 'exclusieve' recht kunnen uitoefenen behoudens de beperkingen bij de wet gesteld. Ook in internationale verdragen komt het auteursrechtelijk evenwicht tot uiting. In de considerans van het WIPO-Auteursrechtverdrag wordt het als volgt geformuleerd: "Recognizing the need to maintain a balance between the rights of authors and the larger public interest, particularly education, research and access to information, as reflected in the Berne Convention."²

Het auteursrechtelijk evenwicht is verstoord

Het auteursrechtelijk evenwicht is in de loop der jaren echter ten gunste van rechthebbenden verstoord. Dit heeft ten minste vier oorzaken. Allereerst hebben de 'natuurlijke' beperkingen van auteursrecht hun tanden verloren. Ik denk hierbij aan de toename in duur van het auteursrecht tot de huidige 70-jarige *post mortem auctoris* bescherming.³ Maar ook aan de oorspronkelijkheidseis die steeds verder wordt uitgehold, waardoor triviale werken, zoals afzonderlijke woorden, op grond van het auteursrecht

kunnen worden beschermd.⁴ In de tweede plaats is het auteursrechtelijke object gestaag uitgebreid.⁵ Onder werken van letterkunde, wetenschap en kunst worden tegenwoordig ook foto's, films, computerprogramma's en databanken begrepen. In het verlengde van deze groei van het rechtsobject ligt de groei van het aantal rechtssubjecten.⁶ De invoering van nieuwe objecten binnen het domein van het auteursrecht heeft eenzelfde aantal nieuwe rechthebbenden gecreëerd. Door dit alles is het economisch belang van auteursrecht tot een ongekeerde hoogte gestegen. Telt men hier ten slotte de astronomische groei van het aantal gebruiksmogelijkheden van werken bij op, dan kan men zich iets voorstellen bij de huidige onvrede over het auteursrecht.⁸ Gezien het gegeven dat veel gebruikshandelingen van werken tegenwoordig met een (technische) verveelvoudiging gepaard gaan, zal dit gebruik slechts zijn toegestaan voorzover het door een specifieke wettelijke beperking is uitgezonderd."

De wetgever is ernstig tekort geschoten in het herstellen van het verstoord auteursrechtelijk evenwicht. De afname van de 'natuurlijke' beperkingen en toename van object, rechthebbenden en gebruiksmogelijkhe-

1. Voor het gemak zal ik de term 'werk(en)' gebruiken waar ik auteursrechtelijk beschermde werk(en) bedoel.
2. Zie ook overweging 21 Richtlijn-voorstel, COM(97) 628 def. van 10 december 1997 (hierna: 'Richtlijn-voorstel').
3. Zie Alberdingk Thijm, 'Handel in dode auteurs leidt tot vragen', *Informatierecht/AMI* 1997/6, p. 115.
4. Zie Spoor en Verkade, *Auteursrecht*, Deventer 1993, nr. 77 (hierna: 'Spoor/Verkade').
5. Zie Spoor, *De gestage groei van merk, werk en uitvinding*, rede, Zwolle 1990, p. 20.
6. Deze zijn bovendien steeds vaker vertegenwoordigd in goed georganiseerde belangenorganisaties, die geen gelegenheid onbenut laten om in Den Haag, Brussel en Genève het belang van (meer) rechtsbescherming te benadrukken.
7. Zie noot 10 Richtlijn-voorstel voor een indrukwekkende lijst groeicijfers. Overigens meldt de *Financial Times* van 17 september 1998 dat Microsoft voorbij General Electric is gekropen en thans wereldwijd het meest waardevolle bedrijf is. '[T] his is an apt reflection of the ascendancy intellectual property and brainpower has gained over manufacturing brawn in today's economy,' aldus de *Financial Times*.
8. Zie Quaedvlieg, 'Copyright's Orbit Round Private, Commercial and Economic Law - The Copyright System and the Place of the User', *ZZC* 1998/4, p. 420.
9. De Software Richtlijn (91/250/EEG d.d. 14 mei 1991) en de Databankrichtlijn (96/9/EG d.d. 11 maart 1996) hebben ten aanzien van respectievelijk computerprogramma's en databanken al een exclusief gebruiksrecht ingevoerd. Het Richtlijn-voorstel breidt in artikel 2 dit exclusieve gebruiksrecht uit tot technische kopieën van alle werkcategoryën.

* Christiaan Alberdingk Thijm is advocaat te Amsterdam (De Brauw Blackstone Westbroek N.V.)

den is niet vergezeld gegaan met een noemenswaardige uitbreiding van het aantal wettelijke beperkingen.¹⁰ Deze veronachtzaming van de belangen van het publiek is te meer problematisch gezien het specifieke karakter van de wettelijke beperkingen. Deze zijn in een drietal opzichten specifiek geformuleerd: naar werk, medium en technologie. Zo verschillen de beperkingen met betrekking tot bijvoorbeeld het citeren uit werken naar gelang het een foto of een boek betreft. De nieuws-exceptie van artikel 15 Aw biedt een voorbeeld van een medium-specifieke beperking: de overname 'door de pers uit de pers' van nieuwsberichten heeft enkel betrekking op papieren media en radio- en televisieprogramma's. Een voorbeeld van een technologie-specifieke beperking biedt het vierde lid van de eigen gebruik-exceptie van artikel 16b Aw. Op grond van dit artikel mag ik mijn vriendin niet vragen een televisieprogramma voor mij op te nemen.

Dit laatste voorbeeld geeft aan dat de specifiek geformuleerde beperkingen tot tamelijk onbillijke resultaten kunnen leiden. Spoor en Verkade hebben reeds gewezen op de vele 'gaten' in § 6 van de Aw die het onvermijdelijke gevolg zijn van de specifieke formulering van de wettelijke beperkingen.¹¹ Recentelijk heeft Visser bovendien aangetoond dat de meeste beperkingen in het kader van multimedia-werken, die uit een combinatie van werken bestaan, hun waarde hebben verloren.¹² Een filmwerk mag bijvoorbeeld op grond van artikel 16b Aw voor de doeleinden eigen oefening, studie of gebruik in zijn geheel worden verveelvoudigd, terwijl van een boek slechts een klein gedeelte mag worden verveelvoudigd. Van een computerprogramma mag op zijn beurt op grond van artikel 45n voor dezelfde doeleinden helemaal niets worden verveelvoudigd.¹³ Wat mag men nu van een multimediale CD-ROM kopiëren als deze bestaat uit een filmwerk, een boek en een computerprogramma? Ten slotte acht ik het zorgwekkend dat de specifiek geformuleerde beperkingen geen ruimte creëren voor parodie van een werk¹⁴ of kunstcitatoren.¹⁵ Het is ironisch dat terwijl ons open geformuleerde openbaarmakingsrecht internationaal wordt geprezen vanwege zijn flexibiliteit, de beperkingen op onder meer dat recht uitblinken in starheid.

Een bijkomend probleem is dat specifiek geformuleerde bepalingen slechts 'beperkt houdbaar'¹⁶ zijn. Iedere introductie van nieuwe werktypen, media en technologieën zal tot een aanpassing van de wettelijke beperkingen moeten leiden. Nu de Aw niet voorziet in een mogelijkheid voor de rechter om het stelsel van beperkingen aan te passen aan nieuwe (technologische) ontwikkelingen, zal telkens een beroep op de wetgever moeten worden gedaan om de Aw in overeenstemming te brengen met de stand der techniek. Vandaag zal de wetgever de Aw moeten aanpassen aan onder meer de CD-ROM, cd-i, Internet en video-on-demand. Morgen wellicht aan de 'interactieve digital sound-sampling orchestra'. In een tijdperk waarin iedere dag nieuwe werktypen, media en technologieën kunnen ontstaan, mag het niet van de wetgever worden verwacht dat deze de nieuwe ontwikkelingen bijbeent.¹⁷ Een voortdurend beroep op de wetgever leidt tot rechtsonzekerheid, hetgeen de innovatie van nieuwe werken, media en technologieën niet ten goede komt.

De rechter zoekt een weg uit het rigide stelsel van beperkingen

De hierboven gesignaleerde kwalijke gevolgen van het specifieke karakter van de beperkingen zijn niet slechts van theoretische aard. De Nederlandse rechter lijkt te worstelen met de beperkingen. Wie de jurisprudentie betreffende beperkingen bestudeert, krijgt de indruk dat de rechter niet zelden meent dat een bepaalde inbreukmakende handeling 'moet kunnen', maar dat hij geen aansluiting kan vinden bij een bestaande wettelijke beperking. Het gevolg hiervan is dat de rechter naar willekeur beperkingen oprekt, auteursrechtelijke bescherming ontzegt aan het verveelvoudigde of openbaar gemaakte werk, of tegen beter weten in oordeelt dat er geen sprake is van een nabootsing. Als lapmiddel is er in de literatuur dan ook op aangedrongen dat de rechter normen van buiten de Aw toepast om de uitoefening van het auteursrecht te beperken.¹⁸ Naar mijn weten is in de praktijk een beroep op leerstukken als misbruik van recht¹⁹ of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in auteursrechtelijk verband weinig succesvol. Ook moet afgewacht worden of het me-

10. Integendeel, de meeste nieuwe beperkingen introduceren vergoedingsregelingen, die het mogelijk maken verloren gewaande dubbeltjes voor rechthebbers te incasseren.
11. Zie de voorbeelden gegeven door Spoor/Verkade, nr. 137.
12. Zie Visser, *Naar een multimedia-bestendig auteursrecht*, ITeR-reeks nr. 10, Alphen aan den Rijn/Diegem 1998 (hierna: 'Visser').
13. Zie Hugenholtz, 'Het auteursrecht, het internet en de informatiesnelweg', *NJB* 1995/14, p. 513.
14. Zie Verkade, *Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid*, rede, Deventer 1990. Om ruimte te creëren voor een parodie onder artikel 13 of artikel 15a acht ik gekunsteld, aangezien daar tamelijk acrobatische redeneringen voor nodig zijn. Zie Quaedvlieg, 'De parodiërende nabootsing als bijzondere vorm van geoorloofd citaat', *RM Themis* 1987/6, p. 278 en Spoor/Verkade, nr. 108. Het is bovendien verontrustend dat het huidige Richtlijnvoorstel in artikel 5 evenmin ruimte creëert voor een parodieexceptie. Zie Strowel, *Quelques réflexions sur l'exception de parodie*, lezing, ALAI Study Days 1998, Cambridge.
15. Zie Hugenholtz, *Auteursrecht op Informatie*, Deventer 1989. De wetgever heeft hier overigens bij zijn volle verstand niet in willen voorzien. Zie De Zwaan, 'Zeer apart: een beoordeling van 10 jaar citaatrecht', *Informatierecht/AMI* 1995/10, p. 186.
16. Deze term ontleen ik aan het proefschrift van De Cock Buning, *Auteursrecht en informatietechnologie. Over de beperkte houdbaarheid van technologiespecifieke regelgeving*, Amsterdam 1998.
17. Voormalig Minister van Justitie Korthals Altes beklagde zich hier in 1984 reeds over: 'Wij worden inderdaad dagelijks geconfronteerd met het feit dat de technische ontwikkeling de rechtsbescherming van de auteur voortdurend inhaalt en voorbijstreeft, waardoor het buitengewoon moeilijk is om de gedachte die aan het auteursrecht ten grondslag ligt in wetgeving en in internationale verdragen wezenlijk tot uitdrukking te doen komen.' *Handelingen TK* 20 september 1984, p. 76.
18. Zie Krikke, 'Auteursrecht in de maat', *Informatierecht/AMI* 1995/6, p. 103 en Gielen, *Volghende het recht oordeel van redene*, rede, Zwolle 1994.
19. Zie Stein, 'Misbruik van auteursrecht', *Informatierecht/AMI* 1993/7, p. 123.

dedingsrecht of artikel 10 EVRM het auteursrechtelijk evenwicht kunnen herstellen. Overigens ben ik beslist geen tegenstander van het toepassen van correctiemechanismen van buiten de Aw. Ik meen echter dat het verstoorde *auteursrechtelijk* evenwicht binnen de Aw hersteld dient te worden, niet daarbuiten.

Een moedige poging tot herstel van het evenwicht tussen de belangen van rechthebbenden en de belangen van het publiek heeft de Hoge Raad ondernomen in het Dior/Evora-arrest.²⁰ De casus is bekend: Dior probeerde op basis van het auteursrecht op de verpakkingen van haar parfums te voorkomen dat het Kruidvat de verpakkingen in haar reclamefolder afdruckte. Op deze manier poogde Dior via de auteursrechtelijke weg de parallelimport van haar producten te voorkomen, nu dit op basis van haar uitgeputte merkrecht niet langer mogelijk was. De Aw kent geen specifieke beperking met betrekking tot deze situatie. Aangezien het stelsel der beperkingen sinds jaar en dag geacht werd gesloten te zijn, dreigde Dior derhalve met een beroep op haar auteursrecht de wederverkoop door het Kruidvat te kunnen beletten. In het Dior/Evora-arrest heeft de Hoge Raad echter ruimte gecreëerd om in een dergelijk geval aan de hand van een afweging van de belangen van de rechthebbende en de maatschappelijke of economische belangen van anderen de grenzen van het auteursrecht nader te beperken.²¹ Aldus lijkt de Hoge Raad het gesloten stelsel van beperkingen te hebben geopend.

De euforie waarmee het arrest is onthaald, is typerend voor het failliet van het stelsel van wettelijke beperkingen. Ondertussen bestaan er echter redenen de feestvreugde enigszins te temperen. In de eerste plaats heeft de Hoge Raad de opening afhankelijk gemaakt van een tweetal voorwaarden. De persoonlijkheidsrechten moeten in acht worden genomen en bovendien mag aan de rechthebbende geen schade worden toegebracht. De pijn zit hem met name in deze tweede voorwaarde, aangezien iedere beperking op het exclusieve recht in beginsel schade aan de rechthebbende toebrengt, al is het slechts het delen van een (licentie)vergoeding.²² In de tweede plaats bevat het arrest mogelijk nadere beperkingen. Het is de vraag of het op grond van de Dior/Evora-leer een vereiste is dat de wetgever de mogelijke beperking indertijd niet heeft onderkend en of altijd aansluiting gezocht moet worden bij een bestaande beperking.²³ Ten slotte zij opgemerkt dat de Hoge Raad thans in een vergelijkbare casus een andere weg is ingeslagen. In het BMW/Blok-arrest²⁴ poogde de Duitse autofabrikant BMW met een beroep op het hem toekomende auteursrecht op het model van een bepaald type BMW de afbeelding daarvan in een reclamefolder te voorkomen. In plaats van aan te sluiten bij artikel 23 Aw, zoals in het Dior/Evora-arrest, verwerpt de Hoge Raad het beroep, aangezien BMW bij het beroep op haar auteursrecht niet "enig ander belang heeft dan het belang dat zij aan haar op merkbreuk gegronde vorderingen ten grondslag heeft gelegd".

De reden waarom de Hoge Raad hier niet conform Dior/Evora heeft geredeneerd laat zich raden. In zijn noot onder het arrest oppert Grosheide de mogelijkheid dat de Hoge Raad in verwarring is gebracht

door de uitspraak van het Hof van Justitie EG ('HvJEG') inzake Dior/Evora. Daar heeft het HvJEG bepaald dat in een dergelijk geval de bescherming die het auteursrecht biedt niet verder kan gaan dan de bescherming die in dezelfde omstandigheden door het merkrecht wordt geboden.²⁵ Aangezien het bij Dior/Evora in wezen ging om parallelimport, merkt Grosheide terecht op dat deze uitspraak niet moet worden doorgetrokken naar nationale situaties waarbij van parallelimport of andere EG-rechtelijke taboes geen sprake is. Een mogelijke andere verklaring voor het verlaten van de Dior/Evora-route wordt artikel 5 van het huidige Richtlijn-voorstel van de Europese Commissie. Dit artikel voorziet immers in een limitatieve lijst beperkingen op het auteursrecht, waardoor de door Dior/Evora op een kier gezette deur weer potdicht gaat.

Artikel 5 Richtlijn-voorstel: een hellend vlak

Artikel 5 van het Richtlijn-voorstel bevat een limitatieve opsomming van toegestane beperkingen op het auteursrecht. Indien dit voorstel ongewijzigd wordt aangenomen, zullen de lidstaten in geen andere beperkingen mogen voorzien dan de in artikel 5 genoemde. Dit zou betekenen dat Dior/Evora-achtige openingen in het stelsel der beperkingen in het verloop van de baan zijn.²⁶ Gezien het voorgaande zal het duidelijk zijn dat indien het huidige voorstel wordt ingevoerd het auteursrechtelijk evenwicht nog verder zal worden verstoord.

Dit doemscenario laat zich als volgt schetsen. Allereerst zal een groot aantal bestaande beperkingen uit de Aw moeten verdwijnen*, vervolgens gaat de deur op slot. Dit zal leiden tot een nog meer rigide sys-

20. HR 20 oktober 1995, NJ1996, 682, m.nt. JHS.

21. De redenering die de Hoge Raad hier heeft gevolgd, lijkt veel op de redenering die hij eerder in het Quint /Te Poel-arrest volgde. Zie HR 30 januari 1959, NJ 1959,548 m.nt. DJV.

22. Spoor wist er in zijn noot onder het arrest in NJ-te-recht op dat dit een stringenter criterium is dan de *ongerechtvaardigde* schade van artikel 9 lid 2 BC en artikel 13 TRIPS-Verdrag.

23. Nu de Hoge Raad onder 3.6.2 overweegt dat aansluiting bij een bestaande beperking kan worden gezocht, lijkt analogische toepassing niet een vereiste. De meningen hierover verschillen echter. Zie Cohen Jehoram in zijn noot onder dit arrest in AA 1997, p. 643.

24. HR 6 februari 1998, IER 1998, 17, m.n. FWG.

25. HvJEG 6 november 1997, *Informatierecht/AMI* 1998/1, m.nt. Grosheide, p. 6.

26. Afgewacht zal moeten worden of toepassing van een beperking naar analogie nog wel mogelijk blijft.

27. Zo werpt Quaadvlieg de vraag op of het portretrecht in het kader van artikel 5 Richtlijn-voorstel zal moeten verdwijnen. Zie Quaadvlieg, 'Het Internet: het auteursrecht voorbij? Bespreking van het preadvies van P.B. Hugenholtz', *Computerrecht* 1998/3, p. 125. Aan Quaadvlieg kan worden toegegeven dat het portretrecht wetssystematisch onderdeel uitmaakt van de beperkingen, maar rechtssystematisch hoort het daar beslist niet thuis. Vanuit een juridisch oogpunt moet het portretrecht eerder in de hoek van de privacy- en prestatiebescherming worden geplaatst. Het ligt derhalve niet voor de hand dat het portretrecht het lot van een aantal andere beperkingen, zoals de artikelen 15b, 17b, 17c, 18, 23 en 24, zal moeten delen.

teem, met alle problemen van dien. Bovendien zal het economisch belang van het auteursrecht toenemen, waardoor verworven rechten met man en macht zullen worden verdedigd en de lobbymachine op volle kracht zal draaien voor nieuwe uitbreidingen.²⁸ De kritiek op het auteursrecht zal tot een ongekende hoogte stijgen. De discrepantie tussen hetgeen rechtens toegestaan is en hetgeen in de 'gewone wereld' als rechtens geoorloofd wordt geacht zal steeds verder toenemen. Hierdoor zal het auteursrecht te kampen krijgen met een almaar groeiend legitimatieprobleem. Uiteindelijk zal het niet te handhaven auteursrecht geheel buitenspel worden gezet en worden vervangen door technologische of contractuele bescherming.*

Gezien dit doemscenario dringt de vraag zich op waarom de Commissie voor een dergelijk systeem kiest. Het Richtlijn-voorstel blijft het antwoord op deze vraag schuldig. De architect van het Richtlijn-voorstel, Dr. Jörg Reinbothe, hoofd van DGXV, lichtte echter tijdens de afgelopen 'ALAI Study Days' in Cambridge een tipje van de sluier. Hij gaf twee redenen waarom de voorkeur van de Commissie uitgaat naar een gesloten stelsel boven een open stelsel. Een gesloten stelsel zou enerzijds een groot harmoniserend effect hebben en anderzijds tot meer rechtszekerheid leiden. Nu valt op deze argumenten wel het een en ander af te dingen.

Allereerst moet men zich van het harmoniserend effect van artikel 5 van het Richtlijn-voorstel niet teveel voorstellen.³⁰ Het artikel bevat vier leden waarvan enkel het eerste lid harmoniserend effect kan sorteren. Dit eerste lid introduceert een *verplichte* beperking op het verveelvoudigingsrecht met betrekking tot tijdelijke verveelvoudigingen die noodzakelijk zijn voor het gebruik van het werk en geen zelfstandige economische betekenis bezitten. Het tweede en derde lid van het artikel daarentegen bevatten een reeks beperkingen die *optioneel* zijn. Nu de lidstaten naar willekeur kunnen bepalen of ze de beperkingen van het tweede en derde lid overnemen, zal er beslist geen uniform beschermings- en beperkingsniveau ontstaan.³¹

In de tweede plaats zal de rechtszekerheid evenmin gediend zijn met deze limitatieve beperkingen. Een aantal handelingen is niet opgenomen in artikel 5, bijvoorbeeld het digitaal thuishopiëren. De reden hiervoor is onzekerheid over de ontwikkelingen in de toekomst (sic!).³² Het komt mij zo voor dat het onder meer deze onzekerheid is die pleit tegen invoering van een limitatieve lijst beperkingen. Het is niet ondenkbaar dat de lijst met limitatieve beperkingen voortdurend uitgebreid zal moeten worden, terwijl Richtlijnaanpassingen in Brussel, zo leert de ervaring, langdurige en moeizame processen zijn. In de periode voorafgaand aan invoering van nieuwe beperkingen zal de gebruiker van werken in onzekerheid leven over de vraag of zijn gebruik is toegestaan of niet. De door de Commissie beoogde innovatie zal als gevolg van deze onzekerheid eerder afnemen dan toenemen.

Ten slotte dreigt de Commissie met een limitatieve lijst beperkingen het internationale karakter van het auteursrecht in het algemeen en van digitale netwerk-omgevingen in het bijzonder uit het oog te verliezen. Het Internet trekt zich niets aan van landsgrenzen.

De enige oplossing is derhalve een mondiale harmonisering van de beperkingen. De Commissie is zich hier ook van bewust. "De Europese Gemeenschap kan het zich niet permitteren om zich alleen met binnenlandse initiatieven bezig te houden," schrijft zij in de toelichting bij het Richtlijn-voorstel.³³ Ondertussen druist het Richtlijn-voorstel lijnrecht in tegen de internationale tendens gesloten stelsels van beperkingen open te breken. Zo heeft de Australische 'Copyright Law Review Committee' onlangs een 204 pagina's tellend rapport uitgebracht waarin zij de Australische wetgever adviseert het huidige Australische stelsel van wettelijke beperkingen aan te vullen met een open norm naar het model van het Amerikaanse fair use beginsel.³⁴ Het is derhalve ook in Europees verband niet onverstandig om de merites van dit Amerikaanse systeem te bestuderen.

Fair use

Het Amerikaanse fair use beginsel brengt in Nederland al een aantal jaren de pennen in beweging. Zo heeft zich in de loop der jaren al een schare voor- en tegenstanders van het beginsel gevormd. Spoor/Verkade, Teijl/Holzauer, Hugenholtz, Dommering, Visser en Grosheide zijn voor, terwijl Cohen Jehoram, Gerbrandy en De Meij, overigens om verschillende redenen, tegen invoering van een dergelijk beginsel in de Aw zijn.³⁵ De voor- en nadelen van fair use zijn

28. Zie in dit verband ook Mulder, 'Kunt u mij de weg naar Niemandland vertellen, meneer?', *Informatie recht/AMI* 1998/1, p. 1.
29. Vgl. Hugenholtz, *Het Internet: het auteursrecht voorbij?*, preadvies NJV, Deventer 1998.
30. Overigens zal er pas sprake zijn van een geharmoniseerd auteursrechtelijk evenwicht in de verschillende lidstaten indien niet alleen de beperkingen uniform uitgelegd zullen worden, maar ook de inhoud en omvang van het auteursrecht gelijk zal zijn.
31. Zie ook Hart, 'The Proposed Directive for Copyright in the Information Society: Nice Rights, Shame about the Exceptions', *EIPR* 1998, p. 170.
32. Het artikelsgewijs commentaar bij artikel 5 drukt het als volgt uit: 'Gelet op deze onzekerheid, zowel wat betreft de mogelijkheid om het thuishopiëren in de digitale omgeving te controleren als wat betreft het consumentengedrag op dit gebied, lijkt een verdergaande harmonisatie van het digitaal thuishopiëren vooralsnog voorbarig.'
33. Zie p. 13.
34. Copyright Law Review Committee, *Simplification of the Copyright Act 1968. Part 1: Exceptions to the Exclusive Rights of Copyright Owners*, <http://www.agps.gov.au/customer/agd/clrc/>.
35. Zie Spoor/Verkade, nr. 137, Teijl en Holzauer, *De toenemende complexiteit van het intellectuele eigendomsrecht*, Arnhem 1991, p. 19, Hugenholtz, *Auteursrecht op Informatie*, Deventer 1989, p. 168, Dommering, *Computerrecht* 1990, p. 108, Visser, p. 12, Grosheide, 'De commercialisering van het auteursrecht', *Informatierecht/AMI* 1996/3, p. 43 (hierna: 'Grosheide AMI'), Cohen Jehoram, noot onder HR 22 juni 1990 ('Zienderogen Kunst'), AA 1991, p. 677, Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem 1988, p. 267, De Meij, 'Auteursrecht en informatievrijheid', recensie, *NJB* 1991, p. 51. Van Linghe heeft zich niet in de discussie gemengd, wellicht omdat hij van mening is dat wij dankzij het Dior/Evora-arrest al een fair use beginsel bezitten.

-->

niet goed te begrijpen zonder het Amerikaanse fenomeen te beschrijven. Aangezien er in Nederland een aantal misverstanden over het Amerikaanse fair use beginsel bestaat, is het nuttig om eerst uit te leggen wat het niet is.

Fair use is niet hetzelfde als het Engelse fair dealing. Deze begrippen worden vaak ten onrechte in één adem genoemd. Het Engelse fair dealing is immers slechts van toepassing op het gebruik van werken voor een *limitatief* aantal doeleinden, terwijl section 107 van de US Copyright Act 1976 ('USC') de toepassing van het fair use beginsel niet beperkt tot een aantal doeleinden. "[T]he fair use of a copyrighted work (...) for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright", luidt het eerste gedeelte van de Amerikaanse fair use bepaling. De woorden 'purposes such as' geven aan dat het hier niet een limitatieve opsomming betreft.

Een tweede misverstand is dat het fair use beginsel het volledig aan de grillen van de rechter overlaat of een bepaald gebruik van een werk een fair use van dat werk is. Het leerstuk van fair use is echter stevig verankerd in een rijke historie van rechtspraak³⁶, die grote zekerheid verschaft over de vraag of een bepaald gebruik is toegestaan of niet. Bovendien dwingt section 107 USC de rechter ten minste vier factoren te wegen in zijn oordeel om een bepaalde handeling als wel of niet inbreukmakend te bestemmen. De evaluatie van deze factoren in de recht spraak en doctrine verschaft veel inzicht over de toelaatbaarheid van bepaalde handelingen. Het is overigens opvallend dat in de Amerikaanse recht spraak en doctrine deze vier factoren veelal op bijna identieke wijze worden beschreven. Men is het blijkbaar in grote mate met elkaar eens over de inhoud van de vier fair use factoren. Het betreft de volgende factoren:

- 1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- 2) the nature of the copyrighted work;
- 3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- 4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

1. Het doel en de aard van het gebruik

Werken kunnen voor verschillende doeleinden worden gebruikt. Het eerste gedeelte van section 107 USC geeft daar een aantal voorbeelden van: kritiek, beoordeling, nieuwsverslaggeving, onderwijs, studie of onderzoek. Aangezien dit slechts voorbeelden zijn, komen ook andere doeleinden in aanmerking, zoals parodie, privé gebruik, decompilatie van computerprogramma's, of 'appropriation art'. In tegenstelling tot de wettelijke beperkingen in de Aw is het gebruik in section 107 USC niet gespecificeerd naar werk, medium of technologie. Met betrekking tot de eerste factor is naast het *doel* ook de aard van het gebruik van belang. Het is bijvoorbeeld relevant of een werk wordt geparodieerd op een niet-commerciële bonte avond van een middelbare school of in een commerciële reclame-uiting.³⁷

Een belangrijke indicatie ten gunste van fair use is dat een bepaald werk op 'transformatieve' wijze wordt gebruikt. Een 'transformatief gebruik onderscheidt zich van een 'reproductief gebruik in de zin dat een 'transformatief gebruik waarde aan het originele werk toevoegt. Deze toegevoegde waarde bestaat eruit dat het werk op een andere wijze of voor een ander doel wordt gebruikt. Het originele werk wordt derhalve 'getransformeerd' in een tweede werk. Een 'reproductief gebruik daarentegen herhaalt simpelweg het origineel en gebruikt het voor hetzelfde doel. De *Oh, Pretty Woman* zaak biedt een klassiek voorbeeld van 'transformatief gebruik. In deze zaak had de Amerikaanse rapgroep 2 Live Crew grote gedeelten van het nummer 'Oh, Pretty Woman' van Roy Orbison overgenomen in hun parodiërende versie van het lied. Nu het werk van de 2 Live Crew een parodie betrof, zal het Amerikaanse publiek voortaan het voordeel hebben om over twee waardevolle werken te beschikken in plaats van één. Dit stimuleren van het ontstaan van nieuwe werken staat centraal in de Amerikaanse auteursrecht doctrine. In beginsel geldt dan ook dat hoe 'transformatiever' het gebruik van een werk is, hoe minder zwaar de overige factoren van de fair use analyse zullen wegen.

Onderdeel van de eerste factor vormt de vraag of het beweerdelijk inbreukmakende werk voor een commercieel doel wordt gebruikt of niet. Alhoewel de commercialiteit van het gebruik op grond van de eerste factor een criterium is waarmee rekening moet worden gehouden, is het niet van doorslaggevende betekenis. Dit komt mede tot uiting in het gebruik van het woord 'including' in de eerste fair use factor. Ondanks het feit dat bijvoorbeeld het gebruik van de parodie in de *Oh, Pretty Woman* zaak van commerciële aard was, achtte het Amerikaanse Supreme Court het parodiërende doel van het gebruik van grotere betekenis. Het is overigens van belang het criterium commercialiteit niet zwart-wit toe te passen. In beginsel zal immers het meeste gebruik van werken een zekere commerciële waarde hebben. Er dient derhalve re-

--> Zie Van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Alphen aan den Rijn 1998, nr. 34. Het verdient naar mijn mening geen navolging de opening van het stelsel der wettelijke beperkingen ten gevolge van het Dior/Evo-ra-arrest van het predikaat 'fair use' te voorzien. Dit geldt ook voor het hanteren van de term 'fair use' voor een willekeurige open norm. Door deze handelwijze kan het misverstand ontstaan dat 'fair use' een vage verzamelnaam is voor flexibele interpretatie door de rechter. Het Amerikaanse fair use is echter vaag, noch over een kam te scheren met iedere opening van het stelsel der wettelijke beperkingen.

³⁶ De eerste Amerikaanse uitspraak waarin het fair use beginsel werd erkend, *Folsom v Marsh*, stamt uit 1841 (9 F Cas 342, No. 4.901, CCD Mass 1841).

³⁷ Zie Supreme Court March 7, 1994, (1994) 127 L Ed 2d 500 (*Campbell v Acuff-Rose Music, Inc.*), p. 519: "The use, for example, of a copyrighted work to advertise a product, even in a parody, will be entitled to less indulgence under the first factor of the fair use enquiry, than the sale of a parody for its own sake, let alone one performed a single time by students in school."

kening te worden gehouden met de *mate* van commercialiteit.³⁸

2. *Het karakter van het werk*

In het kort houdt deze tweede factor de erkenning in van het bestaan van 'zwakke' en 'sterke' werken. Werken met een zeer oorspronkelijk karakter verdienen simpelweg meer bescherming tegen het gebruik daarvan dan werken met een hoofdzakelijk informatief karakter. In de *Nation* zaak overwoog het Amerikaanse Supreme Court dat 'the fact that a work is unpublished is critical to its nature'. Deze zaak betrof het overnemen van 300 woorden uit de ongepubliceerde autobiografie van de voormalige Amerikaanse president Ford door het tijdschrift "The Nation", welke zich op een fair use van de woorden beriep. In zijn oordeel dat daar in casu geen sprake van was, overwoog het Supreme Court dat de kansen voor een geslaagd fair use verweer met betrekking tot ongepubliceerde werken gering zijn. Om te voorkomen dat naar aanleiding van deze uitspraak de veronderstelling zou ontstaan dat het gebruik van ongepubliceerd werk per definitie niet is toegestaan, voegde het Amerikaanse Congres de volgende zin aan section 107 USC toe: "The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors."

3. *De hoeveelheid en de substantie die van het werk zijn overgenomen*

Deze derde factor spreekt voor zichzelf. Weinig overnemen zal in beginsel minder snel tot inbreuk leiden dan veel. Belangrijker is echter niet zozeer de kwantiteit van het overgenomen, maar de kwaliteit ervan (de 'substantiality'). In de *Nation* zaak waren bijvoorbeeld slechts 300 woorden overgenomen uit een manuscript van meer dan 200.000 woorden. Toch oordeelde het Supreme Court dat er sprake was van een inbreuk van het werk, mede omdat het 'hart' van het manuscript was overgenomen. Het gewicht dat in de Amerikaanse rechtspraak aan deze factor wordt gegeven is mede afhankelijk van de context waarin het gebruik van het werk plaatsvindt.

4. *Het gevolg van het gebruik voor de markt en waarde van het werk*

Volgens het meest gerenommeerde handboek over het auteursrecht van de Verenigde Staten is deze vierde factor de meest belangrijke.³⁹ In de *Nation* zaak heeft het Supreme Court 'Nimmer on Copyright' instemmend aangehaald: "This factor is undoubtedly the single most important element of fair use." In de Amerikaanse doctrine is er echter veelvuldig door anderen op aangedrongen niet bij voorbaat het meeste gewicht aan deze vierde factor toe te kennen.⁴⁰ In beginsel kunnen de fair use factoren immers niet worden voorzien van een rangorde, maar zal de relevantie van de individuele factoren van zaak tot zaak verschillen. Het Supreme Court is in de *Oh, Pretty Woman* zaak dan ook teruggekomen op zijn eerdere opvatting in de *Nation* zaak. De belangrijkste vraag bij de analyse van de vierde

factor is of er sprake is van marktsubstitutie. Indien het originele werk een deel van zijn (potentiële) markt dreigt te verliezen door het gebruik van het werk door een ander, zal dit een negatief gewicht in de fair use schaal leggen. Om te bepalen of er sprake is van marktsubstitutie zal men de (potentiële) markt van het werk moeten bepalen, hetgeen geen eenvoudige taak is. Indien de markt immers te ruim wordt gedefinieerd, zal er altijd wel sprake zijn van marktsubstitutie.⁴² De (potentiële) markt van het werk dient dan ook enkel te bestaan uit de (deel)markt waarop de rechthebbende zich in redelijkheid zal begeven of waarvoor hij derden een licentie zal verschaffen. Het ligt bijvoorbeeld niet voor de hand dat de rechthebbende zich zal begeven op de markt voor parodieën of besprekingen van zijn werk. In de Amerikaanse rechtspraak is erkend dat ook andere marktschade dan marktsubstitutie onder deze vierde factor valt, bijvoorbeeld schade veroorzaakt door verlies van goodwill.⁴³ De rechthebbende kan zich echter op grond van deze factor niet verweren tegen alle schade die het gebruik aan zijn werk veroorzaakt. Schade veroorzaakt door een parodie of een kritische bespreking van het originele werk is bijvoorbeeld geen relevante schade op grond van de vierde factor.

Het voordeel van een fair use beginsel boven specifiek geformuleerde (limitatieve) beperkingen is evident. Het stelt de rechter in staat 'gaten' ten gevolge van de specifieke formulering van de wettelijke beperkingen te dichten en voorkomt een voortdurend beroep op de wetgever om de wettelijke beperkingen aan technologische ontwikkelingen aan te passen. Hieronder zal bekeken worden of de invoering van een dergelijk beginsel in de Aw op bezwaren kan stuiten.

Passen de fair use factoren in het systeem van de Auteurswet 1912?

Het zou betoogd kunnen worden dat het fair use beginsel vanuit rechtssystematisch oogpunt niet past binnen het systeem van de Aw. Het fair use beginsel is immers een product van het Amerikaanse 'common law' auteursrecht. Dit heeft van origine een meer utilitair karakter dan de 'droit d'auteur' tradi-

38. Zie Patry, *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, Washington, D.C. 1995, p. 422 (hierna: 'Patry').

39. Nimmer, p. 13-188.

40. Zie o.a. Patry, p. 563, Leval, 'Towards a Fair Use Standard', *Harvard Law Review* 1990, p. 1124 en Patry en Perlmutter, 'Fair Use Misconstrued: Profit, Presumptions, and Parody', *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 1993/3, p. 695.

41. Zie Anderson, Brown en Cores, 'Market Substitution and Copyrights: Predicting Fair Use Case Law', *University of Miami Entertainment & Sports Law Review* 1993, p. 33.

42. Zie Patry, p. 557.

43. Zie *Dr. Pepper Co. v Samba's Restaurants* 517 F.Supp 1202 (1981).

tie van het Europese continent.⁴⁴ Op het Europese vasteland wordt het auteursrecht van origine gerechtvaardigd vanuit een natuurrechtelijke visie. Vanuit deze optiek scheidt de persoonlijke band van de auteur met het werk van nature een exclusief recht. De Amerikanen daarentegen zouden het auteursrecht enkel vanuit een economische invalshoek bekijken: wat is het maatschappelijk nut van het auteursrecht? Tegenwoordig lijkt het echter met de traditionele tegenstelling mee te vallen. In de loop der jaren zijn beide systemen steeds meer naar elkaar toegroeid.⁴⁵ Bij een praktische vergelijking van 'droit d'auteur' en 'copyright' blijken deze rechtstradities dan ook veel met elkaar gemeen te hebben. Dit is niet enkel het gevolg van de toetreding van de Verenigde Staten tot de Berner Conventie in 1989, waardoor bijvoorbeeld het formaliteitsvereiste uit de USC is geschrapt. Ook de Amerikaanse rechtspraak lijkt tegenwoordig meer op één lijn met het Europese vasteland te liggen dan voorheen werd verondersteld. In de 'droit d'auteur' landen heeft men bijvoorbeeld verbaasd en verheugd kennis genomen van het *Feist* arrest van het Supreme Court.⁴⁶ In deze zaak werden strenge eisen gesteld aan de oorspronkelijkheid van een werk om in aanmerking te komen voor auteursrechtelijke bescherming.⁴⁷ In de Amerikaanse doctrine is dan ook niet zelden betoogd dat ook het Amerikaanse auteursrecht doorspekt is van natuurrechtelijk denken.⁴⁸

Terwijl aan de ene kant het Amerikaanse systeem steeds meer 'droit d'auteur' elementen lijkt te bezitten, zo kan de inhoud en omvang van het huidige 'droit d'auteur' niet enkel vanuit een natuurrechtelijke visie worden verklaard.⁴⁹ Zo zijn de beperkingen in duur en de territoriale gebondenheid niet in overeenstemming te brengen met een onbegrensd natuurrecht.⁵⁰ Evenmin is de overdraagbaarheid van het auteursrecht te verenigen met een persoonsgebonden natuurrecht. Grosheide onderscheidt maar liefst zeven rechtsgronden die ten grondslag liggen aan het huidige 'droit d'auteur' auteursrecht.⁵¹ De conclusie lijkt geëigend dat beide systemen niet langer als tegenpolen zijn te beschouwen, maar als convergerende systemen, gebaseerd op zowel natuurrechtelijke als utilitaire overwegingen.

Nu de tegenstelling tussen beide rechtssystemen minder groot blijkt te zijn, rest de vraag in hoeverre de fair use factoren vanuit wettssystematisch oogpunt in het systeem van de Aw passen. Voor de beantwoording van deze vraag is het van belang na te gaan in hoeverre de fair use factoren een rol spelen in het Nederlandse auteursrecht c.q. de wettelijke beperkingen.⁵²

Met betrekking tot de eerste factor valt op dat de meeste beperkingen in de Aw eveneens rekening houden met het doel van het gebruik. Nieuwsvoorziening (artikel 15), onderwijs (artikel 16) en eigen gebruik (artikel 16b) zijn allemaal specifieke doeleinden die de beperking van het auteursrecht kunnen rechtvaardigen. Ook kan de gedachte dat 'transformatief gebruik eerder toegestaan is dan 'reproductief gebruik niet aan ons auteursrecht worden ontzegd. Het citaatrecht van artikel 15a is een voorbeeld van een beperking die rekening houdt met de 'transformativiteit' van het gebruik. Het biedt een tamelijk ver-

gaande mogelijkheid om werken te citeren; zogenoemde korte werken kunnen zelfs in hun geheel worden overgenomen. Ook lijkt § 6 van de Aw rekening te houden met de commerciële aard van het gebruik. Voor het kopiëren voor eigen gebruik door een particulier is in artikel 166 Aw bijvoorbeeld geen vergoeding verschuldigd, terwijl voor hetzelfde kopiëren ten behoeve van een onderneming op grond van artikel 17 Aw wel een vergoeding is verschuldigd. Met betrekking tot de commerciële aard van het gebruik heeft met name Grosheide betoogd dat dit een relevant gegeven is voor de toepassing van de beperkingen in de Aw.⁵³

Dat het karakter van het werk van belang is (de tweede fair use factor) bij het beantwoorden van de inbreukvraag, heeft de Hoge Raad uitgemaakt in het Heertje Hollebrand-arrest: "De beantwoording van de vraag waarvoor de rechter zich in een geding als het onderhavige gesteld ziet, is in hoge mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de aard van het beweerdelijk bewerkte of nagebootste werk (cursivering - CATH)."⁵⁴ Met betrekking tot het ongepubliceerde karakter van een werk, is het opvallend dat het citaatrecht van artikel 15a Aw en de onderwijs-exceptie van artikel 16 Aw in het geval van ongepubliceerde werken niet van toepassing zijn. Het karakter van het werk is hier dus

44. Opgemerkt zij dat het Nederlandse auteursrecht het zwarte schaap van de 'droit d'auteur' familie is. Wij hebben van origine een meer pragmatische kijk op het auteursrecht gehad en hebben zowel 'common law' auteursrecht als 'droit d'auteur' auteursrecht principes in de Aw opgenomen. Zie Seignette, *Challenges to the Creator Doctrine*, Deventer/Boston 1994, p. 45.

45. Zie Van Lingen, *Ontwikkelingen in het auteursrecht*, preadvies CIV en Thijm-genootschap, Zwolle 1986, p. 65 en Sterling, 'Creator's Right and the Bridge Between Author's Right and Copyright', *IIC* 1998/3, p. 302.

46. Zie Supreme Court, 27 maart 1991, *Informatierecht/AMI* 1991/8, p. 179.

47. Hogere eisen dan bijvoorbeeld in Groot Brittannië aan een werk worden gesteld, terwijl van dat land en het Europese continent toch wordt verwacht dat hun rechtssystemen op den duur meer met elkaar in de pas zullen lopen.

48. Zie Gordon, 'A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property', *The Yale Law Journal* 1993, p. 1527, Ladd, 'The harm of the concept of harm in copyright', *Auteursrecht/AMI* 1984/1, p. 3 en Yen, 'Restoring the Natural Law: Copyright as Labour and Possession', *Ohio State Law Journal* 1990, p. 517.

49. Zie Goldstein, *Copyright's Highway*, New York 1994, p. 172.

50. Zie Strowel, 'Droit d'auteur and Copyright: Between History and Nature', in: Sherman en Strowel, *Of Authors and Origins*, Oxford 1994, p. 246.

51. Zie Grosheide, *Auteursrecht op maat*, Deventer 1986, p. 128 (hierna: 'Grosheide').

52. Lahore ziet geen reden om de fair use factoren 'universal application' te ontzeggen. Zie Lahore, *Copyright and Designs*, Sydney 1996, p. 115 (§ 40).

53. Zie Grosheide, p. 302-07.

54. HR 5 januari 1979, NJ 1979,339 m.nt. LWH.

van doorslaggevend belang voor de toepassing van de beperkingen.⁵⁵

Ook de derde factor is van belang in de Aw. In § 6 van de Aw wordt veelvuldig rekening gehouden met de hoeveelheid en de substantie die van het werk zijn overgenomen. Voorbeelden hiervan zijn de onderwijs-exceptie van artikel 16 Aw en de eigen gebruik-exceptie van artikel 16b Aw. De Aw lijkt overigens coulanter dan de USC met betrekking tot het overnemen van 'korte' werken, zoals tekeningen en foto's. Deze mogen op grond van de artikelen 15a lid 2 Aw en 16 lid 2 Aw veelal in hun geheel worden overgenomen, terwijl in de fair use analyse het overnemen van een geheel werk zwaar weegt ten nadele van een fair use.⁵⁶

Ten slotte de vierde fair use factor. Ook met deze factor lijken wij in Nederland al redelijk uit de voeten te kunnen. De in het Zienderogen Kunst-arrest⁵⁷ ontwikkelde eis dat een citaat niet als een onafhankelijke vorm van exploitatie van het originele werk moet kunnen worden beschouwd, is bijvoorbeeld in wezen een verbod op marktsubstitutie. Ook in het Dior/Evo-ra-arrest houdt de Hoge Raad rekening met de schade die het gebruik van het werk toebrengt aan het werk. Hier lijkt de Hoge Raad eerder aan schade veroorzaakt door de aantasting van de goodwill van het werk te denken dan aan marktsubstitutie.⁵⁸ In het Van Genk/De Wild-arrest⁵⁹ lijkt de Hoge Raad ook rekening te houden met de (potentiële) markt van het originele werk. Mede omdat de maatwerkprogrammatuur niet elders inzetbaar was, kon de programmeur Van Genk worden verplicht de broncode van het computerprogramma aan De Wild af te staan. Dat deze afgifte inbreuk op het auteursrecht van Van Genk ten gevolge zou hebben, deed hier blijkbaar niets aan af.

Is het fair use beginsel in overeenstemming met de Berner Conventie?

Nu er vanuit rechts- en wetssystematisch oogpunt geen grote bezwaren tegen de introductie van een fair use-achtige bepaling in de Aw lijken te bestaan, ten slotte beschouwd worden of een fair use beginsel in strijd is met internationale verdragen. In dit verband is van belang hetgeen Cohen Jehoram in zijn noot onder het Zienderogen Kunst-arrest opmerkt: "Hierbij [de door Spoor/Verkade genoemde voordelen van een fair use beginsel - CATH] zou ik alleen nog willen opmerken dat een vervanging van onze precies geformuleerde wettelijke beperkingen op het auteursrecht door een algemene fair-use bepaling in strijd zou komen met de Berner Conventie, die deze precieze begrenzing überhaupt heeft ingevoerd, ter bescherming van de auteur."⁶⁰

Allereerst zij opgemerkt dat het huidige stelsel van wettelijke beperkingen niet behoeft te worden *vervangen* om het auteursrechtelijk evenwicht te herstellen. Een open geformuleerde norm in de trant van section 107 USC zou heel goed als vangnet kunnen fungeren. Een vangnet voor gebruikshandelingen die naar de letter van de wet niet uitgezonderd kunnen worden, terwijl ze niet in strijd zijn met de geest van de wet. Een dergelijke norm zou § 6 van de Aw kunnen aanvullen, niet afschrijven. Met behulp van een flexibele norm kan worden voortgebouwd op de rij-

ke jurisprudentie op het gebied van de beperkingen en worden aangesloten bij de geest van de beperkingen. Op deze wijze kunnen de onbillijke consequenties van het huidige stringente stelsel worden ondervangen en bevat de Aw een voorziening voor de onzekere toekomst. Overigens bevat ook de USC naast section 107 een aantal specifieke beperkingen. Dan de vraag of een dergelijke open norm in strijd zou komen met de Berner Conventie ('BC') of andere internationale verplichtingen. Het is naar mijn mening niet zo dat de BC specifieke formuleringen voorschrijft. Een open norm is toegestaan, mits deze in de wetgeving is geformuleerd.⁶¹ Het hanteert bovendien zelf een open norm in artikel 9 lid 2, de bekende drietrapsraket: "Het is aan de wetgeving van de landen van de Unie voorbehouden in bijzondere gevallen [1] het verveelvoudigen van genoemde werken toe te staan, mits die verveelvoudiging geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk [2] en de wettige belangen van de auteur niet op ongerechtvaardigde wijze schaadt [3]." Wellicht dat Cohen Jehoram fair use in strijd acht met de eerste trede: er moet sprake zijn van een bijzonder geval. Het zou betoogd kunnen worden dat dit bijzondere geval van te voren gespecificeerd moet zijn. Dit is mijns inziens echter niet de strekking van dit criterium. De reden waarom de 'bijzondere gevallen' niet limitatief in artikel 9 lid 2 BC staan opgesomd is, dat anders het gevaar zou bestaan dat de bepaling niet volledig zou zijn en wenselijke beperkingen geen toepassing zouden kunnen vinden.⁶² Dat is nu juist ook de reden waarom de fair use bepaling in de USC open is geformuleerd. Ricketson geeft aan dat er voor toepassing van de eerste trede sprake moet zijn van een specifiek doel en dat dit doel bijzonder moet zijn. Uit niets blijkt echter dat dit bijzondere doel van te voren moet zijn bepaald. Evenmin lijkt de Aw uit te gaan van een voorafgaand aan het gebruik bepaald doel.⁶³ Uit de analyse van de eerste fair use factor is gebleken dat altijd rekening dient te worden gehouden met het doel van

55. Terzijde vraag ik mij af of artikel 15a Aw en artikel 16 Aw in dit verband wel zulke gelukkige bepalingen zijn. In een geval als de vijf ongepubliceerde 'Lieve Kitty'-velletjes uit het dagboek van Anne Frank, lijken deze bepalingen te wringen met de belangen van het publiek.

56. Zie Nimmer, p. 13-187.

57. HR 22 juni 1990, NJ 1991, 268 m.nt. JHS

58. In dit verband heeft Grosheide erop gewezen dat een dergelijke schade nog merkenrechtelijk aandoet. Zie Grosheide AML, p. 48.

59. HR 21 juni 1996, NJ 1997, 327 m.nt. DWFV. Zie ook de conclusie van AG Koopmans onder 13 en Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 1994, *Computerrecht* 1994/2, p. 50 m.nt. Thole.

60. Zie AA 1991, p. 677.

61. Een open norm die enkel gebaseerd is op rechtspraak, zou derhalve niet toegestaan zijn. Zie Patry, p. 591.

62. Zie Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, London 1987, p. 482 (hierna: 'Ricketson').

63. Wat is bijvoorbeeld het specifieke doel van de bepaling in artikel 24 Aw dat een schilder na overdracht van zijn auteursrecht op een werk gelijke schilderwerken mag blijven vervaardigen? Onderwijs? Eigen gebruik? Parodie?

het gebruik. Het fair use beginsel is derhalve niet in strijd met de eerste trede van de drietrapsraket. Bovendien zijn varianten op de drietrapsraket opgenomen in artikel 13 TRIPS-Verdrag en artikel 10 WIPO-Verdrag Auteursrecht. Terwijl de Verenigde Staten geen partij waren bij de onderhandelingen over artikel 9 lid 2 BC, waren ze dit wel in het geval van het TRIPS-Verdrag en het WIPO-Verdrag Auteursrecht. De suggestie dat de Amerikaanse fair use bepaling in strijd zou zijn met de drietrapsraket is voor zover ik weet door geen van de deelnemende partijen gewekt. Indien dit het geval zou zijn, zouden de Amerikanen bovendien beslist niet met deze bepalingen hebben ingestemd. Het mag dan ook niet verbazen dat de Amerikanen van mening zijn dat bijvoorbeeld artikel 13 TRIPS-Verdrag in overeenstemming is met hun fair use bepaling: "Article 13 widens the scope of article 9 (2) to all exclusive rights in copyright and related rights, thus narrowly circumscribing the limitations and exceptions that WTO member countries may impose. This approach is consistent with s. 107 relating to fair use of copyrighted works."⁶⁴ Saillant is in dit verband het advies van de 'WIPO Committee of Experts' aan de deelnemers aan de WIPO onderhandelingen van december 1996 over de interpretatie van artikel 9 lid 2 BC in digitale netwerkomgevingen. Zij stellen voor hierbij met een aantal criteria rekening te houden: "[T]he nature of the work copied, the extent of copying, the number of copies made, the nature of the entity which makes the copies, and the purpose of copying." Alhoewel uiteindelijk niets met deze suggestie is gedaan, is de overeenkomst met de fair use factoren opvallend. Indien in internationaal verband wordt voorgesteld bij de interpretatie van artikel 9 lid 2 BC rekening te houden met de fair use factoren, is het moeilijk vol te houden dat fair use in strijd is met de drietrapsraket.

Fair use of drietrapsraket?

Vlak voor het inleveren van de kopij voor dit stuk (26 september 1998), kreeg ik het advies van de Commissie Auteursrecht over auteursrecht en nieuwe media onder ogen.⁶⁵ In het zeer lezenswaardige 67 pagina's tellende advies aan de Minister van Justitie velt de Commissie een vernietigend oordeel over het Richtlijn-voorstel op onder meer de hierboven genoemde gronden. Ook de meerderheid van de Commissie meent dat de Aw aangevuld dient te worden met een open norm "waarop in een concreet geval een beroep kan worden gedaan als verweer tegen een vordering gebaseerd op inbreuk op auteursrecht (...) en waarbij alle betrokken belangen tegen elkaar kunnen worden afgewogen".⁶⁶ Als model voor deze open norm zou volgens de Commissie de drietrapsraket⁶⁷ kunnen dienen, welke in 'uitzonderlijke casu quo analoge gevallen'⁶⁸ door de rechter toegepast kan worden. Allereerst zij opgemerkt dat het gebruik van de uitdrukking 'casu quo' nogal eens tot misverstanden leidt.⁶⁹ Het is mij niet duidelijk of de Commissie hier uitzonderlijke of analoge gevallen bedoelt of uitzonderlijke in *welk* geval analoge gevallen. Indien de woorden van de Commissie in de zin van deze tweede betekenis van de uitdrukking 'casu quo' moeten worden uitgelegd, lijkt de Commissie ervan uit te

gaan dat er bij hantering van de open norm altijd moet worden aangesloten bij een bestaande wettelijke beperking. Dit lijkt mij niet wenselijk. Het Dior/Evora-arrest verplicht hier naar mijn mening evenmin toe.⁷⁰ Ook indien er geen sprake is van een analoge beperking in de Aw zou een open norm in uitzonderlijke gevallen de uitoefening van het auteursrecht moeten kunnen beperken. Wel zal aangesloten moeten worden bij het stelsel en de geest van de wet.⁷¹

In de tweede plaats vraag ik mij af of de rechter in een concreet geval goed met de drietrapsraket uit de voeten zal kunnen. In tegenstelling tot het fair use beginsel geeft de drietrapsraket de rechter weinig begeleiding bij zijn oordeelsvorming. Bovendien is er weinig bekend over de interpretatie van deze open norm en met name de tweede trede (geen afbreuk aan de normale exploitatie van het werk) kan te ruim worden geïnterpreteerd. Ricketson verstaat onder 'normale exploitatie' de exploitatie waarvoor de rechthebbende onder normale omstandigheden een vergoeding verwacht te ontvangen.⁷² Du Bois meent bovendien dat er sprake moet zijn van commerciële exploitatie.⁷³ Dit zijn tamelijk enge interpretaties. Dat is van belang, aangezien een te ruime definitie van de (potentiële) markt van het originele werk altijd tot schade aan de exploitatie zal leiden.⁷⁴ Het voordeel van een fair use analyse boven toepassing van de drietrapsraket is naar mijn mening dat een fair use analyse de rechter dwingt een aantal relevante factoren in overweging te nemen. Dit stelt de rechter in staat een genuanceerder oordeel te vellen. Hierdoor worden bijvoorbeeld niet-commerciële gebruiken van werken niet per definitie vrijgesteld. De rechter zal gedwongen worden rekening te houden met het doel van het gebruik, het karakter van het werk, de mate van marksubstitutie et cetera. Kort-

64. Zie Uruguay Round Agreements Act, *Statements of Administrative Action in Relation to Intellectual Property Rights*, H.R. Doc. 103316 Cong. 2d Sess. 656. Zie ook Ginsburg, 'Authors and Users in Copyright', *Journal of the Copyright Society of the USA*, 1997/1, 13.

65. Elders in dit nummer is een samenvatting van het advies opgenomen.

66. Advies Commissie Auteursrecht, p. 46.

67. In dit opzicht wijkt de elders in dit nummer opgenomen samenvatting van het advies af van het originele advies. In de samenvatting wordt opgemerkt: "De grootst mogelijke meerderheid van de commissie auteursrecht pleit voor een auteursrechtelijke 'fair-use' bepaling. Inspiratie kan worden geput uit de wetgeving van de Verenigde Staten of het Verenigd Koninkrijk." Alhoewel ik meer sympathie heb voor de weergave van het advies door samenvatter Arkenbout, ga ik hier uit van de tekst van het originele advies.

68. Advies Commissie Auteursrecht, p. 46.

69. In het verleden hebben Van Kooten en De Bie hier op de hun typerende wijze in het tv-programma 'Keek op de week' op gewezen.

70. Zie hierboven noot 23.

71. Vgl. HR 30 januari 1959. *NJ* 1959, 548 m.nt. DJV ('Quint/Te Poel').

72. Zie Ricketson, p. 483.

73. Zie Du Bois, 'Enkele gedachten over artikel 9 van de Berner Conventie', *Informatierecht/AMI* 1997/1, p. 3.

74. Hier werd hierboven bij de behandeling van de vierde fair use factor reeds op geattendeerd.

om, de rechter zal rekening moeten houden met de 'dynamische pluriformiteit'⁷⁵ van het concrete geval. Naar mijn mening zou een eventuele opname van de drietrapsraket in de Aw moeten worden aangevuld met een aantal factoren naar het model van de fair use factoren die de rechter in zijn overweging dient te betrekken. Dit bevordert de rechtszekerheid door dat inzicht wordt gegeven in de redenering van de rechter.

Conclusie

Nederland zal wederom de taak van gidsland op zich moeten nemen. Het huidige Richtlijn-voorstel deugt niet, zoveel mag duidelijk zijn. Indien het huidige voorstel wordt aangenomen, zal het auteursrechtelijk evenwicht nog verder worden verstoord. Vanaf de drukpers van Gutenberg tot het huidige tijdperk Gates ontleent het auteursrecht zijn bestaansrecht mede aan de gedachte dat het auteursrecht het ontstaan van werken stimuleert. Nu het digitale tijdperk tal van mogelijkheden biedt om nieuwe werken

te creëren, zou men aan het bestaansrecht van het auteursrecht niet behoeven te twijfelen. Een limitatief, specifiek geformuleerd stelsel van wettelijke beperkingen zal de creatie van nieuwe, oorspronkelijke werken echter belemmeren. Hierdoor zal de grond onder het auteursrecht wegzinken. De introductie van een open norm naar model van het Amerikaanse fair use beginsel biedt de rechter daarentegen een middel om zowel met de belangen van rechthebbenden als met de belangen van het publiek rekening te houden. Het zou de rechter een nieuw gewicht bieden om de auteursrechtelijke weegschaal in evenwicht te brengen.

Nu bestaat er binnen de Europese Unie de nodige koudwatervrees voor het Amerikaanse fair use beginsel. Je hoeft de term maar in de mond te nemen of men krimpt ineen. Nederland lijkt minder xenofob en zal derhalve de overige lidstaten van de merites van fair use moeten overtuigen. Daartoe zal de eerste stap aanpassing van de eigen Aw moeten zijn. Als het eerste schaap over de dam is, zal de rest spoedig volgen.

75. Deze term ontleen ik aan Grosheide, p. 302.