
Naschrift

Fair use - In weiter Ferne, so nah

Als ik het goed zie, heeft Cohen Jehoram drie bezwaren tegen invoering van het Amerikaanse fair use beginsel in de Auteurswet 1912 (Aw). In de eerste plaats acht hij het onnodig, aangezien er z.i. geen problemen zijn met het huidige stelsel. Sterker, het constateren van problemen is slechts een modegril die is overgewaaid uit de Verenigde Staten, 'precies het enige land met de fair use'. Hiermee moffelt Cohen Jehoram een gestaag groeiende hoeveelheid rechtsliteratuur onder het tapijt.¹ Wellicht dat in het verleden bij de introductie van nieuwe technologieën al zo vaak is geroepen dat de wolven komen, dat Cohen Jehoram het nu niet meer wil geloven. Overigens lijkt hij te suggereren dat het fair use beginsel de aanstichter is van de Amerikaanse 'modieuze onvrede'. In de Verenigde Staten wordt het fair use beginsel echter in brede kring als oplossing voor de digitale problemen aangedragen. Van gesloten stelsels van beperkingen verwacht men daarentegen minder. 'Countries that do not have fair use or fair dealing doctrines may find it more difficult to adapt their copyright laws to dealing with questions posed by digital technologies because they lack a balancing mechanism of this sort.', aldus Pamela Samuelson, hoogleraar aan Berkeley University.²

Het tweede bezwaar tegen fair use heeft Cohen Jehoram eerder genoemd: het zou in strijd zijn met de drietrapsraket van artikel 9 lid 2 van de Berner Conventie en artikel 13 TRIPS-Verdrag. Hierop ben ik in mijn artikel uitvoerig ingegaan. Cohen Jehoram brengt geen nieuwe argumenten te berde. Zijn bezwaar maakt ondertussen wel duidelijk dat de drietrapsraket een ander doel dient dan fair use. In tegenstelling tot de drietrapsraket geeft het fair use beginsel de rechter de mogelijkheid beperkingen te creëren. De drietrapsraket geeft vervolgens aan tot hoever deze beperkingen mogen reiken. Mede hierdoor is de drietrapsraket mijns inziens niet de meest geëigende open norm om het auteursrechtelijk evenwicht te herstellen.

Het laatste argument tegen invoering van fair use betreft de rechtszekerheid. Alle open geformuleerde normen - of ze nu redelijkheid en billijkheid, rule of reason, drietrapsraket of fair use heten - brengen een zekere rechtsonzekerheid met zich mee. Dit is inderdaad een bezwaar. Dit bezwaar behoeft echter enige nuancering. Allereerst zal de onzekerheid niet de door Cohen Jehoram gesuggereerde orde van grootte aannemen. Invoering van een fair use-achtige bepaling in de Aw laat de huidige beperkingen en de daarop gebaseerde rechtspraak intact. Het geeft de rechter de mogelijkheid redelijke en billijke beslissingen te nemen daar waar het huidige stelsel hem daartoe de gelegenheid niet biedt. De Nederlandse rechter heeft in het verleden bewezen goed overweg te kunnen met open normen; een groot aantal open

normen en 'sub-regels' is in de loop der jaren nader ingevuld en omljnd. Uiteindelijk verschaft de rechtspraak derhalve enige mate van zekerheid. Dat is ook wat ik in mijn artikel heb opgemerkt. Bij de beoordeling van de rechter fungeren de fair use factoren bovendien als leidraad. Nimmer vult deze leidraad aan met de (op basis van fair use rechtspraak) door hem ontwikkelde zgn. functional test, 'within the context of which to apply the four Section 107 factors'.³ Hij is dus geenszins voorstander van afschaffing van fair use, laat staan van invoering van een (limitatief) specifiek geformuleerd stelsel van beperkingen. In de tweede plaats is enige rechtsonzekerheid (he-laas) inherent aan de praktijk. Zelfs de meest specifiek geformuleerde bepalingen zullen door de rechter geïnterpreteerd moeten worden. In het NBLC-geding leidde dat ertoe dat er tot aan de Hoge Raad⁴ gesteggeld werd over de vraag of een knipselkrant een tijdschrift in de zin van artikel 15 Aw is. Ten slotte vraag ik mij af hoeveel zekerheid Cohen Jehoram precies wenst. Hij maakt er bezwaar tegen dat het fair use beginsel 'on a case-by-case basis' wordt toegepast. Dit lijkt mij eerder een voordeel. Alles is uiteindelijk afhankelijk van de omstandigheden van het geval, om maar eens een cliché te gebruiken. De Amerikaanse *White Paper*⁵ verwoordt het als volgt: 'The inability of our common law system to provide guidance covering every possible permutation of behaviour is not necessarily a weakness. By permitting courts to reach decisions on a case-by-case basis, our system permits both necessary gap-filling and jurisprudential evolution without requiring repeated pleas to Congress for additional elaboration.'

Tot slot nog dit. De liefde voor het auteursrecht dient van twee kanten te komen: het publiek en de rechthebbenden. De enige wijze waarop het auteursrecht zijn maatschappelijke rol kan vervullen is indien het rekening houdt met zowel de belangen van het publiek als de belangen van de rechthebbenden. Fair use zou dit mogelijk maken. Zoals iemand eens wijselijk heeft gezegd, is het auteursrecht niet in de hemel geschreven, maar is het een product van onze cultuur en onze tijd.⁶ Laten we het dan ook daaraan aanpassen.

Christiaan Alberdingk Thijm

1. Zie -met name - recentelijk: Commissie Auteursrecht, *Advies over auteursrecht, naburige rechten en de nieuwe media*, augustus 1998.
2. Samuelson, *Copyright, Digital Data, And Fair Use in Digital Networked Environments*, Montreal 1994 [<http://fairuse.stanford.edu>].
3. Nimmer/Nimmer, Nimmer on *Copyright*, Vol. 4, § 13.05 [A] [5], 13195.
4. HR 10 november 1995, NJ1996, 177 m.nt. DWFV, *Informatierecht/AMI* 1996/3, 55 m.nt. AAQ.
5. The Working Group on Intellectual Property Rights, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, Washington, D.C. 1995, noot 256 (p. 80). Het NII-rapport, ook wel de *White Paper* genoemd, is uitgebracht door een door Clinton benoemde regeringscommissie o.l.v. Bruce A. Lehman om de gevolgen van het digitale tijdperk voor het auteursrecht in kaart te brengen.
6. Cohen Jehoram, 'Auteursrecht: Opportuniteit of recht?', in: Cohen Jehoram, *Kernpunten van het auteursrecht*, Nijmegen 1993, p. 58.