

Commissie Auteursrecht

Advies aan de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie over de mogelijkheden van het invoeren van een flexibel systeem van beperkingen op het auteursrecht

Deel 1: Een flexibele regeling voor *user-generated content*

21 maart 2012

Inhoudsopgave

I.	Adviesaanvraag en werkwijze Commissie Auteursrecht	3
I.1	<i>Adviesaanvraag</i>	3
I.2	<i>Beraadslaging Commissie Auteursrecht</i>	5
I.3	<i>Gevolgde aanpak en opbouw advies</i>	5
II.	Een flexibele regeling voor <i>user-generated content</i>	8
II.1	<i>Een algemene, op de drie-stappentoets gebaseerde open norm</i>	9
II.2	<i>De vrije bewerking in de zin van art. 13 Aw</i>	11
II.3	<i>De parodie-exceptie (art. 18b Aw)</i>	13
II.4	<i>De citaat-exceptie (art. 15a Aw)</i>	15
III.	Conclusie	18

I. Adviesaanvraag en werkwijze Commissie Auteursrecht

I.1 Adviesaanvraag

In september 2011 heeft de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie de Commissie Auteursrecht bij brief verzocht te onderzoeken ‘of, en zo ja in hoeverre, binnen het kader van het communautaire acquis thans reeds mogelijkheden bestaan voor het op nationaal niveau inrichten van een flexibel systeem van beperkingen op het auteursrecht alsmede om over dat onderzoek aan mij verslag uit te brengen’. De adviesaanvraag speelt tegen de achtergrond van de Speerpuntenbrief Auteursrecht 20@20 van 11 april 2011¹ en de Digitale Agenda voor het ICT-beleid van 17 mei 2011,² waarin het kabinet te kennen heeft gegeven een discussie te willen starten over het opnemen van een *fair use*-uitzondering in de Auteursrechtlijn. Omdat het waarschijnlijk niet eenvoudig zal zijn om binnen afzienbare termijn in Europees verband overeenstemming te bereiken over de wenselijkheid en de inrichting van een dergelijke uitzondering, wenst de Staatssecretaris met deze adviesaanvraag alvast te vernemen of en op welke wijze het mogelijk is om binnen de thans bestaande Europeesrechtelijke kaders te voorzien in een flexibel systeem van beperkingen op het auteursrecht in Nederland.

De Commissie signaleert een zekere tegenstrijdigheid in de motieven van het kabinet die aanleiding zijn voor de adviesaanvraag. Terwijl het kabinet duidelijkheid wenst te krijgen over de mogelijkheden voor het inrichten van een flexibel systeem van beperkingen op het auteursrecht op nationaal niveau, wil het tegelijkertijd inzetten op het introduceren van een *fair use*-uitzondering op Europees niveau. Het kabinet lijkt dus enerzijds te streven naar het benutten van de ruimte die het communautaire acquis thans laat voor het inbouwen van meer flexibiliteit in het bestaande systeem van beperkingen, terwijl het anderzijds ook wil proberen om deze ruimte op Europees niveau te vergroten door een discussie over de introductie van een *fair use*-uitzondering te entameren. De Commissie vraagt zich af of deze strategie doelmatig is. Hoewel het voorkomt dat maatregelen op nationaal niveau Europees beleid in

¹ Zie: <<http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/brieven/2011/04/11/speerpuntenbrief-auteursrecht-20-20/5692923-tk-def-2.pdf>>.

² Zie: <<http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/notas/2011/05/17/digitale-agenda-nl-ict-voor-innovatie-en-economische-groei/282931-e07-digitale-agenda.pdf>>.

beweging brengen, zou een uitdrukkelijke poging de nationale ruimte zo veel mogelijk op te rekken een tegenreactie vanuit de Europese Commissie kunnen uitlokken en daarom averechts kunnen uitwerken. Daarnaast bestaat volgens de Commissie het gevaar dat de beleidsruimte op nationaal niveau wordt ingeperkt door dit onderwerp nu op de Europese agenda te plaatsen. Behoedzaamheid is daarom geboden.

Met het vorenstaande hangt samen dat onzeker is of het Hof van Justitie van de Europese Unie desgevraagd zal aanvaarden dat de geldende Europese wetgeving, en dan met name de Auteursrechtlijn, de lidstaten ruimte laat voor de gewenste nationale invulling. Het Hof van Justitie staat niet altijd welwillend tegenover de ruimte die er Europeesrechtelijk voor lidstaten bestaat bij implementatie in nationale wet- en regelgeving. Hoewel het communautaire acquis thans ogenschijnlijk ruimte laat voor het inbouwen van meer flexibiliteit in het bestaande systeem van beperkingen is het nog maar de vraag hoe reëel deze ruimte is als het Hof van Justitie zich te zijner tijd over deze materie buigt. Doorgaans legt het Hof van Justitie beperkingen of uitzonderingen op de rechten van de auteursrechthebbenden restrictief uit (zie bijvoorbeeld HvJEU 16 juli 2009, C-5/08, *Infopaq I* en 17 januari 2012, C-302/10, *Infopaq II*). Het Hof van Justitie heeft echter in een aantal recente uitspraken (zoals HvJEU 4 oktober 2011, C-429/08 en C-403/08, *Premier League* en 1 december 2011, C-145/10, *Eva-Maria Painer*) tevens benadrukt dat de nuttige werking van de vastgestelde beperkingen wordt beschermd en de doeleinden ervan worden geëerbiedigd. Dat is in het bijzonder het geval waar beperkingen zien op het mogelijk maken en waarborgen van de ontwikkeling en de werking van nieuwe technologieën en bij de uitoefening van grondrechten. Het Hof van Justitie stelt hierbij voorop dat moet worden gestreefd naar het vinden van een rechtvaardig evenwicht tussen de rechten en de belangen van rechthebbenden en gebruikers van beschermde werken. Een flexibele invulling van de bestaande beperkingen hoeft in de ogen van de Commissie dus zeker geen schipbreuk te lijden. Hoewel de grenzen die de Auteursrechtlijn aan beperkingen stelt vanzelfsprekend gerespecteerd dienen te worden, staat het de lidstaten vrij om optimaal gebruik te maken van de ruimte die de richtlijn laat. Hiervoor pleit ook dat het alternatief – i.e. wachten tot de Europese wetgever iets gaat ondernemen – niet erg aantrekkelijk is. Het Europees wetgevingsproces is traag en kan dus geen prompte, effectieve respons bieden ten aanzien van technologische ontwikkelingen. Het is daarom beter de ruimte te benutten die de Auteursrechtlijn thans aan de lidstaten laat.

In dit advies beperkt de Commissie zich expliciet tot de adviesaanvraag. Dat betekent dat zij niet ingaat op de mogelijke introductie van een *fair use*-uitzondering op Europees niveau.

Zij onderzoekt alleen of, en in hoeverre, het communautaire acquis thans ruimte laat voor het inrichten van een flexibel systeem van beperkingen op het auteursrecht in Nederland en hoe een dergelijk systeem kan worden vormgegeven.

1.2 Beraadslaging Commissie Auteursrecht

De Commissie Auteursrecht heeft beraadslaagd over de adviesaanvraag in haar vergaderingen op 20 januari 2012 en 27 februari 2012. De samenstelling van de Commissie is als volgt: mr. E.J. Numann (voorzitter), prof. mr. M. de Cock Buning, mr. B.J. Drijber, prof. mr. P.B. Hugenholtz, mr. N. van Lingen, prof. mr. J.E.J. Prins, prof. mr. A.A. Quaedvlieg en prof. mr. M. Senftleben.³ De secretarissen van de Commissie Auteursrecht zijn mr. S.J. van Gompel (verslaglegging) en mr. M.J.H. Langendoen. Namens het Ministerie van Justitie was naast mr. M.J.H. Langendoen ook mr. E. Schmieman bij de vergaderingen aanwezig.

1.3 Gevolgde aanpak en opbouw advies

Tijdens de beraadslaging heeft de Commissie zich allereerst bezig gehouden met de vraag hoe haar advies zich verhoudt tot het in november 2011 verschenen rapport 'Fair use in Europe. In search of flexibilities',⁴ dat door P.B. Hugenholtz en M.R.F. Senftleben is geschreven. In dit rapport is de vraag 'of, en zo ja in hoeverre, binnen het kader van het communautaire acquis thans reeds mogelijkheden bestaan voor het op nationaal niveau inrichten van een flexibel systeem van beperkingen op het auteursrecht' reeds uitvoerig beantwoord. Het rapport laat zien dat er binnen het bestaande Europeesrechtelijke kader nog voldoende ruimte is om meer flexibiliteit in te bouwen in het huidige systeem van beperkingen op het auteursrecht. Zo zijn sommige beperkingen ruim geformuleerd en eerder te beschouwen als doelomschrijvingen dan als streng afgebakende regels. Een andere belangrijke conclusie van het rapport is dat het recht van *adaptation* (bewerking) niet is geharmoniseerd en dus aanvullende ruimte laat voor flexibiliteit.

³ Mr. N. van Lingen en prof. mr. J.E.J. Prins waren niet in de gelegenheid om aan de eerste beraadslaging deel te nemen. Prof. mr. M. de Cock Buning en prof. mr. M. Senftleben waren afwezig bij de tweede beraadslaging.

⁴ Zie: <<http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>>.

In het rapport komt echter niet expliciet naar voren hoe de ruimte op nationaal niveau kan worden ingevuld om meer flexibiliteit te creëren in het bestaande systeem van beperkingen op het auteursrecht. De Commissie wil daarom voortgaan waar het rapport ophoudt en pogen concreet te formuleren hoe de Nederlandse Auteurswet kan worden aangepast om de flexibiliteit die het communautaire acquis thans laat optimaal te benutten en efficiënt in te zetten.

De voornaamste vraag die hierbij speelt is welke doelen het kabinet met de introductie van een flexibel systeem van beperkingen op het auteursrecht voor ogen staan. In de brief met de adviesaanvraag schrijft de Staatssecretaris dat de gedachte achter een *fair use*-uitzondering is om zo goed mogelijk aan te sluiten bij de huidige stand van de technologie en voldoende ruimte en flexibiliteit te bieden om ook te kunnen aansluiten bij toekomstige technologische ontwikkelingen. De Commissie merkt op dat de Speerpuntenbrief Auteursrecht 20©20 en de Digitale Agenda voor het ICT-beleid een beperkter doel hebben; deze documenten vermelden dat een *fair use*-uitzondering in eerste instantie gericht zou moeten zijn op het stimuleren van (niet-commercieel) creatief hergebruik van werken. Daarbij wordt onder meer verwezen naar *user-generated content*. In de Digitale Agenda voor het ICT-beleid heeft het kabinet voorts aangekondigd onderzoek te laten doen naar de gevolgen voor commerciële exploitatie van beschermde werken en voor het innovatieklimaat in Nederland van het ontbreken van een *fair use*-uitzondering in de Auteursrechtlijn. In dat onderzoek zal dus worden geïdentificeerd welke nieuwe diensten (zoals zoekmachines, cloud-lockers, etc.) qua innovatie en commerciële exploitatie hinder ondervinden van de bestaande, limitatieve lijst van – vrij nauwkeurig omschreven – beperkingen in de Auteursrechtlijn.

Nu dat onderzoek nog niet is afgerond en er dus nog geen goed beeld bestaat van de noodzaak van het invoeren van een flexibel systeem van beperkingen op het auteursrecht om onnodige belemmeringen weg te nemen voor nieuwe diensten en exploitatiemodellen, zal de Commissie zich in dit advies alleen richten op de vraag in hoeverre en op welke wijze de Nederlandse Auteurswet thans kan voorzien in een flexibele regeling voor *user-generated content*, gegeven het internationaalrechtelijke en Europeesrechtelijke kader. De vraag naar de mogelijkheden om een flexibele open norm in de huidige Auteurswet te introduceren voor nieuwe, innovatieve diensten of andere vormen van gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken waarvoor de bestaande beperkingen mogelijk te weinig flexibiliteit bieden, zoals het gebruik van werken in ‘digitale klaslokalen’, filmdocumentaires, etc., zal in een later stadium

(i.e. wanneer het genoemde onderzoek is afgerond) desgevraagd onderzocht en besproken worden.

Dit advies bestaat daarom, naast dit inleidende hoofdstuk, uit één inhoudelijk hoofdstuk waarin de juridische mogelijkheden worden onderzocht voor het opnemen van een flexibele regeling voor *user-generated content* in de Nederlandse Auteurswet (hoofdstuk II). Het advies wordt afgesloten met een korte conclusie (hoofdstuk III).

II. Een flexibele regeling voor *user-generated content*

Zoals in het inleidende hoofdstuk is uiteengezet gaat de Commissie in dit advies alleen in op de bestaande juridische mogelijkheden tot het opnemen van een flexibele regeling voor *user-generated content* in de Nederlandse Auteurswet. Het momentum voor het invoeren van zo'n regeling neemt duidelijk toe. In het 'Groenboek Auteursrecht in de Kenniseconomie' uit 2008 heeft de Europese Commissie de wenselijkheid van een beperking voor *user-generated content* reeds onderzocht.⁵ En in Canada is momenteel een wetsvoorstel aanhangig waarin een expliciete regeling voor (niet-commercieel) creatief hergebruik van werken is opgenomen.⁶

De Commissie stelt dat de vraag naar de juridische mogelijkheden tot het introduceren van een flexibele regeling voor *user-generated content* moet worden voorafgegaan door het antwoord op de vraag naar het gebruik dat men wel of niet wil toestaan. Een nieuwe regeling voor *user-generated content* dient ruimte te bieden voor creatief hergebruik in de niet beroeps- of bedrijfsmatige sfeer. Om als *user-generated content* te worden aanmerken moet in elk geval aan de volgende criteria zijn voldaan. Het moet gaan om een bewerking van bestaande werken voor niet-professionele doeleinden en er moet een creatieve bewerkingsslag hebben plaatsgevonden. Dat wil zeggen, er moet door de gebruiker iets substantieels aan een bestaand werk worden toegevoegd. De wetgever hoeft het begrip *user-generated content* overigens niet bij wet te definiëren, maar kan de toegestane handelingen ook duidelijk in een wettelijke bepaling beschrijven. In het Canadese wetsvoorstel komt het begrip *user-generated content* ook niet als zodanig voor. De term kan eventueel in de Memorie van Toelichting nader worden omljnd.

Als een bewerking op grond van een nieuwe wettelijke regeling wordt aangemerkt als *user-generated content*, dan moet de maker ook de bevoegdheid hebben om de creatie online beschikbaar te stellen via platforms zoals YouTube, MySpace, Hyves, etc. Het dient voor de toepassing van de regeling niet uit te maken dat de online beschikbaarstelling geschiedt via een commercieel geëxploiteerd kanaal. Dat betekent niet dat voortgezette exploitatie door derden is toegestaan. Indien een exploitant (zoals een wasmiddelenproducent) een als *user-generated content* aangemerkte bewerking wil hergebruiken (bijvoorbeeld in een

⁵ Europese Commissie, Groenboek Auteursrecht in de kenniseconomie, COM(2008)466 def., Brussel, 16 juli 2008.

⁶ Sec. 29.21 (*Non-commercial user-generated content*) van Bill C-11 (the *Copyright Modernization Act*), <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=5144516&file=4>>.

reclamefilmpje), dan moet daarvoor toestemming worden verkregen van zowel de bewerker als de rechthebbende(n) van het oorspronkelijke werk.

De Commissie onderzoekt daarom of en in hoeverre in Nederland een flexibele regeling voor *user-generated content* kan worden ingevoerd, waarbij enerzijds zoveel mogelijk ruimte wordt gelaten voor creatief hergebruik, maar anderzijds niet wordt afgedaan aan aanspraken op een eventuele vergoeding voor rechthebbenden voor gebruik dat niet onder de regeling valt. Daarbij wordt nauwlettend in het oog gehouden welk gebruik op grond van de huidige Nederlandse Auteurswet al is toegestaan, welke aanpassingen nodig zijn en in hoeverre deze aanpassingen op grond van de Auteursrechtlijn kunnen worden doorgevoerd.

De Commissie merkt op dat het introduceren van een nieuwe beperking die specifiek ziet op *user-generated content* vanuit Europeesrechtelijk perspectief problematisch is. De bestaande, limitatieve lijst van beperkingen in de Auteursrechtlijn biedt daarvoor geen ruimte. Ook het invoeren van een nieuwe – op de drie-stappentoets gebaseerde – *fair use*-bepaling die de kaders van de in de Auteursrechtlijn opgesomde beperkingen te buiten gaat, staat op gespannen voet met de bestaande communautaire regelgeving (para. II.1).

Het is wel denkbaar dat voor het introduceren van flexibiliteit om *user-generated content* mogelijk te maken wordt aangehaakt bij bestaande bepalingen. De Commissie onderzoekt of en in hoeverre het mogelijk is om het gebruik van werken voor *user-generated content* onder voorwaarden toe te staan door *user-generated content* aan te merken als ‘vrije bewerking’ in de zin van art. 13 Aw (para. II.2); aan te haken bij de parodie-exceptie van art. 18b Aw (para. II.3); en/of aan te haken bij de citaat-exceptie van art. 15a Aw (para. II.4). Zoals hieronder wordt uiteengezet voelt de Commissie het meest voor deze laatste mogelijkheid.

II.1 Een algemene, op de drie-stappentoets gebaseerde open norm

Is het mogelijk een algemene, op de drie-stappentoets gebaseerde wettelijke beperking in de Auteurswet op te nemen? Deze algemene beperking zou een zelfstandig bestaan kunnen krijgen naast een reeks specifieke wettelijke beperkingen. In de algemene beperking zou, onder verwijzing naar de specifieke wettelijke beperkingen, kunnen worden bepaald dat analoge vormen van gebruik zijn toegestaan, mits aan de voorwaarden uit de drie-stappentoets is voldaan. Een dergelijke ‘*catch-all*’ beperking lijkt voldoende ruimte te creëren om het

gebruik van werken voor *user-generated content* toe te staan. In de ‘European Copyright Code’ van de Wittem groep wordt een soortgelijke beperking voorgesteld.⁷

Binnen een dergelijke algemene wettelijke beperking zou de drie-stappentoets fungeren als vangnet. In het kader van *user-generated content* zou het vereiste dat geen afbreuk mag worden gedaan aan de normale exploitatie van werken (de tweede stap) bijvoorbeeld kunnen voorkomen dat de beperking zich ook uitstrekt tot commerciële exploitatiehandelingen.

De drie-stappentoets wordt in dit voorstel dus ingezet als (semi) open norm, die zowel de nodige flexibiliteit biedt voor gebruikers als bescherming biedt ten behoeve van de belangen van rechthebbenden. Dit is anders dan de uitleg die de Europese wetgever tot dusver aan deze toets heeft gegeven. In Europa is de drie-stappentoets hoofdzakelijk ingezet ter inperking van de beperkingen op het auteursrecht in het belang van de rechthebbenden. Vanuit internationaal perspectief is dit opmerkelijk. In een groot aantal landen functioneert de drie-stappentoets juist als rechtvaardiging voor nationale beperkingen. De drie-stappentoets zou dus kunnen worden ingezet als flexibel instrument om bepaalde vormen van gebruik onder voorwaarden toe te staan en dus niet als een eenzijdige extra correctie op bestaande beperkingen.

De Commissie wijst in dit verband ook op haar advies uit 1998. De meerderheid van de toenmalige Commissie beveelt daarin aan om ‘voor die gevallen waarin de wet niet in bijzondere wettelijke beperkingen voorziet ... maar waar niettemin twijfel kan bestaan over de wenselijkheid van uitoefening van rechten een open auteurs- en nabuurrechtelijke norm te formuleren waarop in een concreet geval een beroep kan worden gedaan als verweer tegen een vordering gebaseerd op inbreuk op auteursrecht en/of naburige rechten en waarbij alle betrokken belangen tegen elkaar kunnen worden afgewogen. Artikel 5 lid 4 van het EG-Richtlijnvoorstel (de drie-stappen-toets) zou daarvoor als model kunnen dienen.’⁸ Het idee om de drie-stappentoets in te zetten als een (semi) open norm is dus zeker niet nieuw. De Commissie vraagt zich echter af of en in hoeverre een algemene ‘*catch-all*’ beperking is toegestaan op grond van de Auteursrechtlijn. Daarin wordt immers uitgegaan van een gesloten catalogus van beperkingen. Bij de onderhandelingen over de Auteursrechtlijn is het destijds door sommige lidstaten, waaronder Nederland, verdedigde standpunt dat deze richtlijn een (open) *fair use* exceptie zou moeten bevatten, uitdrukkelijk niet aanvaard.

⁷ ‘European Copyright Code’, <<http://www.copyrightcode.eu/>>.

⁸ Commissie Auteursrecht, *Advies over auteursrecht, naburige rechten en de nieuwe media*, augustus 1998, <<http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/rapporten/2011/03/09/advies-commissie-auteursrecht-over-auteursrecht-naburige-rechten-en-de-nieuwe-media/02-advies-nieuwe-media.pdf>>, p. 46

Zonder tussenkomst van de Europese wetgever lijkt dus niet zonder meer ruimte te bestaan om deze lijst naar analogie uit te breiden tot vergelijkbare vormen van gebruik. Slechts een aantal beperkingen biedt daar expliciet ruimte voor, zoals de citaat-exceptie van art. 5 lid 3 onder d Auteursrechtlijn die ‘het citeren ten behoeve van kritieken en recensies en voor soortgelijke doeleinden’ toestaat. De Commissie adviseert het Ministerie daarom te bekijken in hoeverre de bestaande beperkingen individueel opgebroken kunnen worden om flexibiliteit te creëren voor het gebruik van werken voor *user-generated content*, en niet in te zetten op het introduceren van een algemene open norm.

II.2 De vrije bewerking in de zin van art. 13 Aw

Biedt art. 13 Aw ruimte voor *user-generated content*? Deze bepaling, die een (gedeeltelijke) definitie geeft van wat onder de verveelvoudiging van een werk moet worden verstaan, geeft de bevoegdheid tot het geheel of ten dele bewerken of nabootsen van een werk in gewijzigde vorm. Een bewerking of nabootsing welke als een ‘nieuw, oorspronkelijk werk’ kan worden aangemerkt wordt door de wet expliciet niet als een verveelvoudiging van het origineel gekwalificeerd. De bepaling luidt als volgt:

Artikel 13 Aw:

Onder de verveelvoudiging van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt mede verstaan de vertaling, de muziekschikking, de verfilming of tooneelbewerking en in het algemeen iedere geheele of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigden vorm, welke niet als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt.

De Commissie stelt dat, mits mag worden aangenomen dat het recht van ‘adaptation’ niet door Europees recht is geharmoniseerd (en het Hof van Justitie daarin later geen verandering brengt), er in principe ruimte is om het gebruik van werken voor *user-generated content* onder te brengen in art. 13 Aw. Dit zou kunnen door het opnemen van een voorschrift in art. 13 Aw, inhoudend dat bewerkingen die worden aangemerkt als *user-generated content* – onder bepaalde voorwaarden – ook als nieuw, oorspronkelijk werk worden aangemerkt. Onder deze variant zou het maken van *user-generated content* niet zijn toegestaan op grond van een beperking, maar direct van het verveelvoudigingsrecht worden uitgezonderd. De Nederlandse wetgever heeft dit al eens eerder gedaan, namelijk bij de implementatie van art. 5 lid 1

Auteursrechtlijn, i.e. de tijdelijke reproductie van voorbijgaande of incidentele aard, in art. 13a Aw.

Voor de invulling van een dergelijke regeling zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de Duitse leer van de *freie Benutzung*, zoals neergelegd in § 24(1) *UrhG*. Deze bepaling geeft aan dat een onafhankelijk werk, dat als een vrije bewerking van het werk van een ander kan worden gekwalificeerd, zonder toestemming van de auteur(srechthebbende) van het gebruikte werk mag worden openbaargemaakt en geëxploiteerd.⁹ Daarbij moet een zekere – innerlijke of uiterlijke – afstand worden bewaard ten opzichte van het oorspronkelijke werk. Er bestaat nog geen Duitse rechtspraak over de vraag of en in hoeverre *user-generated content* als *freie Benutzung* kan worden beschouwd, maar in het algemeen kan worden gesteld dat de Duitse *freie Benutzungs*-leer ruimer is dan het criterium ‘nieuw, oorspronkelijk werk’ in art. 13 Aw. In het *Suske en Wiske*-arrest uit 1984 is door de Hoge Raad beslist dat er wel degelijk ook vrije bewerkingsruimte bestaat in het Nederlandse auteursrecht, bijvoorbeeld voor parodieën. De nabootsing mag echter niet verder gaan dan voor de herkenbaarheid van het geparodieerde werk noodzakelijk is. In Duitsland wordt de parodie sinds jaar en dag beschouwd als een *freie Benutzung*, waarbij innerlijke afstand tot het originele werk moet bestaan. Dit biedt dus meer ruimte dan het genoemde Nederlandse criterium. Aan de andere kant moet de ruimte die de *freie Benutzungs*-leer biedt ook niet worden overdreven. In 2010 heeft het *Bundesgerichtshof* bepaald dat een samenvatting van een boekbespreking waarin originele passages van de oorspronkelijke boekbespreking zijn verwerkt, alleen dan als *freie Benutzung* kan worden beschouwd als de totaalindruk van de samenvatting een zodanige uiterlijke afstand tot de oorspronkelijke boekbespreking bewaart dat, ondanks de corresponderende elementen, van een onafhankelijk werk kan worden gesproken.¹⁰ De Nederlandse rechtspraak hanteert een soortgelijke toets om te beoordelen of een nabootsing al dan niet geoorloofd is.

De Commissie merkt evenwel meteen op dat het niet eenvoudig is in zijn algemeenheid vast te stellen waar de grens ligt tussen toelaatbare ‘vrije’ bewerkingen en niet-toelaatbare inbreukmakende bewerkingen. Talloze producties die tot de categorie *user-generated content* worden gerekend zijn juridisch te kwalificeren als verveelvoudiging en niet als nieuw, oorspronkelijk werk. Vooral bij muziek is dat het geval: vaak wordt muziek zonder enige vorm van bewerking toegevoegd aan filmpjes, fotocollages, etc. die voor *user-generated*

⁹ De Duitse wet maakt een uitzondering voor het gebruik van bestaande muziekwerken (§ 24(2) *UrhG*). Daarvan mag de melodie niet op een kenbare wijze worden ontnomen en voor een nieuw muziekwerk worden gebruikt.

¹⁰ BGH, 01.12.2010 - I ZR 12/08 – Perlentaucher.

content moeten doorgaan. Er bestaan dus duidelijk gevallen van *user-generated content* met een element van pure verveelvoudiging. Het is lastig hoe daarmee om te gaan.

Bovendien kunnen bepaalde vormen van *user-generated content* wellicht nu al als nieuw, oorspronkelijk werk in de zin van art. 13 Aw worden aangemerkt. De Commissie acht het niet gewenst de ruimte die daarvoor thans bestaat, en door de rechter moet worden ingevuld, met precieze bewoordingen in de wet te gaan verankeren. Dit zou de bestaande ruimte vastleggen en dus op gespannen voet komen te staan met de opzet van de huidige exercitie, namelijk om juist meer flexibiliteit te creëren om *user-generated content* mogelijk te maken.

Tegen deze achtergrond vindt de Commissie het onverstandig en onwenselijk het gebruik van werken voor *user-generated content* expliciet te regelen in art. 13 Aw. Het is beter om niet aan het bestaande onderscheid tussen ongeoorloofde en geoorloofde bewerkingen te tornen. De Commissie vindt het allereerst riskant om eenzijdig op nationaal niveau te regelen dat *user-generated content*, onder voorwaarden, als geoorloofde bewerking is aan te merken. De ruimte om dit op nationaal niveau te regelen verdwijnt immers zodra het Hof van Justitie een ruime uitleg geeft aan het reproductierecht. Daarnaast kan een dergelijke ingreep ook vergaande repercussies hebben op andere fronten, dus niet alleen met betrekking tot *user-generated content*, maar ook ten aanzien van vertalingen, muziekschikkingen, etc. Omdat het onmogelijk is om de consequenties van een dergelijke maatregel goed te overzien stelt de Commissie voor de regeling voor *user-generated content* onder te brengen bij een van de reeds bestaande beperkingen op het auteursrecht.

II.3 De parodie-exceptie (art. 18b Aw)

Een andere mogelijkheid die de Commissie onderzoekt is om het gebruik van werken voor *user-generated content* onder te brengen in een verruimde versie van de parodie-exceptie van art. 18b Aw. Deze bepaling luidt momenteel als volgt:

Artikel 18b Aw:

Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd de openbaarmaking of verveelvoudiging ervan in het kader van een karikatuur, parodie of pastiche mits het gebruik in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is.

De Commissie merkt op dat de rationale van de parodie-exceptie vergelijkbaar is met die van een beperking voor *user-generated content*. Beide regelingen zijn gericht op het belonen van auteurschap en creativiteit die niet concurreert met het oorspronkelijke werk.

Daarnaast lijkt de parodie-exceptie ook wel enige ruimte te bieden voor *user-generated content*. De termen ‘karikatuur’, ‘parodie’ en ‘pastiche’, die rechtstreeks zijn overgenomen uit art. 5 lid 3 onder k Auteursrechtlijn, zijn namelijk niet gedefinieerd. In tegenstelling tot de termen ‘karikatuur’ en ‘parodie’, die redelijk voor zich spreken en met name lijken te zien op het creëren van een humoristisch effect, is niet geheel duidelijk wat met de term ‘pastiche’ wordt bedoeld. Het Van Dale Groot Woordenboek definieert het woord ‘pastiche’ als (1) een slechte nabootsing van een kunstwerk, antiquiteit enz.; en (2) een opzettelijke navolging, werkstuk in nabootsende stijl (met satirische of kritische bedoelingen). Dit lijkt wel enigszins op wat in het dagelijks taalgebruik onder *user-generated content* wordt verstaan.

De Commissie vindt het wetssystematisch een goede oplossing om de regeling voor *user-generated content* onder te brengen bij een reeds bestaande beperking op het auteursrecht. Mocht de regeling een plek krijgen onder de parodie-exceptie, dan zou deze bepaling echter wel moeten worden uitgebreid of de bewoordingen ervan ruim geïnterpreteerd.

Daarin schuilt echter ook een gevaar. Bij toetsing door het Hof van Justitie zou later wel eens kunnen blijken dat juist moet worden uitgegaan van een enge uitleg. Dit gevaar bestaat met name als wordt uitgegaan van een traditionele uitleg van de gebruikte terminologie of van bestaande jurisprudentie in de lidstaten. De bepaling uit de Auteursrechtlijn is regelrecht ontleend aan art. L 122-5 van de Franse *Code de la propriété intellectuelle*, dat bepaalt dat de auteur van een (rechtmatig) in het verkeer gebracht werk zijn verbodsrecht niet kan inroepen ten aanzien van een parodie, pastiche of karikatuur. De wet stelt daarbij voorop dat rekening moet worden gehouden met ‘de regels van het genre’.¹¹ De rechtspraak in de meeste andere lidstaten vereist voor een beroep op de parodie-exceptie in de regel dat er in elk geval sprake moet zijn van een lachwekkend effect. Omdat dit vaak niet de opzet is bij *user-generated content* is de vraag of de parodie-exceptie wel de juiste plek is om de regeling in onder te brengen.

¹¹ Art. L 122-5 van de Franse *Code de la propriété intellectuelle*: ‘Lorsque l’œuvre a été divulguée, l’auteur ne peut interdire: [...] 4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre ; [...].’

II.4 De citaat-exceptie (art. 15a Aw)

De Commissie acht het daarentegen goed mogelijk om voor de invoering van de regeling voor *user-generated content* aan te sluiten bij de citaat-exceptie van art. 15a Aw. In tegenstelling tot de parodie-exceptie, die geen specifieke wettelijk omschreven voorwaarden kent, lijken de voorwaarden genoemd in de citaat-exceptie redelijk te passen bij en flexibiliteit te bieden voor het gebruik van werken voor *user-generated content*. De bepaling luidt als volgt:

Artikel 15a Aw:

1. Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd het citeren uit een werk in een aankondiging, beoordeling, polemiek of wetenschappelijke verhandeling of voor een uiting met een vergelijkbaar doel mits:

1°. het werk waaruit geciteerd wordt rechtmatig openbaar gemaakt is;

2°. het citeren in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is en aantal en omvang der geciteerde gedeelten door het te bereiken doel zijn gerechtvaardigd;

3°. artikel 25 in acht wordt genomen; en

4°. voor zover redelijkerwijs mogelijk, de bron, waaronder de naam van de maker, op duidelijke wijze wordt vermeld.

2. Onder citeren wordt in dit artikel mede begrepen het citeren in de vorm van persoverzichten uit in een dag-, nieuws- of weekblad of tijdschrift verschenen artikelen.

3. Dit artikel is mede van toepassing op het citeren in een andere taal dan de oorspronkelijke.

De Commissie is van mening dat het verruimen van art. 15a Aw met als doel het gebruik van werken voor *user-generated content* mogelijk te maken op grond van het communautaire acquis thans – naar alle waarschijnlijkheid – al geoorloofd is. De Auteursrechtlijn biedt namelijk ruimte voor flexibiliteit door in art. 5 lid 3 onder d te spreken van ‘het citeren ten behoeve van kritieken en recensies *en voor soortgelijke doeleinden*’ (cursivering toegevoegd). Mits het begrip *user-generated content* voldoende duidelijk in de wet is omschreven (en nader omljnd in de Memorie van Toelichting) en bij de toepassing in de praktijk aan de algemene maatschappelijke zorgvuldigheidnorm en de andere in deze bepaling genoemde voorwaarden is voldaan, lijkt deze bepaling daarom voldoende ruimte te laten voor het citeren van werken binnen het kader van *user-generated content*.

Een minimale wetswijziging zou hiertoe kunnen volstaan. De Commissie adviseert om in art. 15a Aw een apart lid toe te voegen dat bepaalt dat ook het citeren van werken binnen het

kader van *user-generated content* geoorloofd is, mits aan de in lid 1 genoemde voorwaarden is voldaan. Daarbij zou in de Memorie van Toelichting kunnen worden verduidelijkt dat deze nieuwe bepaling onverlet laat dat, naast een beroep op de citaat-exceptie, waar mogelijk ook beroep kan worden gedaan op een van de andere bestaande beperkingen, zoals de incidentele verwerking van ondergeschikte betekenis (art. 18a Aw) en de parodie-exceptie (art. 18b Aw), of op een andere bepaling, zoals de vrije bewerking in de zin van art. 13 Aw.

Het verruimen van de citaat-exceptie met als doel meer flexibiliteit te creëren voor het gebruik van werken voor *user-generated content* heeft een aantal voordelen. Allereerst denkt de Commissie dat hiermee een voldoende evenwichtige beperking wordt geïntroduceerd die niet alleen recht doet aan de belangen van rechthebbenden en gebruikers, maar ook voldoet aan de internationale en Europese normen en, in het bijzonder, de drie-stappentoets. Daarbij is met name het criterium van lid 1 onder 2 van belang. Dit criterium verwijst naar ‘hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is’. Dit betekent dat bij de vraag of een bepaalde activiteit gerechtvaardigd is zowel de rechtmatige (e.g. economische) belangen van rechthebbenden als die van gebruikers en van het publiek in het algemeen (e.g. vrijheid van meningsuiting) kunnen worden meegewogen. Daarnaast moet, op grond van het criterium in lid 1 onder 2, het ‘aantal en omvang der geciteerde gedeelten door het te bereiken doel zijn gerechtvaardigd’. In zoverre het gebruik buiten de beperking valt, is het uiteraard wel mogelijk dit gebruik verregaand juridisch af te dekken, bijvoorbeeld door middel van een licentie tussen collectieve beheersorganisaties en platforms zoals YouTube, MySpace, Hyves, etc. Dit zou expliciet in de Memorie van Toelichting kunnen worden benadrukt.

De Commissie is van mening dat een verruiming van de citaat-exceptie, zoals hier wordt voorgesteld, goed zou passen in het systeem van de wet. Zoals opgemerkt laat art. 5 lid 3 onder d Auteursrechtlijn de lidstaten in verregaande mate vrij in het bepalen van de doeleinden waarvoor de citaat-exceptie wordt ingezet. Daarnaast heeft het Hof van Justitie onlangs in de *Eva-Maria Painer* uitspraak geoordeeld dat, hoewel de voorwaarden zoals genoemd in art. 5 lid 3 onder d Auteursrechtlijn eng moeten worden uitgelegd, deze bepaling ook doelt op het bereiken van een rechtvaardig evenwicht tussen het recht op vrije meningsuiting van de gebruikers en het aan de auteurs toegekende reproductierecht.¹² Tot slot bestaan er in Europa ook al enkele precedents van nationale wetgeving waarin de citaat-exceptie door middel van een betrekkelijk abstracte norm is geïmplementeerd. Zo kent

¹² HvJ EU 1 december 2011, C-145/10 (*Eva-Maria Painer*), ov. 133-134.

Zweden een beperking die luidt dat gepubliceerde werken mogen worden geciteerd ‘*in accordance with proper usage and to the extent necessary for the purpose.*’ Hugenholtz en Senftleben merken op dat deze norm ogenschijnlijk ruimte laat voor een relatief breed spectrum aan transformatieve gebruikswijzen waarvoor geen toestemming hoeft te worden verkregen.¹³ De Commissie meent met dat al dat het Europese recht de Nederlandse wetgever de ruimte laat om de citaat-exceptie zodanig te verruimen dat daarbinnen ook ruimte ontstaat voor het citeren van werken in het kader van *user-generated content*.

¹³ Zie: <<http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>>, p. 15.

III. Conclusie

In dit advies is onderzocht of en in hoeverre binnen het kader van het communautaire acquis thans reeds mogelijkheden bestaan voor de introductie van een flexibele regeling voor *user-generated content* in de Nederlandse auteurswet. De Commissie Auteursrecht heeft voor het beantwoorden van deze vraag onderzocht hoeveel ruimte er is binnen de bestaande beperkingen op het auteursrecht. Een andere mogelijkheid, zoals het invoeren van een specifieke beperking voor *user-generated content* of van een nieuwe, op de drie-stappentoets gebaseerde, *fair use*-bepaling, zou naar het oordeel van de Commissie de kaders van de limitatieve lijst van beperkingen in de Auteursrechtlijn te buiten gaan. Ook is de Commissie geen voorstander van het oprekken van art. 13 Aw door *user-generated content* onder voorwaarden als ‘nieuw, oorspronkelijk werk’ aan te merken. Hoewel dit op grond van het communautaire acquis mogelijk lijkt te zijn, aangezien het recht van *adaptation* (bewerking) niet is geharmoniseerd, waarschuwt de Commissie dat, zodra het Hof van Justitie een ruime uitleg geeft aan het reproductierecht, de ruimte op nationaal niveau alsnog verdwijnt. Ook is het niet goed te overzien wat de consequenties van het oprekken van art. 13 Aw zijn op andere terreinen, zoals het maken van vertalingen, muziekschikkingen, etc.

Een regeling van *user-generated content* kan naar het oordeel van de Commissie uit wetssystematisch oogpunt beter worden ondergebracht bij een reeds bestaande beperking op het auteursrecht. Indien de bepaling wordt uitgebreid of de bewoordingen ervan ruim geïnterpreteerd zou de regeling een plek kunnen krijgen onder de parodie-exceptie van art. 18b Aw. Het gevaar is echter dat bij toetsing door het Hof van Justitie later zou kunnen blijken dat juist moet worden uitgegaan van een enge uitleg. Ook vereist een beroep op de parodie-exceptie wellicht een lachwekkend effect. Dit is vaak niet de opzet bij *user-generated content*. De vraag is dus of de parodie-exceptie wel de juiste plek is om de regeling in onder te brengen.

Het ligt meer voor de hand de regeling voor *user-generated content* te laten aansluiten bij het citaatrecht van art. 15a Aw. De in lid 1 van dat artikel genoemde voorwaarden passen redelijk goed bij het gebruik van werken voor *user-generated content*. Ook lijkt art. 5 lid 3 onder d Auteursrechtlijn, dat spreekt van ‘het citeren ten behoeve van kritieken en recensies en voor soortgelijke doeleinden’, voldoende ruimte te bieden voor het citeren van werken binnen het kader van *user-generated content*. De beperking kan bovendien zo worden

ingericht dat zij voldoet aan de internationale en Europese normen en, met name, de driestappentoets.

Mocht de Staatssecretaris overwegen een flexibele regeling voor *user-generated content* in de Nederlandse auteurswet te introduceren, dan adviseert de Commissie daarom dat te doen door in art. 15a Aw een nieuw lid toe te voegen dat bepaalt dat ook het citeren van werken binnen het kader van *user-generated content* geoorloofd is, mits aan de in lid 1 genoemde voorwaarden is voldaan. Dat begrip zou in de wet summier kunnen worden omschreven en in de Memorie van Toelichting nader kunnen worden omlijnd. Daarbij zou de Memorie van Toelichting kunnen verduidelijken dat deze nieuwe bepaling onverlet laat dat, naast een beroep op de citaat-exceptie, waar mogelijk ook een beroep kan worden gedaan op andere bestaande beperkingen.