

Mr. Chr.A. Alberdingk Thijm*

Brief naar het front: nieuws en fair use

De Nederlandse regering heeft in een brief aan de Tweede Kamer haar auteursrechtbeleid voor de komende jaren gepresenteerd. De regering volgt in grote lijnen het advies van de door haar benoemde commissie auteursrecht. Zoals bekend, heeft de commissie auteursrecht scherpe kritiek geuit op het richtlijnvoorstel van de Europese Commissie. Het grootste bezwaar is dat op basis van het voorstel een groot aantal beperkingen op het auteursrecht moet worden geschrapt. In navolging van de commissie auteursrecht geeft nu ook de regering aan de bestaande beperkingen op het auteursrecht in de informatiemaatschappij te willen behouden. Daarnaast wil de regering, net als de commissie auteursrecht, een open norm in de Auteurswet 1912 (Aw) introduceren. In dit artikel wordt ingegaan op één van de met doorhaling bedreigde beperkingen, de nieuwsexceptie van artikel 15 Aw, en op het belangrijkste punt waarop de regering afwijkt van de commissie auteursrecht. De regering wenst het Amerikaanse fair use beginsel in de Auteurswet in te voeren.

Inleiding

Op 10 mei 1999 heeft Nederland haar grondtroepen in stelling gebracht. Op die dag heeft de Nederlandse regering in een brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer een vernietigend oordeel geveld over het EG-richtlijnvoorstel auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij ('richtlijnvoorstel' of 'voorstel').¹ De brief is namens de regering geschreven door de Minister van Justitie en Staatssecretaris van OCenW en vormt de basis voor het Nederlandse auteursrechtbeleid voor de komende jaren.² Dat beleid is grotendeels gebaseerd op het belangwekkende advies dat de commissie auteursrecht in augustus 1998 heeft uitgebracht over auteursrecht, naburige rechten en nieuwe media.³ Dezelfde onderwerpen als in het advies passeren in de brief beknopt de revue: de exploitatierechten, het collectief beheer, het IPR, omzeiling van technische bescherming en, niet in de laatste plaats, de beperkingen. Ook nu weer is de kritiek op het richtlijnvoorstel niet mals: "Het richtlijnvoorstel is in zijn huidige vorm op onderdelen onevenwichtig en onvoldoende gemotiveerd. Het schiet op onderdelen te ver door in de bescherming van de belangen van rechthebbenden hetgeen het op nationaal niveau onnodig moeilijk maakt nog tot een evenwichtige afweging van belangen te komen."⁴

* Christiaan Alberdingk Thijm is als projectonderzoeker werkzaam bij het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam.

¹ COM(97) 628 def., inmiddels gewijzigd door COM(1999) 250 def.

² *Kamerstukken II* 1998/99, 26 538, nr. 1 (brief d.d. 10 mei 1999 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer). De brief is opgenomen in de rubriek actualiteiten van de website van het Instituut voor Informatierecht: <<http://www.ivir.nl/final.html>>

³ Commissie auteursrecht, *Advies over auteursrecht, naburige rechten en nieuwe media*, Den Haag 18 augustus 1998. De commissie auteursrecht bestaat uit de hoogleraren Verkade (voorzitter), Brinkhof, Cohen Jehoram, Dommering, Grosheide, Mortelmans en Spoor.

⁴ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 538, nr. 1, p. 9.

Het advies van de commissie auteursrecht is met instemming ontvangen en reeds uitgebreid besproken. Ter voorkoming van doublures volsta ik hier met verwijzing naar de reacties op het advies.⁵ In dit artikel zal een beperking worden behandeld die naar mijn smaak in het advies van de commissie auteursrecht en de brief van de regering onderbelicht is gebleven: de nieuwsexceptie van artikel 15 Aw. Daarna zal ik het meest opvallende aspect bespreken waarop de brief afwijkt van het advies van de commissie auteursrecht. In tegenstelling tot de commissie auteursrecht is de regering voorstander van invoering van het Amerikaanse fair use beginsel in de Auteurswet.

De nieuwsexceptie

De beperkingen op het auteursrecht ten behoeve van de pers komen in de brief van de regering summier aan bod: "In de digitale omgeving geldt het belang van actuele nieuwsvoorziening onverminderd. De bepalingen die dit belang waarborgen, dienen zoveel mogelijk technologie-neutraal geformuleerd te zijn zodat ze ook op nieuwe media met hetzelfde karakter en hetzelfde doel als de bestaande persmedia van toepassing zijn."⁶ Met de bepalingen die het belang van actuele nieuwsvoorziening dienen, zullen de artikelen 15 en 16a Aw bedoeld zijn. Op grond van het laatstgenoemde artikel mag een auteursrechtelijk beschermd werk het onderwerp zijn of deel uitmaken van een reportage over een actueel onderwerp. Een voorbeeld van zo'n auteursrechtelijk beschermd werk is het vaak op de achtergrond van reportages figurerende staatsieportret van de Koningin. Indien voorafgaand aan uitzending van een dergelijke reportage met een actueel onderwerp toestemming voor de figurantenrol van het staatsieportret zou moeten worden gevraagd, zou dit funest voor de actualiteitswaarde van de reportage zijn. In vergelijking met artikel 16a Aw is de actuele nieuwsvoorziening met artikel 15 Aw in mindere mate gediend. Dankzij dit artikel mogen onder een aantal voorwaarden bepaalde werken uit geschreven en niet-geschreven persmedia worden overgenomen. Aangezien de oorspronkelijke nieuwsproducent al in het actuele nieuws voorziet, is er in feite niets nieuws onder de zon.⁷ Het gaat er vooral om dat de overnemers het nieuws in grotere mate verspreiden. Overigens geniet het nieuws op zichzelf, dat wil zeggen het feitenmateriaal, geen auteursrechtelijke bescherming en kan dus ook zonder deze nieuwsexceptie worden overgenomen.

Uit de brief volgt dat de regering de beperkingen ten behoeve van de pers ook in een digitale omgeving volledig van toepassing wil laten zijn. Er wordt daarbij wel opgemerkt dat het moet gaan om nieuwe media met hetzelfde karakter en hetzelfde doel als de persmedia waarop de huidige regelingen van toepassing zijn. Men kan zich voorstellen dat als bijvoorbeeld de archief-functie van het nieuwsmedium de functie van actuele nieuwsvoorziening overschaduwde, de uitzondering niet van

⁵ M.R. de Zwaan, 'Collega's van God?', *IER* 1998/6, p. 247-253, D.J.G. Visser, 'De Commissie Auteursrecht, de Europese Commissie en de beperkingen op het auteursrecht', *Mediaforum* 1998/10, p. 279, Chr.A. Alberdingk Thijm, 'Fair use: het auteursrechtelijk evenwicht hersteld', *Informatierecht/AMI* 1998/9, p. 145-154, P.B. Hugenholtz, 'De Commissie Auteursrecht en de nieuwe media', *Informatierecht/AMI* 1999/1, p. 1-4, F.W. Grosheide, 'Van de brug af gezien', *IER* 1999/2, p. 41-44 en J.M.B. Seignette, 'Openbaarmaking en verveelvoudiging op het Internet: back to basics', *Informatierecht/AMI* 1999/5, p. 69-75.

⁶ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 538, nr. 1, p. 7.

⁷ Nieuws is überhaupt een relatief begrip. P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1989, p. 80.

toepassing zal zijn.⁸ Een dergelijk voorbehoud heeft de commissie auteursrecht eveneens in haar rapport gemaakt.⁹ In dit verband vraagt de commissie auteursrecht zich tevens af of digitale knipselkranten onder de uitzondering van artikel 15 Aw moeten vallen.¹⁰ Deze nuance ontbreekt bij de bespreking van de nieuwsexceptie zoals opgenomen in het richtlijnvoorstel. De commissie auteursrecht is daar kort en krachtig over: "Het voorstel is (...) beperkter dan de Aw en Wnr in dit verband toelaten en dient wat de commissie auteursrecht betreft te worden gewijzigd."¹¹

Het inmiddels gewijzigde richtlijnvoorstel is inderdaad enger dan de artikelen 15 en 16a Aw. Artikel 5 lid 3 onder c bepaalt dat de lidstaten beperkingen kunnen stellen ten aanzien van "het gebruik van uittreksels in verband met de verslaggeving over actuele gebeurtenissen, mits de bron en, zo mogelijk, de auteur worden vermeld en voorzover het gebruik uit een oogpunt van voorlichting en illustratie van de betreffende gebeurtenis gerechtvaardigd is". Het gaat hier om de uitzondering van artikel 16a en het daaraan ten grondslag liggende artikel 10*bis* lid 2 Berner Conventie (BC). Op grond van artikel 16a Aw kunnen werken echter in hun geheel worden weergegeven, terwijl op grond van het richtlijnvoorstel alleen een "uittreksel" daarvan mag worden gebruikt. Het Europese Parlement was daarnaast ook voorstander van een technologie-afhankelijke exceptie in de trant van artikel 15 Aw.¹² Een voorstel van het Parlement om voor analoog gebruik een dergelijke beperking in de richtlijn op te nemen, is echter niet door de Commissie overgenomen.¹³ Blijkens overweging 22 bij het richtlijnvoorstel zijn de mogelijke beperkingen op het auteursrecht in artikel 5 uitputtend opgesomd. Indien het voorstel dus ongewijzigd wordt aangenomen, zal artikel 15 Aw moeten verdwijnen. Het is de vraag of dit erg is.

Artikel 15 Aw is een verreikende bepaling. Artikelen over actuele economische, politieke, godsdienstige of levensbeschouwelijke¹⁴ onderwerpen, die in een dag, nieuws- of weekblad of tijdschrift zijn verschenen, mogen op grond van het artikel in hun geheel in dezelfde media worden overgenomen. Een voorbehoud daartegen is mogelijk, maar dit moet in het geval van een dag-, nieuws- of weekblad bij ieder artikel afzonderlijk en kan niet, zoals bij een tijdschrift, in algemene bewoordingen in het hoofd of het colofon van het nummer worden opgenomen. De ervaring leert dat deze bladen niet snel tot zo'n afzonderlijk voorbehoud overgaan.¹⁵ Bovendien mogen niet alleen artikelen over genoemde onderwerpen worden overgenomen, maar ook nieuwsberichten en gemengde berichten. Ten aanzien van deze categorie werken kan geen voorbehoud tegen overname worden gemaakt. Voor de betekenis

⁸ Vgl. Rb. Den Haag 13 mei 1992, *Informatierecht/AMI* 1992/8, p. 254 en Oberlandesgericht Düsseldorf 15 mei 1996, *IIC* 1998/3, p. 369.

⁹ Commissie auteursrecht, p. 31.

¹⁰ Commissie auteursrecht, p. 32.

¹¹ Commissie auteursrecht, p. 32.

¹² C4-0079/98, amendement 40.

¹³ COM(1999) 250 def, p. 4.

¹⁴ Tamelijk geruisloos is bij wet van 17 april 1997 (*Stb.* 1997, 192) een vierde categorie onderwerpen aan artikel 15 Aw toegevoegd: levensbeschouwelijke. Het betreft hier een aanpassing aan de terminologie van artikel 6 Gw, waar sinds 1983 naast de vrijheid van godsdienst ook de vrijheid van levensovertuiging wordt genoemd. Het is niet duidelijk hoe ruim de term 'levensovertuiging' of het bijvoeglijke naamwoord 'levensbeschouwelijke' - die hier als synoniemen worden gebruikt - moeten worden uitgelegd. De nevenschikking met godsdienst indiceert wel dat het hier gaat om een vorm van geestelijk leven. *Kamerstukken II* 1996/97, 24 614, nr. 5, p. 2.

¹⁵ Zie ook H. Cohen Jehoram, 'Knipselkrant en auteursrecht', *BIE* 1985/6/7, p. 173-176, p. 175.

van "nieuwsberichten en gemengde berichten" wordt in rechtspraak en literatuur doorgaans verwezen naar de betekenis die deze termen in het dagelijkse taalgebruik hebben.¹⁶ Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de categorie "nieuwsberichten en gemengde berichten" naar de gangbare opvattingen dus ruimer is dan enkel de onpersoonlijke geschriften van artikel 10 lid 1 sub 1° Aw.¹⁷ Artikel 15 Aw is ook van toepassing op werken van dezelfde aard die zijn uitgezonden in een radio- of televisieprogramma. Bovendien geldt de overnamebevoegdheid van artikel 15 Aw eveneens ten aanzien van het overnemen in een andere taal.

Bij dit alles komt nog dat de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat artikel 15 Aw niet exclusief voor persmedia is bedoeld. Volgens de Hoge Raad in zijn Knipselkranten-arrest¹⁸ kunnen ook instellingen die niet kunnen worden beschouwd als een persorgaan in de dagelijkse betekenis van deze term van de uitzondering profiteren, bijvoorbeeld een bibliotheek. Nu de regering artikel 15 in een digitale omgeving op dezelfde persmedia van toepassing wil laten zijn, biedt dit interessante mogelijkheden voor allerlei commerciële nieuwsaanbieders die zelf geen nieuws produceren. Ook heeft de Hoge Raad in het arrest de media waarin mag worden overgenomen ruim geïnterpreteerd. Onder het begrip 'tijdschrift' van artikel 15 Aw vallen naar het oordeel van de Hoge Raad ook knipselkranten.

De Hoge Raad baseerde zijn ruime uitleg van artikel 15 op het naar zijn oordeel "met name" aan het artikel ten grondslag liggende beginsel van de *free flow of information*. Daarnaast heeft de Hoge Raad grote waarde toegekend aan de vermelding in de MvA en de opmerking van toenmalig Minister van Justitie Korthals Altes tijdens de mondelinge behandeling dat (door de overheid verspreide) knipselkranten onder artikel 15 Aw vallen. De nadruk die de Hoge Raad in het Knipselkranten-arrest op de *free flow of information* heeft gelegd, is volgens mij niet helemaal terecht.¹⁹ Uit de door Ricketson opgetekende geschiedenis van het aan artikel 15 Aw ten grondslag liggende artikel 10*bis* lid 1 BC blijkt dat het vooral moet worden gezien als een soort solidariteitsartikel voor persmedia onderling.²⁰ De bepaling werd van belang geacht voor kleine kranten met een beperkt budget²¹ (herziening van de Berner Conventie in 1908) en om geïsoleerde landen van nieuws

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Utrecht 21 januari 1988, *Informatierecht/AMI* 1988/4, p. 81 m.nt. Cohen Jehoram, R.A. Vecht, 'Artikel 15 Auteurswet 1912 en de bescherming van nieuwsberichten', *Informatierecht/AMI* 1992/6, p. 103-109 en J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 200-201.

¹⁷ Er valt overigens wel wat voor te zeggen om onder 'nieuwsberichten en gemengde berichten' enkel de onpersoonlijke geschriften van artikel 10 lid 1 sub 1° Aw te verstaan. Een normatieve uitleg strookt met de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 15 Aw. In eerdere versies van het aan artikel 15 Aw ten grondslag liggende artikel 10*bis* lid 1 BC werden de nieuwsberichten en gemengde berichten ook genoemd. Bij de herziening van de BC te Berlijn in 1908 zijn ze echter uit het auteursrechtelijke domein verbannen. Op grond van artikel 2 lid 8 BC genieten deze berichten geen auteursrechtelijke bescherming meer. De reden dat ze in artikel 15 nog worden genoemd, kan dan schuilen in het gegeven dat deze werken in Nederland ingevolge de geschriftenbescherming worden beschermd. In de literatuur kan ik voor deze opvatting alleen steun ontlenen aan H.L. de Beaufort, *Auteursrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1932, p.147-148 en aan Hugenholtz 1989, p. 80-95 (zie noot 7).

¹⁸ HR 10 november 1995, *NJ* 1996, 177, m.nt. DWFV.

¹⁹ Zie ook noot Hugenholtz, *IER* 1996/1, p. 28, noot Quaedvlieg, *Informatierecht/AMI* 1996/3, p. 56 en W.C. van Manen, 'Knipselkunst- en vliegwerk', *BIE* 1997/1, p. 36-38.

²⁰ S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, London: Kluwer 1987, p. 303 e.v.

²¹ Ook de Nederlandse wetgever van 1931 lijkt de bepaling van groot belang te achten voor de positie van kleinere bladen. *Parlementaire Geschiedenis van de Auteurswet 1912*, p. 15.11 e.v.

te voorzien (in 1967). Artikel 10*bis* lid 1 BC is overigens een controversieel artikel. Het heeft meerdere malen op de agenda gestaan om geschrapt te worden. Tegenstanders van het artikel betoogden dat de noodzaak voor een dergelijke bepaling niet meer bestond (in 1948) en dat zij niet meer strookte met de normen en waarden van de pers (in 1967). Om tegemoet te komen aan de bezwaren die met name de Fransen tegen artikel 10*bis* lid 1 BC hadden, wordt het sinds 1967 niet meer dwingend voorgeschreven, maar is het artikel optioneel.

De *free flow of information* lijkt met name aan artikel 15 Aw ten grondslag te liggen voorzover het nieuwsberichten en gemengde berichten betreft die onder het regime van de geschriftenbescherming vallen.²² Deze berichten komen in de meeste conventielanden in navolging van artikel 2 lid 8 BC überhaupt niet in aanmerking voor auteursrechtelijke bescherming. Aangezien de in het onpersoonlijke geschrift vervatte informatie min of meer met het geschrift zal samenvallen, bevordert de uitzondering van artikel 15 Aw de doorgifte van informatie. In zoverre is artikel 15 Aw dus van belang voor de informatievrijheid. Ook een door de Vereniging voor Auteursrecht in het leven geroepen studiec commissie 'Artikel 15 Auteurswet 1912' meent dat de *free flow of information* niet de enige grondslag van artikel 15 Aw kan zijn: "De commissie huldigt dan ook het standpunt dat de *free flow of information* een dergelijke bepaling niet rechtvaardigt, daar 'free' iets anders is dan 'gratis'."²³ Alhoewel de Knipselkranten-uitspraak van de Hoge Raad kort na het arrest scherp is bekritiseerd, is tegenwoordig de discussie verstomd. Artikel 15 Aw is stilletjes opgenomen in de karavaan van fundamentele beperkingen.²⁴ Ik vraag me af of dat geheel terecht is. De bepaling is in ieder geval niet zo fundamenteel dat de Berner Conventie haar dwingend voorschrijft.

Het mag inmiddels duidelijk zijn: mijns inziens moet geen gehoor worden gegeven aan het pleidooi van de commissie auteursrecht en de Nederlandse regering om artikel 15 Aw ook in een digitale omgeving van toepassing te laten zijn. Het auteursrechtelijk evenwicht zou dan te ver doorslaan ten gunste van de gebruiker. Internationaal kan Nederland een *newshaven* worden. Doordat de bepaling ook geldt ten aanzien van vertalingen, kan men in Nederland eenzijdig profiteren van de inspanningen van buitenlandse nieuwsvervaarders. Eenzijdig, want de meeste conventielanden kennen de nieuwsexceptie van artikel 15 Aw niet of verbinden daaraan de verplichting een billijke vergoeding te betalen.

De belangen van nieuwsproducenten op het Internet zijn groot. Terwijl de meeste commerciële websites (nog) verliesgevend zijn, wordt er aan nieuwssites flink verdiend. Het Parool meldt dat de sites van USA Today en de New York Times jaarlijks zo'n zeven miljoen dollar opbrengen.²⁵ Ook het relatief grote aantal procedures over nieuwssites geeft aan dat het de moeite waard is voor het nieuws te vechten. Dat overigens ook off-line de verhoudingen op scherp staan, bleek onlangs nog tijdens het (voorlopige) hoogtepunt van de nationale Maxima *hype*. SBS6 had de exclusieve rechten op de eerste 'bewegende' beelden van de nieuwe geliefde

²² Zie Th.C.J.A. van Engelen, *Prestatiebescherming* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 227-228.

²³ R.A. Vecht, p. 105 (zie noot 16).

²⁴ Zie bijvoorbeeld P.B. Hugenholtz, *Het Internet: het auteursrecht voorbij?* (preadvies NJV), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 214.

²⁵ <<http://www.parool.nl/nieuwemedia/inhoud.html>> (geraadpleegd 22 augustus 1999).

van Prins Willem-Alexander gekocht van een Argentijnse televisiezender. De NOS had dezelfde beelden tijdens de Argentijnse uitzending daarvan opgenomen en was voornemens de beelden als primeur uit te zenden. Zij beriep zich daarbij op artikel 15 Aw. Toen SBS6 dreigde 630.000 gulden schadevergoeding te vorderen als de NOS daartoe zou overgaan, ging de NOS in het belang van de goede vrede alsnog overstag.²⁶

In de Verenigde Staten moet een eventuele nieuwsexceptie beoordeeld worden aan de hand van het fair use beginsel. Een beroep daarop slaagt in het geval van actuele nieuwsvoorziening zelden.²⁷ Een recent voorbeeld daarvan is de zaak *Nikkei v Comline Business Data, Inc.*²⁸ In deze zaak produceerde Comline een commerciële knipselkrant, waarin onder meer vertaalde nieuwsberichten en artikelen over actuele economische onderwerpen van de Japanse uitgever Nikkei waren opgenomen. Nikkei vorderde een verbod en schadevergoeding onder meer wegens inbreuk op haar auteursrecht op de nieuwsberichten en de artikelen. Comline beriep zich tevergeefs op het fair use beginsel. Op grond van artikel 15 Aw had Comline haar lucratieve activiteiten in Nederland waarschijnlijk mogen voortzetten.

Fair use

Hetzelfde fair use beginsel is de belangrijkste noviteit uit de brief van de Nederlandse regering. De grootst mogelijke meerderheid van de commissie auteursrecht²⁹ heeft in haar advies eveneens voor invoering van een open norm gepleit, maar voelt meer voor een norm in de trant van de drietrapsraket van artikel 9 lid 2 BC. Eerder heb ik aangegeven waarom de drietrapsraket volgens mij niet het meest geschikte instrument is om de beperkingen 'millenniumproof' te maken.³⁰ Het belangrijkste bezwaar is dat de drietrapsraket een ander doel dient, namelijk de grenzen van uitzonderingen op het auteursrecht nader te beperken. Deze bedoeling blijkt ook uit het richtlijnvoorstel: de beperkingen mogen slechts worden toegepast voorzover zij voldoen aan de drietrapsraket, aldus artikel 5 lid 4 van het voorstel. Het is dus niet de bedoeling dat op grond van de drietrapsraket nieuwe beperkingen worden gecreëerd, maar dat bestaande worden ingeperkt.

In de brief wordt de term fair use niet gehanteerd. De regering heeft het over een "auteursrechtelijke hardheidsclausule": "Er bestaat – naast de uitdrukkelijk geregelde beperkingen – behoefte aan een auteursrechtelijke hardheidsclausule waaraan de rechter kan toetsen of in een concreet geval voor een bepaalde vorm van gebruik inderdaad toestemming nodig is gelet op doel en aard van dat gebruik, de aard van het beschermd materiaal waarvan gebruik is gemaakt en de mate waarin dat gebruik

²⁶ De Telegraaf en Party procedeerden wel over de overname van Maxima foto's door Party. Volgens de President van de Rechtbank Amsterdam was het niet uitgesloten dat Party de foto's van de Argentijnse televisie had overgenomen en derhalve niet onrechtmatig had gehandeld. Pres. Rb. Amsterdam 8 september 1999, rolnr. KG 99/2253.

²⁷ W.F. Patry, *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, Washington, D.C.: BNA Books 1995, p. 487.

²⁸ US Court of Appeals (Second Circuit) January 22, 1999 <<http://www.law.pace.edu/lib/legal/us...y/second-circuit/test/98-7842.opn.html>> (geraadpleegd 22 augustus 1999)

²⁹ Cohen Jehoram is tegen invoering van een open norm. H. Cohen Jehoram, 'Fair use - die ferne Geliebte', *Informatierecht/AMI* 1998/10, p. 174-175 en H. Cohen Jehoram, 'Kroniek van het recht van de intellectuele eigendom', *NJB* 1999/10, p. 477-481.

³⁰ Alberdingk Thijm, p. 153-154 (zie noot 5) en Chr.A. Alberdingk Thijm, 'Fair use - In weiter Ferne, so nah', *Informatierecht/AMI* 1998/10, p. 176.

de potentiële markt beïnvloedt. De wet zal hiertoe moeten worden aangepast."³¹ Gezien de xenofobie die men in landen als Duitsland en Frankrijk voor fair use heeft, is het verstandig het gebruik van de term te vermijden. Auteursrechtelijke hardheidsclausule klinkt bovendien veel krachtiger dan het zijige fair use. Dat het hier niettemin om één en hetzelfde beginsel gaat, is onmiskenbaar. Op de derde fair use factor na, worden alle factoren in de brief opgesomd. Dat de derde factor - de hoeveelheid en substantie die van het werk zijn overgenomen - niet door de Nederlandse regering is overgenomen, is terecht. De factor speelt ook in de Amerikaanse fair use jurisprudentie geen grote rol. Deze factor wordt immers al bij de inbreukvraag behandeld. Juist omdat er te veel is overgenomen, wordt vervolgens de vraag gesteld of de overnemer zich op een auteursrechtelijke uitzondering kan beroepen.³²

De Nederlandse regering is voorstander van invoering van een fair use beginsel "naast de uitdrukkelijk geregelde beperkingen". Het is inderdaad nergens voor nodig het huidige stelsel volledig te vervangen door een open norm. De specifiek geformuleerde beperkingen functioneren in de meeste gevallen prima. Eventuele toepassing van een fair use beginsel moet letterlijk een uitzondering op de regel zijn. Het moet als vangnet fungeren voor gebruik dat in overeenstemming is met de ratio van ons wettelijk stelsel, maar (vooralsnog) niet door een bijzondere beperking wordt gedekt. Dat verdient de voorkeur boven het oprekken van specifiek geformuleerde beperkingen door de rechter.

Het is zeer de vraag of de invoering van een fair use beginsel op Europees niveau haalbaar is. De huidige tendens gaat in tegengestelde richting. Na de somber stemmende amendementen van het Europese Parlement zijn nu de lidstaten aan zet. Het lijkt mij onwaarschijnlijk dat Nederland alleen staat in haar streven naar een evenwichtig auteursrecht. De Angelsaksische en Scandinavische landen zullen evenzeer rekening willen houden met de belangen van het publiek. Naar verluidt streeft het huidige Finse voorzitterschap naar een gemeenschappelijk standpunt tussen lidstaten en Commissie eind dit jaar. Daarna moet het Parlement er opnieuw naar kijken en vermoedelijk wordt dan de zogenaamde conciliatieprocedure ingezet. In deze procedure moeten Raad, Commissie en Parlement tot een compromis komen, wat naar verwachting niet eerder dan eind volgend jaar zal gebeuren.

Er is dus nog tijd voor het nodige lobbywerk. Aangezien het gewijzigde richtlijnvoorstel zal worden behandeld door een nieuw Parlement en een nieuwe Commissie, is het niet ondenkbeeldig dat dat zijn vruchten afwerpt. Gezien de onnodige inmenging in nationaal auteursrechtbeleid moet het huidige voorstel met de nodige eurosceptis worden benaderd. Wat dat betreft is een mooie taak weggelegd voor de nieuwe Commissaris Interne Markt, ons aller Frits Bolkestein.

Afsluitende opmerkingen

De brief van de regering getuigt van moed. Hopelijk krijgt de Nederlandse *Operation for Information* navolging vanuit het buitenland. Het richtlijnvoorstel deugt niet, zoveel is duidelijk. Een limitatieve lijst beperkingen zal ernstige scheuren in het

³¹ Kamerstukken II 1998/99, 26 538, nr. 1, p. 7.

³² Zie M.B. Nimmer en D. Nimmer, *Nimmer on Copyright*, New York: Matthew Bender 1999, p. 13-178.

auteursrechtelijke systeem veroorzaken. Ondertussen vormt het voorstel van de Commissie aanleiding alle beperkingen nog eens goed tegen het licht te houden. Hierboven heb ik betoogd dat artikel 15 Aw alleen nog een rol voor de *free flow of information* speelt voorzover het feitelijke nieuws vervat is in onpersoonlijke berichten. Met betrekking tot oorspronkelijke nieuwsberichten, gemengde berichten en artikelen is het artikel te ruim geformuleerd. Artikel 15 Aw in zijn huidige vorm vergoelijkt het gratis meerijsen op de (creatieve) inspanningen van anderen.

In plaats van het artikel in een digitale omgeving van toepassing te laten zijn, zou het conform het richtlijnvoorstel moeten worden geschrapt. Het doorhalen van artikel 15 Aw dient wel gecompenseerd te worden met de introductie van een open norm in de trant van het Amerikaanse fair use beginsel. Alleen dan is de rechter in staat de scheuren in de Auteurswet wetssystematisch te vullen.

Naar aanleiding van de brief van de regering heeft de Vaste Commissie voor Justitie ruim zestig vragen gesteld. Het Ministerie is bij het ter perse gaan van dit artikel nog druk bezig met de beantwoording daarvan. Waarschijnlijk zal de Kamercommissie ook vragen hebben gesteld over de 'auteursrechtelijke hardheidsclausule'. Wie de discussie in de Tweede Kamer over de Databankenwet heeft gevolgd, weet dat een aantal kamerleden huiverig is voor open normen. Dat leidt namelijk tot 'juridisering' – het nieuwe taboe bij parlementaire juristen. Hopelijk kan de regering deze kritiek pareren met een ander modewoord: 'deregulering'. Of is dat alweer passé?