

[artikel AMI 2000/10]

DE WETTELIJKE BEPERKINGEN BEPERKT. DE WTO GEEFT DE DRIESTAPPENTOETS TANDEN

Op 27 juli 2000 deed het Dispute Settlement Body van de Wereldhandelsorganisatie een baanbrekende uitspraak over de ‘driestappentoets’ van art. 13 van het TRIPs-verdrag. Wettelijke beperkingen van het auteursrecht zijn slechts toegelaten in (1) bijzondere gevallen, voorzover zij (2) niet in strijd zijn met de normale exploitatie van het werk en (3) de legitieme belangen van de rechthebbende niet op onredelijke wijze schaden. Volgens het DSB voldoet een Amerikaanse wetsbepaling die het ten gehore brengen van muziek afkomstig van radio of televisie in horecagelegenheden en winkels binnen zekere grenzen vrijlaat, niet aan deze vereisten. De Verenigde Staten dienen hun auteurswet aan te passen. Wie volgt?

Inleiding

Er schuilt een sublieme ironie in het rapport dat het Dispute Settlement Body (DSB) van de Wereldhandelsorganisatie (WTO) op 27 juli 2000 heeft vastgesteld. In de eerste auteursrechtszaak die in het kader van de WTO-geschillenbeslechting tot een beslissing heeft geleid, worden de Verenigde Staten op verzoek van de Europese Gemeenschappen veroordeeld. Het land dat jarenlang als een schoolmeester de wereld de IE-les heeft gelezen (en met handelssancties bedreigd), en dat als geen ander voor het TRIPs-verdrag met zijn draconische beschermingsminima¹ geijverd heeft, wordt als een ordinaire piratennatie aan de schandpaal geknoopt. De Amerikaanse auteurswet voldoet niet aan TRIPs; de U.S. Copyright Act moet worden aangepast.

Al te veel leedvermaak is echter misplaatst; de beslissing zou ook voor ons land gevolgen kunnen hebben. Tot op heden heeft het TRIPs-verdrag, dat op 1 januari 1996 voor Nederland in werking is getreden, hier te lande voor weinig auteursrechtelijke opwinding gezorgd. Afgezien van het geharrewar over de vraag of het kort geding een ‘voorlopige maatregel’ is in de zin van art. 50 TRIPs, een kwestie waarvan het belang door de rechtspraak lange tijd is overschat,² is de heersende leer dat het verdrag voor het Nederlandse auteursrecht nauwelijks consequenties heeft gehad.³ Nederland is, om het populair te zeggen, ‘TRIPs-compliant’.⁴ Na de beslissing van het DSB rijst de vraag of er niet te vroeg gejuicht is.⁵

De beslissing lijkt met name van belang voor de implementatie van de Europese Auteursrechtlijn, die inmiddels in Nederland in volle gang is – ook al moet de

¹ W. Alexander, *De betrekkelijke waarde van de intellectuele eigendom* (oratie Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 21.

² Zie met name noot HJS bij Hof van Justitie 16 juni 1998, Zaak C-53/96, *NJ* 1998, 240 (Hermès/FHT).

³ TRIPs heeft wel tot minimale aanpassing van enkele strafbepalingen in de Auteurswet en de WNR geleid, Wet van 25 februari 1999, Staatsblad 1999, 110.

⁴ Zie bijv. N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, 4^{de} druk, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998, p. 221.

⁵ Cohen Jehoram spreekt van ‘zelfgenoegzaamheid’, H. Cohen Jehoram, ‘Auteursrecht in TRIPs’, *Informatierecht/AMI* 1995, p. 123 l.k.

richtlijn nog in tweede lezing door het Europese Parlement worden aanvaard.⁶ In navolging van art. 13 TRIPs en het daarop geïnspireerde artikel 10 lid 2 van het WIPO Auteursrechtverdrag verplicht artikel 5 lid 5 van de Richtlijn de lidstaten alle huidige en toekomstige wettelijke beperkingen aan de driestappentoets te onderwerpen.⁷ De panelbeslissing biedt de lidstaten, de nationale rechters en het Hof van Justitie hierbij een richtsnoer.

In dit artikel wordt de beslissing van het DSB samengevat en becommentarieerd. Het totale rapport beslaat niet minder dan 69 bladzijden, bijlagen niet meegerekend; de redactie van dit blad heeft er dan ook van afgezien het te publiceren.⁸ In deze beschouwing zullen de belangrijkste passages uit de beslissing worden aangehaald. Hieraan vooraf gaat een korte uitleg van de geschillenbeslechtingprocedure in het kader van de WTO. Het artikel wordt afgesloten met enkele opmerkingen over de mogelijke gevolgen van de beslissing voor de nationale wetgever.

TRIPs en de beslechting van geschillen

Het belang van het TRIPs-verdrag is niet primair gelegen in de inhoud van de materiële verdragsbepalingen.⁹ TRIPs verplicht de aangesloten landen ('leden') tot niet veel meer dan het naleven van de belangrijkste verdragen op het terrein van de intellectuele eigendom. Voor het auteursrecht is dat de Berner Conventie; op grond van artikel 9 lid 1 TRIPs dienen de leden de artikelen 1 tot en met 21 van de Conventie (met uitzondering van artikel 6bis – de morele rechten) te respecteren. Daarnaast voorziet TRIPs in enkele 'nieuwe' minimumrechten, waaronder de auteursrechtelijke bescherming van computerprogrammatuur en databanken (art. 10 TRIPs); geen van deze rechten brengen voor de Europese Unie overigens iets nieuws. Een materieelrechtelijke nieuwigheid is wél art. 13 TRIPs, de bepaling die in de panelbeslissing centraal staat. Anders dan art. 9 lid 2 BC, dat enkel ziet op het reproductierecht, geldt de driestappentoets van art. 13 voor *alle* exploitatierechten.

Wat TRIPs zoveel belangrijker maakt dan de bestaande IE-verdragen is de mogelijkheid van verdragsrechtelijke handhaving. De Uruguayronde van het GATT, waaraan wij de WTO en TRIPs hebben te danken, heeft een procedure voor geschillenbeslechting opgeleverd die het mogelijk maakt nalatige 'leden' tot de orde te roepen, en desnoods met economisch geweld (handelssancties) tot naleving van hun verdragsverplichtingen te dwingen. Voor het auteursrecht betekent TRIPs de Berner Conventie met tanden.

⁶ Het Ministerie van Justitie heeft inmiddels een speciale web site ingericht, www.minjust.nl/auteursrecht. Zie ook E.J. Arkenbout, 'Nieuw auteursrecht op komst', *Informatierecht/AMI* 2000, p. 125.

⁷ Artikel 5 lid 5 van de Auteursrechtrichtlijn (Gemeenschappelijk Standpunt) luidt als volgt: 'De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde uitzonderingen en beperkingen mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of andere zaken en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.'

⁸ World Trade Organization, Panel Report, Case WT/DS/160/1. De volledige uitspraak is te vinden op http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distab_e.htm.

⁹ Voor een uitvoerig commentaar op het verdrag zie D. Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, Londen: Sweet & Maxwell 1998. Zie voorts Hannu Wager, 'Substantive Copyright Law in TRIPs', in: H. Cohen Jehoram e.a. (red.), *Trade-Related Aspects of Copyright*, Deventer: Kluwer 1996, p. 31-40.

Het voert te ver in dit artikel de geschillenbeslechtsprocedure uitvoerig te schetsen.¹⁰ In het kort komt zij er op neer dat een WTO-lid jegens een medelid een klacht kan indienen. Indien onderling overleg en bemiddeling door de directeur-generaal van de WTO zonder resultaat blijven, wordt op verzoek van de klagende partij door het Dispute Settlement Body (in feite de Algemene Raad van de WTO) een 'panel' van experts in het leven geroepen, dat partijen en eventueel deskundigen hoort en binnen zes maanden na de initiële klacht een uitgebreid rapport uitbrengt. Het DSB neemt het rapport uiterlijk 60 dagen later automatisch aan, tenzij het rapport met algemene stemmen wordt verworpen. Beroep tegen een panelbeslissing is mogelijk.

Nadat het rapport onherroepelijk is vastgesteld, en overtreding van een verdragsverplichting is geconstateerd, krijgt het gedaagde land de gelegenheid binnen een redelijke termijn orde op zaken te stellen. Indien het daarin niet slaagt, kan het DSB het klagende lid toestemming geven tot het opleggen van een handelssanctie. Dergelijke sancties liggen bij voorkeur op het terrein van het dispuut, maar vergelding mag eventueel ook elders worden gezocht. In de zogeheten 'bananenoorlog', waarin de Europese Gemeenschappen het onderspit hebben gedolven, heeft Ecuador op 18 mei 2000 van het DSB toestemming gekregen een deel van haar TRIPs-verplichtingen jegens Europa op te schorten. Als straf voor de bananenbelasting mogen Europese naburige rechten in Ecuador tijdelijk worden geschonden.¹¹ De commercialisering van de intellectuele eigendom neemt soms potsierlijke vormen aan.

De procedure die geresulteerd heeft in de beslissing van 27 juli 2000 werd ingeleid door een klacht van de E.G. Na mislukte onderhandeling en bemiddeling werd op 15 april 1999 om het instellen van een panel gevraagd. Het rapport werd op 15 juni 2000 wereldkundig gemaakt, en op 27 juli 2000 formeel door het DSB vastgesteld.¹² De Verenigde Staten hebben afgezien van appel en aangekondigd de auteurswet binnen vijftien maanden aan te passen.

De 'Fairness in Music Licensing Act'

Inzet van het geschil was artikel 110(5) van de Amerikaanse auteurswet (U.S. Copyright Act, verder: 'USCA'), zoals gewijzigd door de 'Fairness in Music Licensing Act' van 1998. Artikel 110(5) USCA voorziet, kort samengevat, in een wettelijke beperking van het uitsluitend recht tot openbare uitvoering van muziekwerken ten gunste van café- en restaurantbedrijven en andere ondernemingen waar op publiek toegankelijk plaatsen radio's of televisies te horen zijn. Artikel 110(5)(B)¹³ laat toe:

¹⁰ Zie de beschrijving op de web site van de WTO, www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm. Uitvoerig: F. Weiss, 'International Public Law Aspects of TRIPS', in: H. Cohen Jehoram e.a. (red.), *Trade-Related Aspects of Copyright*, Deventer: Kluwer 1996, p. 19-29. Kritisch: M/C.E.J. Bronckers, *Betere regels voor een nieuw millennium. Een pleidooi tegen ondemocratische ontwikkelingen in de WTO* (oratie Leiden), p. 8-10.

¹¹ Zaak WT/DS27 (Ecuador e.a. vs. E.G.); de maatregel betreft de volgende onderdelen van TRIPs: art. 14 (naburige rechten), Titel 3 (geografische herkomstaanduidingen) en Titel 4 (modellen).

¹² Het panel was samengesteld uit drie leden: mw Carmen Luz Guarda (voorzitter) en de heren Arumugamangalam V. Ganesan en Ian F. Sheppard. Het panel werd bijgestaan door het WTO-secretariaat.

¹³ Punt van geschil was tevens artikel 110(5)A, de zogenoemde 'homestyle exemption'. Deze beperking laat toe het gebruik van normale ('homestyle') ontvangapparatuur in openbare gelegenheden. Aangezien deze beperking slechts ziet op het ten gehore brengen van dramatisch-muzikale werken (musicals en opera's) en derhalve vrijwel geen praktische betekenis heeft, wordt hieraan in deze beschouwing verder voorbij gegaan. Weinig verrassend concludeert het panel dat de 'homestyle exemption' wél aan (alle criteria van) de driestappentoets voldoet.

‘communication by an establishment of a transmission or retransmission embodying a performance or display of a nondramatic musical work intended to be received by the general public, originated by a radio or television broadcast station licensed as such by the Federal Communications Commission, or, if an audiovisual transmission, by a cable system or satellite carrier, if—

(i) in the case of an establishment other than a food service or drinking establishment, either the establishment in which the communication occurs has less than 2,000 gross square feet of space (excluding space used for customer parking and for no other purpose), or the establishment in which the communication occurs has 2,000 or more gross square feet of space (excluding space used for customer parking and for no other purpose) and—

(I) if the performance is by audio means only, the performance is communicated by means of a total of not more than 6 loudspeakers, of which not more than 4 loudspeakers are located in any 1 room or adjoining outdoor space; or

(II) if the performance or display is by audiovisual means, any visual portion of the performance or display is communicated by means of a total of not more than 4 audiovisual devices, of which not more than 1 audiovisual device is located in any 1 room, and no such audiovisual device has a diagonal screen size greater than 55 inches, and any audio portion of the performance or display is communicated by means of a total of not more than 6 loudspeakers, of which not more than 4 loudspeakers are located in any 1 room or adjoining outdoor space;

(ii) in the case of a food service or drinking establishment, either the establishment in which the communication occurs has less than 3,750 gross square feet of space (excluding space used for customer parking and for no other purpose), or the establishment in which the communication occurs has 3,750 gross square feet of space or more (excluding space used for customer parking and for no other purpose) and—

(I) if the performance is by audio means only, the performance is communicated by means of a total of not more than 6 loudspeakers, of which not more than 4 loudspeakers are located in any 1 room or adjoining outdoor space; or

(II) if the performance or display is by audiovisual means, any visual portion of the performance or display is communicated by means of a total of not more than 4 audiovisual devices, of which not more than one audiovisual device is located in any 1 room, and no such audiovisual device has a diagonal screen size greater than 55 inches, and any audio portion of the performance or display is communicated by means of a total of not more than 6 loudspeakers, of which not more than 4 loudspeakers are located in any 1 room or adjoining outdoor space;

(iii) no direct charge is made to see or hear the transmission or retransmission;

(iv) the transmission or retransmission is not further transmitted beyond the establishment where it is received; and

(v) the transmission or retransmission is licensed by the copyright owner of the work so publicly performed or displayed; [...]

Inderdaad, de Amerikaanse auteurswet heeft méér te bieden dan *fair use*. De wet bevat daarnaast allerlei specifieke, meestal zeer gedetailleerde beperkingen ten behoeve van gebruikersgroepen waarvan niet veel meer te zeggen valt dan dat zij goed gelobbyd hebben. Zo voorziet de Copyright Act tevens in beperkingen ten gunste van organisatoren van landbouwmanifestaties (art. 110(6) USCA) en feestavonden van oud-militairen (art. 110(10) USCA).

Artikel 110(5)(B) (de zogenoemde ‘business exemption’) is in 1998 op aandringen van de Amerikaanse horeca en detailhandel wet geworden. De bepaling strekt er toe de exploitanten van winkels, café- en restaurantbedrijven vrij te stellen van de betaling van muziekrechten voorzover zij muziek afkomstig van radio of televisie in hun bedrijven in het openbaar ten gehore brengen. Merk op dat in Nederland dergelijke bedrijven normaliter tot betaling van auteursrechtvergoedingen (aan BUMA) zijn verplicht. Alleen voor de naburige rechten van de omroeporganisaties geldt een beperking tenzij door de (horeca)exploitant entreegeld wordt geheven.¹⁴

¹⁴ Art. 8 lid 1 sub d WNR, zoals gewijzigd bij Wet van 21 februari 1997, Stb. 1997, 120.

Om voor de vrijstelling van artikel 110(5)(B) in aanmerking te komen, mogen de bedrijven een bepaald vloeroppervlakte (3750 voet² voor cafés en restaurants, 2000 voet² voor andere bedrijven) niet te boven gaan. Doen zij dat toch, dan is het aantal luidsprekers c.q. televisieschermen gemaximeerd. Zoals blijkt uit de cijfers die in het panelrapport worden gepresenteerd, voldoet naar schatting 70% van de Amerikaanse restaurants, 73% van de cafébedrijven en 45% van de winkelbedrijven aan de gestelde vloeroppervlaktelimieten (§ 2.12). Het percentage zaken dat van de beperking daadwerkelijk kan profiteren ligt derhalve nog hoger.

Naar het oordeel van de E.G. is de 'business exemption' in strijd met art. 11bis lid 1 sub 3 (openbaarmaking van radio-uitzendingen via luidsprekers) en art. 11 lid 1 sub 2 (openbare overbrenging van uitvoeringen) van de Berner Conventie, en daardoor met het TRIPs-verdrag. De Verenigde Staten beroepen zich op art. 13 TRIPs; volgens de V.S. is in casu aan alle criteria van de driestappentoets voldaan.

Het grootste deel van de panelbeslissing wordt besteed aan de toetsing, stap voor stap, van de 'business exemption' aan art. 13 TRIPs. Daaraan vooraf gaat de behandeling van enkele voorvragen die hier slechts summier besproken kunnen worden. Geldt art. 13 TRIPs eigenlijk wel voor de minimumrechten van de Berner Conventie die in het TRIPs-verdrag geïncorporeerd zijn, of alleen voor 'nieuwe' TRIPs-rechten? Het panel meent, gelet op de tekst van de bepaling en de wordingsgeschiedenis van TRIPs, dat art. 13 wel degelijk op BC-rechten betrekking heeft (§ 6.80). En hoe verhoudt art. 13 TRIPs zich tot het leerstuk van de 'minor exceptions' ('petites reservations'), de ongeschreven regel dat de Berner Conventie ook enige ruimte laat voor wettelijke beperkingen die niet met zoveel woorden in het verdrag worden genoemd?¹⁵ Het panel constateert dat de verdragstaten het er tijdens de herziening van de BC in Brussel (1948) over eens waren, dat art. 11 bis BC ruimte laat voor dergelijke beperkingen (§ 6.52).¹⁶ Het panel concludeert dan ook dat de B.C. met inbegrip van deze 'minor exceptions' in het TRIPs-verdrag geïncorporeerd is (§ 6.63). Anders dan de E.G. betogen, kunnen dergelijke 'minor exceptions' ook op commercieel gebruik betrekking hebben (§ 6.58).

Het panel laat echter in het midden of artikel 13 TRIPs méér ruimte laat voor wettelijke beperkingen dan op grond van de 'minor exceptions' regel onder de B.C. reeds was toegelaten. Volgens de E.G. zou dit in strijd zijn art. 2 lid 2 TRIPs, dat uitdrukkelijk bepaalt dat het TRIPs-verdrag geen afbreuk doet aan verplichtingen uit hoofde van de Berner Conventie. Omgekeerd verbiedt art. 20 BC de unielanden onderling verdragen af te sluiten waardoor het beschermingsniveau zou worden verlaagd (§ 6.76-6.77).¹⁷ Omdat het Amerikaanse wetsartikel de toetsing aan art. 13 TRIPs niet overleeft, hoeft het panel zich over deze principiële kwestie niet uit te laten (§ 6.82).

De driestappentoets getoetst

Resteert de hamvraag: voldoet de 'Fairness in Music Licensing Act' aan de driestappentoets? Art. 13 TRIPs luidt als volgt:

¹⁵ Zie S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, Londen: Queen Mary College 1987, p. 532-537; Gervais (noot 9), p. 90.

¹⁶ Het Algemeen Rapport van de Brusselse Revisieconferentie noemt onder meer beperkingen voor religieuze ceremonies (vgl. art. 17c Auteurswet), militaire kapellen en educatief gebruik. Zie § 6.52, noot 61 van het panelrapport.

¹⁷ Aldus ook Gervais (noot 9), p. 89, die concludeert dat art. 13 TRIPs 'does not create new exceptions.'

‘De Leden houden beperkingen van of uitzonderingen op uitsluitende rechten beperkt tot bepaalde bijzondere gevallen die niet in strijd zijn met de normale exploitatie van het werk en de legitieme belangen van de bezitter van het recht niet op onredelijke wijze schaden.’

In afwijking van art. 9 lid 2 BC, de oerversie van de driestappentoets die slechts op het reproductierecht betrekking heeft, ziet art. 13 TRIPs op *alle* uitsluitende rechten. Dat geldt ook voor beide bepalingen waarvoor artikel 13 model heeft gestaan: art. 10 lid 2 van het WIPO Auteursrechtverdrag en art. 5 lid 5 van de Auteursrechtrichtlijn.

Het panel begint zijn toetsingsoperatie met een algemeen credo; beperkingen dienen beperkt te zijn:

‘It may be noted at the outset that Article 13 cannot have more than a narrow or limited operation. Its tenor, consistent as it is with the provisions of Article 9(2) of the Berne Convention (1971), discloses that it was not intended to provide for exceptions or limitations except for those of a limited nature (§ 6.97).’¹⁸

Vervolgens past het panel stap voor stap de toetsingscriteria van art. 13 TRIPs toe: (1) ‘bepaalde bijzondere gevallen’, (2) geen strijd met ‘de normale exploitatie’ van een werk, en (3) geen ‘onredelijke’ schade aan de ‘legitieme belangen’ van de rechthebbende.

Stap 1: ‘Bepaalde bijzondere gevallen’

De meest uitvoerige en interessante overwegingen van het panelrapport betreffen de vraag wanneer sprake is van een ‘bepaald bijzonder geval’ (‘certain special case’) in de zin van art. 13 TRIPs. Uit het woord ‘certain’ leidt het panel af dat een beperking uit een oogpunt van rechtszekerheid goed gedefinieerd moet zijn. Dat betekent echter niet dat er geen ruimte zou bestaan voor open geformuleerde beperkingen:

‘[...] there is no need to identify explicitly each and every possible situation to which the exception could apply, provided that the scope of the exception is known and particularised. This guarantees a sufficient degree of legal certainty’ (§ 6.108).

Onder ‘bijzonder’ (‘special’) verstaat het panel ‘uitzonderlijk’. ‘In other words, an exception or limitation should be narrow in quantitative as well as a qualitative sense’ (§ 6.109).

Zeer belangrijk is de overweging van het panel dat art. 13 TRIPs niet eist, dat het met de beperking nagestreefde beleidsdoel naar objectieve maatstaven door de beugel kan, zoals door de E.G. bepleit.

‘In our view, the first condition of Article 13 requires that a limitation or exception in national legislation should be clearly defined and should be narrow in its scope and reach. On the other hand, a limitation or exception may be compatible with the first condition even if it pursues a special purpose whose underlying legitimacy in a normative sense cannot be discerned. The wording of Article 13’s first condition does not imply passing a judgment on the legitimacy of the exceptions in dispute’ (§ 6.112).

Na deze inleidende beschouwingen, kan het oordeel van het panel over het Amerikaanse wetsartikel niet meer verbazen. Artikel 110(5)(B) USCA is weliswaar duidelijk gedefinieerd, maar beslist geen ‘bijzonder’ geval. De wordingsgeschiedenis van art. 11bis lid 1 sub 3 BC wijst uit dat het uitsluitende recht zich dient uit te strekken tot (secundaire) openbaarmaking in restaurantbedrijven (§ 6.131). Uit de diverse aan het panel overgelegd studies blijkt echter dat een meerderheid van de café- en restaurantbedrijven en bijna de helft van de detailhandelaren van de beperking kunnen profiteren. Of dit daadwerkelijk het geval is, is volgens het panel niet relevant; beslissend is de potentiële reikwijdte van de beperking (§ 6.127).

¹⁸ Hiermee is niet gezegd dat wettelijke beperkingen door de nationale rechter beperkt dienen te worden uitgelegd.

'We note that, according to its preparatory works, Article 11*bis*(iii) of the Berne Convention (1971) was intended to provide right holders with a right to authorize the use of their works in the types of establishments covered by the exemption contained in Section 110(5)(B). Specifically, the preparatory works for the 1948 Brussels Conference indicate that the establishments that were intended to be covered were places "above all, where people meet: in the cinema, in restaurants, in tea rooms, railway carriages ...". The preparatory works also refer to places such as factories, shops and offices. We fail to see how a law that exempts a major part of the users that were specifically intended to be covered by the provisions of Article 11*bis*(1)(iii) could be considered as a *special* case in the sense of the first condition of Article 13 of the TRIPS Agreement (§ 6.131). [...]Therefore, we conclude that the exemption does not qualify as a "certain special case" in the meaning of the first condition of Article 13' (§ 6.133).

Kortom: het Amerikaanse wetsartikel strandt al op de eerste horde. Desondanks toetst het panel, bij wijze van *obiter dictum*, ook aan de twee overige factoren van de driestappentoets. En dat levert nog veel meer stof tot overpeinzing op.

Stap 2: Geen strijd met 'de normale exploitatie' van het werk

De toetsingsoperatie wordt voortgezet met een onderzoek naar de vraag of de beperking strijdt met de normale exploitatie van het werk. Onder exploitatie van muziekwerken verstaat het panel 'the activity by which copyright owners employ the exclusive rights conferred on them to extract economic value from their rights to those works' (§ 6.165). De term 'normaal' heeft volgens het panel twee connotaties; enerzijds een empirische betekenis ('gewoon' of 'gebruikelijk'), anderzijds een meer normatieve of dynamische connotatie ('conforming to a type or standard'). Het panel interpreteert de term in beide betekenissen (§ 6.166).

Duidelijk is dat het criterium van 'normale exploitatie' niet inhoudt dat de rechthebbende zijn exploitatierechten ten volle moet kunnen benutten; anders zou art. 13 TRIPs zinledig zijn (§ 6.167). De vraag is echter: moet eventuele strijd met normale exploitatie worden afgemeten aan het auteursrecht in zijn volle omvang of aan ieder, door TRIPs (c.q. de Berner Conventie) afzonderlijk gewaarborgd exploitatierecht? De Verenigde Staten verdedigen de eerste opvatting.

'In the US view, it is necessary to look to the ways in which an author might reasonably be expected to exploit his work in the normal course of events, when one determines what constitutes a normal exploitation. In this respect, it is relevant that Article 13 does not refer to particular specific rights but to "the work" as a whole. This implies that, in examining an exception under the second condition, consideration should be given to the scope of the exception *vis-à-vis* the panoply of all the rights holders' exclusive rights, as well as *vis-à-vis* the exclusive right to which it applies. In its view, the most important forms of exploitation of musical works, namely, "primary" performance and broadcasting, are not affected by either subparagraph of Section 110(5). The business and homestyle exemptions only affect what the United States considers "secondary" uses of broadcasts, and that too, subject to size and equipment limitations. In the US view, right holders normally obtain the main part of their remuneration from "primary" uses and only a minor part from "secondary" uses' (§ 6.168).

Volgens de V.S. zal een (eventueel vergaande) beperking van een secundair recht niet conflicteren met de normale exploitatie van het werk, zolang de primaire rechten maar grotendeels intact blijven. De E.G. bestrijden deze opvatting:

'For the European Communities, there are no "secondary" rights and the exclusive rights provided for in Articles 11*bis*(1)(iii) and 11(1)(ii) of the Berne Convention (1971) are all equally important separate rights' (§ 6.169).

Het panel sluit zich hierbij aan:

'We agree with the European Communities that whether a limitation or an exception conflicts with a normal exploitation of a work should be judged for each exclusive right individually. We recall that this dispute primarily concerns the exclusive right under Article 11*bis*(1)(iii) of the Berne Convention (1971) as incorporated into the TRIPS Agreement, but also the exclusive right under Article 11(1)(ii). In our

view, normal exploitation would presuppose the possibility for right holders to exercise separately all three exclusive rights guaranteed under the three subparagraphs of Article 11bis(1), as well as the rights conferred by other provisions, such as Article 11, of the Berne Convention (1971). If it were permissible to limit by a statutory exemption the exploitation of the right conferred by the third subparagraph of Article 11bis(1) simply because, in practice, the exploitation of the rights conferred by the first and second subparagraphs of Article 11bis(1) would generate the lion's share of royalty revenue, the "normal exploitation" of each of the three rights conferred separately under Article 11bis(1) would be undermined' (§ 6.173).

Een bijkomend argument vindt het panel in de omstandigheid dat de door de artikelen 11bis and 11 BC beschermde rechten apart overdraag- of licentieerbaar zijn; in de praktijk zijn afzonderlijke rechtenorganisaties met de exploitatie ervan belast (§ 6.173, noot 155). Kortom: wettelijke beperkingen dienen in hun effecten op ieder door het verdrag erkend exploitatierecht afzonderlijk getoetst te worden.¹⁹

Vervolgens doemt het lastigste gedeelte van de toetsingsoperatie op. Hoe te beoordelen wat 'normale exploitatie' van een werk in de praktijk inhoudt? Volgens de Verenigde Staten vergt dit een economisch onderzoek naar de omvang van de door de rechthebbenden ten gevolge van de beperking gederfde inkomsten. Daarbij dient getoetst te worden aan hetgeen de rechthebbende van de markt zou mogen verwachten.²⁰ Gebruik waarvan de rechthebbende normaliter geen inkomsten verwacht is geen 'normale exploitatie' (§ 6.177). Het panel sluit zich bij deze gedachte aan, maar alleen voorzover het de empirische connotatie van 'normaal' betreft (§ 6.178). Uitgaande van de 'normatieve' betekenis van het begrip dient ook gekeken te worden naar 'those forms of exploitation which, with a certain degree of likelihood and plausibility, could acquire considerable economic or practical importance' (§ 6.180).

Het begrip 'normale exploitatie' is derhalve niet beperkt tot de actuele exploitatiepraktijk, die uiteraard door het bestaan van de beperking in belangrijke mate beïnvloed wordt (vgl. § 6.188). In zoverre is de door de V.S. bepleite maatstaf circulair. Ook de door de beperking aan de rechthebbenden ontnomen *potentiële* (deel)markten dienen in de toets te worden betrokken (§ 6.184).

Wat betekent dit voor de exploitatie van muziekwerken? Het panel concludeert: '[...] in respect of the exclusive rights related to musical works, we consider that normal exploitation of such works is not only affected by those who actually use them without an authorization by the right holders due to an exception or limitation, but also by those who may be induced by it to do so at any time without having to obtain a licence from the right holders or the CMOs representing them. Thus we need to take into account those whose use of musical works is free as a result of the exemptions, and also those who may choose to start using broadcast music once its use becomes free of charge' (§ 6.186).

In de door het panel gevolgde normatief-dynamische interpretatie past het eveneens rekening te houden met toekomstige technologische en economische ontwikkelingen. 'What is a normal exploitation in the market-place may evolve as a result of technological developments or changing consumer preferences' (6.187).

Na deze algemene beschouwingen kan het vonnis over de 'business exemption' ten tweede male worden geveld. Een uitvoerig betoog van de Verenigde Staten dat de bedrijven waarop de beperking ziet in het verleden niet of nauwelijks voor

¹⁹ Voor de Nederlandse wetgever, gewend aan zeer ruime geformuleerde exploitatierechten (openbaar maken en veelevoudigen) is het bij het formuleren van wettelijke beperkingen dus oppassen geblazen.

²⁰ Aldus ook Ricketson (noot 15), p. 483.

muziekgebruik hebben betaald, zodat de rechthebbenden geen reële schade hebben geleden, vermag het panel niet vermurwen. Ook de voorspelling dat veel bedrijven de knoppen van hun radio- of televisietoestellen zullen omdraaien indien zij vergoedingen moeten gaan betalen, maakt geen indruk. Het panel constateert nogmaals dat het aantal door de beperking vrijgestelde bedrijven zeer groot is, en een aanzienlijke potentiële bron van royalties vormt (§ 6.206). Verder wordt opgemerkt dat deze bedrijven in de praktijk wél voor 'live' muziek of voor het afspelen van CDs en banden worden aangeslagen; het panel ziet niet in waarom het versterken van radiomuziek niet als 'normale exploitatie' zou zijn aan te merken, terwijl het gebruik van muziekdragers dat wel is (§ 6.207). Daarbij wordt gewezen op mogelijke substitutie-effecten; de 'business exemption' nodigt de bedrijven uit van 'live' of CD over te schakelen op radiomuziek (§ 6.209). De conclusie is onvermijdelijk: de 'business exemption' conflicteert met de normale exploitatie van het werk (§ 6.211).

Stap 3: Geen 'onredelijke' schade

De toetsing aan het derde criterium van art. 13 TRIPs stelt na het voorgaande teleur. Hieraan is de overlap tussen de tweede en de derde stap ongetwijfeld debet; in beide criteria speelt het economische schadebegrip een grote rol.

Er van uitgaande dat de belangen van de rechthebbenden in casu 'legitiem' zijn, beperkt het panel zich tot de vraag wat onder 'onredelijke schade' ('unreasonable prejudice') is te verstaan. Het panel stelt daarbij voorop dat een zekere hoeveelheid schade acceptabel is:

'[...] a certain amount of "prejudice" has to be presumed justified as "not unreasonable". In our view, prejudice to the legitimate interests of right holders reaches an unreasonable level if an exception or limitation causes or has the potential to cause an unreasonable loss of income to the copyright owner (§ 6.229).'

De beoordeling van de door de (Europese) rechthebbenden geleden schade verloopt vervolgens langs dezelfde lijnen als de toetsing aan de tweede stap ('normale exploitatie'). Opnieuw wordt gewezen op potentiële schade en substitutie-effecten. Verder strooien beide partijen met allerlei cijfers waaruit de (geringe c.q. enorme) omvang van de schade zou moeten blijken. Het panel is van geen van deze getallen onder de indruk, maar acht uiteindelijk de V.S. niet geslaagd in het bewijs dat de 'business exemption' aan het derde criterium voldoet. De Amerikaanse auteurswet is op alle onderdelen van de driestappentoets gezakt.

Slot

Het belang van de WTO-beslissing is met dat al moeilijk te overschatten. De driestappentoets, die lange tijd een vage abstractie leek en slechts in de handboeken enige contouren kreeg, is voor de wetgevings- en rechtspraktijk geoperationaliseerd. De WTO formuleert concrete regels waarmee nationale wetgevers bij het ontwerpen van wettelijke beperkingen rekening hebben te houden. De door het panel ontwikkelde criteria zullen niet alleen voor wetgevers en toekomstige WTO-panels als leidraad dienen, maar ongetwijfeld ook richtinggevend zijn voor het Europese Hof van Justitie bij de toepassing van art. 5 lid 5 van de Auteursrechtverrichtlijn, dat door art. 13 TRIPs geïnspireerd is.

Welke lessen zijn er voor wetgevers en rechters uit de panelbeslissing te trekken? Allereerst dat een wettelijke beperking een door de Berner Conventie of het TRIPs-verdrag gewaarborgd exclusief recht niet in de kern mag aantasten. Gezien de nogal fragmentarische wijze waarop de uitsluitende rechten in de Conventie zijn gecodificeerd, leidt dat tot een zekere willekeur. ‘Kleinere’ rechten die afzonderlijke vermelding in de B.C. hebben gekregen, zoals het secundaire openbaarmakingsrecht dat in deze zaak centraal stond, zijn moeilijker te beperken dan ‘grotere’ rechten, zoals het reproductierecht van art. 9 lid 1 BC c.q. art. 2 Auteursrechtlijn.

Uiteraard zullen de Europese lidstaten zich bij de toepassing van de driestappentoets in eerste instantie laten leiden door de lijst van toegestane beperkingen in artikel 5 leden 2 en 3 van de Auteursrechtlijn, een ‘boodschappenlijst’ van niet minder dan 21 mogelijke beperkingen (waarop een ‘business exemption’ overigens niet voorkomt). De lijst verleent aan een opgenomen beperkingsmogelijkheid een zeker bewijs van goedkeuring, dat suggereert dat een wettelijke beperking die binnen het genormeerde kader blijft aan de driestappentoets voldoet. Maar beslissend zijn de bewoordingen van artikel 5 leden 2 en 3 van de richtlijn niet. Iedere door de lidstaten toe te passen c.q. te handhaven beperking zal afzonderlijk aan de driestappentoets moeten worden onderworpen.

Een belangrijke uitkomst van de panelbeslissing is dat de toets geen eisen stelt aan het doel (de ratio) van een wettelijke beperking. Art. 13 TRIPs voorziet niet in een proportionaliteits- en legitimiteitseis; de nationale wetgever hoeft niet aan te tonen dat een wettelijke beperking ‘noodzakelijk is in een democratische samenleving’ om bepaalde legitieme belangen te dienen, zoals (omgekeerd) wel geldt voor wettelijke beperkingen van de informatievrijheid (art. 10 lid 2 EVRM).

Belangrijk is ook de conclusie dat art. 13 TRIPs kennelijk ruimte laat voor open geformuleerde wettelijke beperkingen. Dat is goed nieuws voor de Nederlandse wetgever, die graag met open normen werkt en zelfs heeft gepleit voor invoering van een ‘auteursrechtelijke hardheidsclausule’.²¹ In dit verband rijst onmiddellijk de vraag of de zeer ruim geformuleerde Amerikaanse *fair use* regel (art. 107 USCA) met art. 13 TRIPs in overeenstemming is.²² Volgens het panel dient een wettelijke beperking voldoende ‘narrow’ te zijn, een criterium waaraan art. 107 USCA op het eerste gezicht niet lijkt te voldoen. Hier staat tegenover dat de Amerikaanse rechtspraak, waaruit het leerstuk van de *fair use* is voortgekomen, de contouren van *fair use* in de loop der jaren vrij helder heeft getrokken. Volgens Alberdingk Thijm kan artikel 107 USCA de toets aan TRIPs stellig doorstaan. Hij wijst er onder meer op dat de Amerikaanse wetgever er tijdens de ratificatie van de WTO-verdragen van overtuigd was dat art. 107 USCA met artikel 13 TRIPs in overeenstemming zou zijn. Het lijkt inderdaad niet erg waarschijnlijk dat de

²¹ Brief van de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, ‘s-Gravenhage, 10 mei 1999, Kamerstukken (TK) 1998-1999, 26538, nr. 1. Het idee van een open geformuleerde, algemene wettelijke beperking zal na kennisneming van de gesloten lijst van art. 5 leden 2 en 3 Auteursrechtlijn inmiddels zijn verlaten.

²² Volgens Cohen Jehoram voldoet de regel niet aan de driestappentoets van art. 9 lid 2 BC, H. Cohen Jehoram, noot onder HR 22 juni 1990, *Ars Aequi* 1991, p. 677; id., *Informatierecht/AMI* 1998, p. 175.

Verenigde Staten anders met het verdrag zouden hebben ingestemd;²³ fair use is, anders dan de 'business exemption', voor de Amerikanen een heilige koe.

Zeer belangrijk zijn, tenslotte, de overwegingen van het panel over de 'normale exploitatie' van het werk. Het panel kiest voor een dynamische interpretatie van dit begrip. Bij de beoordeling van de economische effecten van een beperking dienen bestaande én potentiële markten in ogenschouw te worden genomen. Daarbij dient rekening te worden gehouden met toekomstige commerciële en technologische ontwikkelingen. Deze overwegingen werpen hun schaduwen vooruit op de actuele discussies over de reikwijdte van het auteursrecht in de digitale omgeving.²⁴ Het Internet schept onvermoede nieuwe mogelijkheden allerlei gebruiksvormen die nimmer exploitabel leken, privé-gebruik daaronder begrepen, auteursrechtelijk te belasten. Als al die vormen te zijner tijd 'normale exploitatie' zullen gaan heten, is het met de wettelijke beperkingen op den duur gedaan. De tijd zal leren of de WTO op 27 juli 2000 inderdaad het begin van het einde van de wettelijke beperkingen heeft ingeluid.

²³ Chr. A. Alberdingk Thijm, 'Fair use; het auteursrechtelijk evenwicht hersteld', *Informatierecht/AMI* 1998, p. 153 l.k., tevens te vinden op: <http://www.ivir.nl/Publicaties/CATh-FairUse.doc>.

²⁴ Zie P. Bernt Hugenholtz (ed.), *Copyright and Electronic Commerce*, Kluwer Law International: London/The Hague/Boston 2000.