



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Copyright, Limitations and the Three-step test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law

Senftleben, M.R.F.

Publication date
2004

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Senftleben, M. R. F. (2004). *Copyright, Limitations and the Three-step test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*. [Thesis, fully internal, Universiteit van Amsterdam]. Kluwer Law International.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

SAMENVATTING

Aan de hand van de driestappentoets worden de beperkingen van het auteursrecht beperkt. De toets leidt dus tot het rijtje gebeurtenissen – verlening van exclusieve rechten, oplegging van beperkingen op die rechten, en toepassing van de driestappentoets – waarop in hoofdstuk 2 van deze studie nader is ingegaan.

Met betrekking tot de als eerste aan de orde gestelde overwegingen, die aan de toekenning van auteursrechtelijke bescherming ten grondslag liggen, is uit rechtshistorisch onderzoek gebleken dat het misplaatst is de twee auteursrechtelijke tradities – de Anglo-Amerikaanse en de continentaal-Europese – te zien als met elkaar onverenigbare, afzonderlijke systemen. Een gemeenschappelijk bestand van ideeën, die hun oorsprong eveneens vinden in de natuurrechtsgedachte en utiliteitstheorieën, vormt juist de basis waarop de toekenning van auteursrechtelijke bescherming in beide systemen berust.¹⁴⁹⁴ Het natuurrechtsargument is in dit verband teruggevoerd op Locke's uiteenzetting in zijn 'Second Treatise on Government' van een 'natuurlijk' recht op eigendom. In deze redenering wordt de individuele prestatie van de auteur en aldus zijn scheppingsdaad op de voorgrond geplaatst. Verdere, uit een natuurrechtelijke benadering voortvloeiende redeneringen, zoals bijvoorbeeld de stelling, dat de maker steeds verbonden blijft met het product van zijn creatieve arbeid, dat als een materialisering van zijn persoonlijkheid wordt beschouwd, zijn vanuit deze achtergrond te begrijpen. Utilitaire argumenten daarentegen maken het mogelijk auteursrechtelijke bescherming vanuit het oogpunt van het nut voor het algemeen welzijn te benaderen. Met het in het vooruitzicht stellen van een financiële vergoeding voor het verrichte creatieve werk kan volgens deze aanpak de auteur tot intellectuele, creatieve productiviteit worden aangemoedigd. De van het auteursrecht uitgaande prikkel tot intellectuele scheppingen zou uiteindelijk aan de maatschappij in het geheel ten goede komen. In dit kader kunnen economische, industrieel-politieke en culturele overwegingen, net als op het bevorderen van de vrijheid van meningsuiting gerichte argumenten, worden aangevoerd om de toekenning van auteursrechtelijke bescherming te onderbouwen. Om natuurrechtelijke en utilitaire argumenten onder een gemeenschappelijke noemer te brengen, is het aan te raden het auteursrecht vooral op te vatten als een middel ter schepping van optimale randvoorwaarden voor culturele diversiteit.¹⁴⁹⁵

Inzake de beperkingen van het auteursrecht – het tweede element uit bovenbedoeld rijtje – is in aansluiting op de discussie over de ratio van het verlenen van auteursrechtelijke bescherming een overzicht gegeven van de argumenten die de invoering van beperkingen kunnen rechtvaardigen. Er is weliswaar geen poging gedaan om het hele gebied van denkbare overwegingen ter ondersteuning van

¹⁴⁹⁴ Zie paragraaf 2.1.1.

¹⁴⁹⁵ Zie paragrafen 2.1.2 en 2.1.3.

auteursrechtelijke beperkingen door te lopen, een gebied dat immers reikt van de bijzondere behoeften van gehandicapten tot de regulering van de praktijken van de individuele bedrijven. Aandacht is echter besteed aan bepaalde elementen die van grote invloed zijn op het evenwicht tussen exclusieve rechten van de auteur en de beperkingen daarvan. Extra aandacht ging hierbij uit naar de als een mensenrecht gewaarborgde vrijheid om meningen te uiten en informatie te ontvangen, een vrijheid die in het bijzonder kan worden ingeroepen ten behoeve van persprivileges, het vrij mogen citeren en het gebruik in het kader van kritieken, polemieken en parodieën.¹⁴⁹⁶ Met betrekking tot het algemene doel van informatieverbreiding is benadrukt dat het privilege voor het privé-gebruik van een werk – functioneel beschouwd – een belangrijk gedecentraliseerd instrument vormt om dat doel te bereiken. Deze substantiële bijdrage tot het verspreiden van informatie kan dienen als middel tot rechtvaardiging en behoud van dit soort beperkingen in de informatiemaatschappij. Het recht op privacy is in dit verband ook besproken.¹⁴⁹⁷ Tenslotte werd uiteengezet dat beperkingen van het auteursrecht ook kunnen worden opgelegd vanwege hun democratie-bevorderende functie.¹⁴⁹⁸

Om een zekere weg te banen door het grote aantal discussiepunten, is uiteindelijk nog eens verwezen naar Locke's betoog inzake een natuurlijk recht op eigendom. Het zou moeilijk zijn om de driestappentoets toe te passen wanneer er helemaal geen leidraad of richtlijn zou bestaan hoe men de grens tussen rechten en beperkingen in het auteursrecht zou moeten afbakenen. Om deze reden is benadrukt dat Locke's arbeider alléén maar een eigendomsrecht verwerft indien en voorzover hij voldoende vergelijkbaar materiaal voor andere arbeiders nalaat. Op het terrein van het auteursrecht kan van dit voorbehoud het principe van 'gelijkheid tussen de generaties' worden afgeleid. Terzake van de beperkingen van het auteursrecht vloeit daaruit voort dat een auteur een intellectueel eigendomsrecht op zijn werk alleen kan verkrijgen op voorwaarde dat hij (potentiële) latere auteurs toestaat, het door hem gemaakte werk te bestuderen en als basis voor hun eigen scheppingen te kunnen gebruiken, net zozeer hij ook zelf zijn toevlucht mag hebben genomen tot reeds bestaande werken om zijn eigen talent te ontdekken en ontplooiën. Belang dient dus vooral te worden gehecht aan het bijzondere evenwicht tussen individuen die deelnemen aan het scheppingsproces. Dergelijke overwegingen ondersteunen een vrijstelling tot 'transformatief' gebruik van bestaand materiaal. Ze kunnen echter ook worden ingeroepen ten gunste van het gebruik voor privé-studie dan wel van privileges voor het onderwijs en voor de bijzondere behoeften van bibliotheken. De stelregel van 'gelijkheid tussen de generaties' noodzaakt dus niet alleen tot het vrijstellen van gebruikshandelingen die direct leiden tot de schepping van een nieuw werk, maar onderbouwt ook bepaalde beperkingen ten bate van een gebruik

¹⁴⁹⁶ Zie paragraaf 2.2.1.

¹⁴⁹⁷ Zie paragrafen 2.2.2 en 2.2.3.

¹⁴⁹⁸ Zie paragraaf 2.3.

dat – ten tijde van uitvoering – slechts van consumptieve aard is. Dit ontwerp werd richtinggevend geacht voor de latere interpretatie van de driestappentoets.¹⁴⁹⁹

In hoofdstuk 3 zijn de verschillende fases waarin de driestappentoets zich in het internationale auteursrecht heeft ontwikkeld onderzocht. Tijdens de in 1967 gehouden Stockholmse Conferentie ter herziening van de Berner Conventie werd de driestappentoets geïntroduceerd om de weg te banen voor de formele erkenning van het algemene reproductierecht *jure conventionis*. Er moest een bepaling worden ontworpen die zou voldoen aan twee tegengestelde opdrachten. Aan de ene kant moest worden verhinderd, dat het beoogde algemene reproductierecht zou worden ondermijnd door de talrijke, in de nationale wetgeving reeds voorkomende beperkingen.¹⁵⁰⁰ Aan de andere kant mocht zo'n algemeen reproductierecht niet ten koste gaan van de door de lidstaten van de Berner Unie noodzakelijk geachte speelruimte om in sociale en culturele behoeften te kunnen voorzien. Tegen deze achtergrond is het niet verbazingwekkend dat de deelnemers aan de Stockholmse Conferentie instemden met de driestappentoets, waarvan de definitieve tekst direct aansloot bij het redactievoorstel van de Engelse delegatie. Dankzij zijn open en abstracte criteria kan met de toets een veelheid van beperkingen worden gedekt. Tijdens de Conferentie leverde de toets aldus een geschikte basis om de tegengestelde opvattingen van de deelnemers met elkaar te kunnen verzoenen. De eerste driestappentoets van het internationale auteursrecht is vervolgens in artikel 9 lid 2 BC neergelegd. Het toepassingsgebied ervan was begrensd tot beperkingen van het algemene reproductierecht dat nu in artikel 9 lid 1 BC internationale erkenning kon vinden.¹⁵⁰¹

Na de invoering ervan in het kader van de Stockholmse Conferentie in 1967 dook de driestappentoets in 1994 opnieuw op in het TRIPs-Verdrag (1994), waarmee de toets werd ingebed in een context die betrekking heeft op het internationale handelsverkeer. Gedurende de onderhandelingen werd de abstracte formule blijkbaar gezien als een soort materialisering van de standaard bescherming die in de Berner Conventie was bereikt. Het TRIPs-Verdrag verwijst niet alleen naar artikel 9 lid 2 BC maar bevat in artikel 13 ook een eigen, afzonderlijke driestappentoets, als instrument waarmee in het algemeen 'beperkingen van en uitzonderingen op de uitsluitende rechten' worden gereguleerd. Als gevolg van deze invoeging in artikel 13 TRIPs is het toepassingsgebied van de toets aanzienlijk verruimd. Hij is niet langer beperkt tot het algemene reproductierecht. Integendeel, artikel 13 TRIPs diende in het algemeen de controle van welke beperking van een international erkend exclusief recht ook mogelijk te maken. Ten opzichte van de in het TRIPs-Verdrag nieuw verleende rechten vormt de driestappentoets de enige controlepost die de nationale wetgever moet passeren. Met betrekking tot de in de

¹⁴⁹⁹ Zie paragraaf 2.3.

¹⁵⁰⁰ Zoals bleek uit een in dit verband gegeven overzicht van tijdens de Stockholmse Conferentie bekende nationale beperkingen, bestond inderdaad een reeks bepalingen die het reproductierecht beknootten. Zie paragraaf 3.1.3.

¹⁵⁰¹ Zie paragraaf 3.1.2.

Berner Conventie aan auteurs verleende rechten ontpopt artikel 13 TRIPs zich in het licht van artikel 2 lid 2 TRIPs en artikel 20 BC, waarnaar in TRIPs wordt verwezen, als een Bern-plus-element: een nationale wetgever, die een in de Berner Conventie verleend recht wil beperken, dient niet alleen rekening te houden met de specifieke bepalingen van de Conventie zelf maar moet ook aandacht schenken aan de driestappentoets uit artikel 13 TRIPs.¹⁵⁰²

Dat de driestappentoets op alle soorten beperkingen kan worden toegepast, werd in 1996 bevestigd toen de abstracte formule in het kader van de diplomatieke WIPO-Conferentie ook in artikel 10 WCT werd neergelegd. Artikel 10 lid 1 WCT verklaart de driestappentoets van toepassing op de beperkingen van de in het WIPO Auteursrechtverdrag verleende rechten. Artikel 10 lid 2 WCT maakt vervolgens duidelijk dat beperkingen van de Berner Conventie-rechten nog eens extra aan de driestappentoets zijn onderworpen. De uitdrukkelijke bevestiging van dit laatstgenoemde aspect, dat reeds voortvloeit uit artikel 13 TRIPs, gaf onder de deelnemers aan de Conferentie wel aanleiding tot de vrees dat de aanzienlijke vrijheid, die de nationale wetgever traditioneel heeft genoten, bovenmatig zou worden beknot. Om deze reden kwam men de volgende verklaring ("Agreed Statement") overeen: 'Het is eveneens wel verstaan dat het bepaalde in artikel 10, lid 2, het toepassingsgebied van de krachtens de Berner Conventie toegestane beperkingen en uitzonderingen niet beperkt noch uitbreidt.' Naast deze tol, vanwege de zorg om voldoende speelruimte voor de nationale wetgeving, onderstreept het Agreed Statement met betrekking tot artikel 10 WCT echter uitdrukkelijk dat de driestappentoets een richtlijn zou vormen voor de aanpassing van traditionele beperkingen aan de digitale omgeving dan wel een basis zou zijn voor de ontwikkeling van nieuwe, toekomstige beperkingen.¹⁵⁰³

In hoofdstuk 4 is eerst de functie en structuur van de driestappentoets geanalyseerd alvorens de interpretatie van elk criterium ter hand te nemen. Indien het reproductierecht uit artikel 9 lid 1 BC wordt beperkt, vervult de driestappentoets uit artikel 9 lid 2 BC de functie van een direct controlemechanisme. Op soortgelijke wijze controleert artikel 13 TRIPs direct de beperkingen van de verhuurrechten (artikelen 11 en 14 lid 4 TRIPs), en de driestappentoets van artikel 10 lid 1 WCT onderwerpt de beperkingen van het distributierecht (artikel 6 WCT), het verhuurrecht (artikel 7 WCT) en het recht van mededeling aan het publiek (artikel 8 WCT) aan controle. Uitoefening van directe controle betekent in dit verband dat de driestappentoets zelf de standaard van controle vormt waarmee de nationale wetgever rekening heeft te houden als hij een beperking wil invoeren. Deze situatie verschilt van het gebruik van de driestappentoets als een aanvullend controle-instrument. Wanneer de in de Berner Conventie verleende rechten worden beperkt, komt de driestappentoets steeds aanvullend in het spel. De nationale wetgever dient hier allereerst de bijzondere regels in acht te nemen, die in het kader van

¹⁵⁰² Zie paragraaf 3.2.

¹⁵⁰³ Zie paragraaf 3.3.

beperingen in de Conventie zelf zijn neergelegd. Daarnaast moet echter aan de eisen worden voldaan die uit de driestappentoetsen van de artikelen 13 TRIPs en 10 lid 2 WCT volgen. In deze constellatie oefent de toets dus niet op een directe manier controle uit maar dient zij extra in acht te worden genomen – nadat de beperking in kwestie reeds met relevante specifieke normen van de Berner Conventie in overeenstemming is gebracht. De aanvullende controle die op deze wijze wordt uitgeoefend is vooral van invloed op bepalingen van de Berner Conventie, die verwijzen naar 'fair practice', zoals bijvoorbeeld de leden 1 en 2 van artikel 10 BC, dan wel op de ongeschreven beperingen die in het kader van de Conventie zijn goedgekeurd.¹⁵⁰⁴

Met betrekking tot de structuur van de driestappentoets is betoogd dat de drie criteria ervan met elkaar een systeem vormen waarmee de kern van het auteursrechtelijke evenwicht tussen rechten en beperkingen stap voor stap kan worden benaderd. De eerste stap is het verst weg van de kern en is dienovereenkomstig van algemene aard. Zij bevat het grondbeginsel dat beperkingen slechts in bepaalde bijzondere gevallen zijn toegestaan. Nationale bepalingen die niet aan deze basisregel voldoen lijden onvermijdelijk schipbreuk. De tweede stap preciseert de grondregel van het algemene eerste criterium: aan de normale exploitatie van werken mag geen afbreuk worden gedaan. Dit criterium ligt halverwege naar de kern. Op deze trap zijn aanvullende instrumenten ter verzoening van auteurs- en gebruikersbelangen, zoals bijvoorbeeld de betaling van een billijke vergoeding, niet noodzakelijk. Beperkingen die niet aan dit vereiste beantwoorden zijn in ieder geval niet te sanctioneren. De derde stap komt het dichtst bij de kern. De formulering ervan bevat elementen voor het bepalen van het juiste kaliber van het auteursrechtelijke evenwicht. De schade die aan de belangen van de auteurs wordt toegebracht mag niet 'onredelijk' zijn en de belangen van de auteurs dienen zelf 'rechtmatig' (of 'wettig') te zijn. In deze situatie, waar de tegengestelde belangen in het auteursrecht uiteindelijk met elkaar botsen, moet er een mogelijkheid zijn te bepalen dat een billijke vergoeding dient te worden betaald. Omdat het ontoereikend en te weinig precies zou zijn, alleen te kunnen beslissen tussen de toelating van een beperking en het verbieden ervan, is het kunnen voorzien in een bepaling inzake de betaling van een billijke vergoeding een geschikt middel om de op het spel staande belangen met elkaar te verzoenen. Het bereiken van het doel, een redelijk evenwicht in het auteursrecht tot stand te brengen, is dus tenslotte afhankelijk van het derde toetsingscriterium. Om deze reden is deze laatste toets te beschouwen als de spil van de driestappentoets – als men al aan een dergelijke kwalificatie belang zou willen hechten.¹⁵⁰⁵

Na de analyse van de functie en structuur van de driestappentoets is in het kader van de interpretatie ervan aandacht besteed aan het criterium van de eerste stap, 'bepaalde bijzondere gevallen'. In dit verband werd onderstreept dat het eerste

¹⁵⁰⁴ Zie paragrafen 4.2 en 4.6.5.

¹⁵⁰⁵ Zie paragraaf 4.3.

element van het criterium, het vereiste van 'bepaalde gevallen', niet moet worden overschat. Daaruit kan vooral niet worden afgeleid dat beperkingen in de zin van de continentaal-Europese benadering van het auteursrecht precies en nauwkeurig gedefinieerd moeten zijn. Aan de definitie van een beperking hoeven – ondanks het gebruik van het woord 'bepaald' – geen al te hoge eisen worden gesteld. Het betekent slechts dat beperkingen voldoende helder en duidelijk omschreven moeten zijn om van elkaar onderscheiden te kunnen worden. Ze dienen in zekere zin als 'enkele bijzondere gevallen' gezien te kunnen worden. Het trekken van de noodzakelijke scheidslijn tussen verschillende beperkingen hoeft echter niet per se de taak zijn van de nationale wetgever, en kan ook best aan de rechter worden overgelaten. In Anglo-Amerikaanse systemen bestaat bijgevolg de mogelijkheid, in de context van open geformuleerde beperkingen, rekening te houden met vaste rechtspraak.¹⁵⁰⁶

Ten opzichte van het tweede element, het vereiste van 'bijzonderheid' van de gevallen, is aangetoond dat een aanpak waarmee men zijn toevlucht vooral neemt tot kwantitatieve gegevens uiterst ongeschikt is. Een overeenkomstig concept van het WTO-panel, dat verslag uitbracht over sectie 110 lid 5 van de US Copyright Act, moest worden verworpen. Uit het daarop volgende onderzoek naar de kwalitatieve betekenis van de term 'bijzonder' bleek dat een duidelijke politieke beslissing over het nut en de noodzaak van een auteursrechtelijke beperking aan de invoering ervan ten grondslag moet liggen.¹⁵⁰⁷ De nationale wetgever dient volgens dit vereiste aan een zorgvuldig afwegingsproces te beginnen. De wettige belangen van de auteurs, waarnaar het derde criterium van de driestappentoets verwijst, moeten met zorg worden afgewogen tegen de daaraan tegengestelde belangen van gebruikers. Alleen als deze laatstgenoemde belangen dermate zwaar wegen, dat ze ingebracht kunnen worden tegen de wettige belangen van de auteurs, is het gerechtvaardigd van een duidelijke politieke beslissing te spreken. De beslissing van de wetgever de rechten van de auteur vanwege de tegengestelde belangen van de gebruikers te beperken, moet plausibel zijn. Het moet gaan om een reactie op een begrijpelijke noodzaak de betrokken belangen van de gebruikers met de wettige belangen van de auteurs te verzoenen. Een beperking waarvan de invoering plausibel is omdat ze op een rationele, ter rechtvaardiging dienende basis berust, levert dus een bijzonder geval in de zin van de driestappentoets op.¹⁵⁰⁸

Bepalingen van de Berner Conventie die uitdrukkelijk de invoering van een beperking op nationaal niveau toelaten leveren steeds de nodige, rationele basis in de bovenbedoelde zin op. Een in de nationale wet opgenomen beperking die in overeenstemming is gebracht met de Berner Conventie vormt dus automatisch een bijzonder geval.¹⁵⁰⁹ Geen bijzonder geval is echter bijvoorbeeld het gebruik van

¹⁵⁰⁶ Zie paragraaf 4.4.1.

¹⁵⁰⁷ Zie Ricketson 1987, 482.

¹⁵⁰⁸ Zie paragraaf 4.4.2.

¹⁵⁰⁹ Zie paragraaf 4.4.3.

auteursrechtelijk beschermd materiaal in bedrijven – ten minste voorzover dergelijke gebruikshandelingen in de digitale omgeving gecontroleerd kunnen worden.¹⁵¹⁰ Met betrekking tot het Amerikaanse fair use beginsel is de conclusie getrokken dat er geen ernstig bezwaar lijkt te bestaan dit te kwalificeren als een ‘bepaald bijzonder geval’ in de zin van de driestappentoets.¹⁵¹¹

Op het terrein van de tweede stap, ‘geen afbreuk aan de normale exploitatie van werken’, bleken de in de literatuur verdedigde stellingen niet goed toepasbaar te zijn. De op een historische uitleg berustende benadering van Bornkamm moest evenals Ricketson’s empirisch concept worden verworpen.¹⁵¹² De daarop volgende ontwikkeling van een nieuw normatief concept werd gebaseerd op de in 1967 in het kader van de Stockholmse Conferentie gegeven richtlijn dat alle reeds bestaande of potentiële vormen van exploitatie, die van aanzienlijk economisch of praktisch belang zijn, aan de auteurs voorbehouden dienen te blijven. Met het oog op de digitale omgeving mag deze formule niet worden misverstaan. Niet iedere denkbare mogelijkheid om zijn economisch voordeel te doen met een werk valt daar onder. Anders was de driestappentoets gereduceerd tot een ‘eenstaptoets’: beperkingen van het auteursrecht zouden vrijwel altijd met een normale exploitatie in strijd komen.¹⁵¹³

Uitgaande van dit inzicht viel uit een rechtsvergelijkend onderzoek van de vierde factor van de Amerikaanse fair use doctrine af te leiden dat in het kader van het tweede criterium van de driestappentoets slechts belangrijke inkomstenbronnen zouden zijn te klassificeren als een vorm van exploitatie die aanzienlijke betekenis heeft. Het verbod van afbreuk doen aan de normale exploitatie neemt bijgevolg alleen de economische kern van het auteursrecht in bescherming.¹⁵¹⁴ Het internationale systeem van exclusieve rechten, waarop bijvoorbeeld het WTO-panel zich concentreerde in het kader van zijn rapportage over section 110 lid 5 van de US Copyright Act, bleek ongeschikt te zijn om dit kerngebied te kunnen vaststellen. In plaats daarvan dient rekening te worden gehouden met de totale (commerciële) exploitatiemogelijkheden van werken van verschillende categorieën die door een beperking getroffen worden.¹⁵¹⁵ Een beperking doet dus afbreuk aan de normale exploitatie indien zij de auteurs berooft van zo’n – reeds bestaande of potentiële – typische en belangrijke inkomstenbron, die binnen de totale commercialisering van tot de desbetreffende categorie behorende werken gewicht in de schaal legt.¹⁵¹⁶

Deze standaard van controle brengt vooral die beperkingen in het nauw die de bijzondere markt voor een bepaalde categorie werken ondermijnen en zodoende een

¹⁵¹⁰ Zie paragraaf 4.4.4.1.

¹⁵¹¹ Zie paragraaf 4.4.4.2.

¹⁵¹² Zie paragrafen 4.5.1 en 4.5.2.

¹⁵¹³ Zie paragrafen 4.5.3.1 en 4.5.3.2.

¹⁵¹⁴ Zie paragraaf 4.5.3.3.

¹⁵¹⁵ Zie paragraaf 4.5.3.4.

¹⁵¹⁶ Zie paragraaf 4.5.3.5.

inbreuk opleveren op de normale exploitatie daarvan.¹⁵¹⁷ Privileges voor het privé-gebruik doen verdere problemen rijzen. De ruim geformuleerde bepalingen ten bate van het privé-gebruik, die uit het analoge verleden van het auteursrecht bekend zijn, hebben in de digitale omgeving het in zich om de auteurs van potentiële bronnen van grotere inkomsten te beroven. Om een afbreuk aan de normale exploitatie te voorkomen, is het dus raadzaam ruim geformuleerde privileges voor het privé-gebruik niet te handhaven. Daarbij is echter wel te bedenken dat juist beperkingen die het persoonlijke gebruik dienen van cruciaal belang zijn voor een doeltreffende distributie van informatie in de informatiemaatschappij, dat ze verder in staat zijn tot de bevordering van de samenleving in een democratische maatschappij, en dat het handhaven ervan tenslotte ook vanuit het oogpunt van het principe van gelijkheid tussen de generaties van auteurs voor de hand ligt. In plaats van alle beperkingen ten gunste van het privé-gebruik zonder na te denken in hun geheel te schrappen, zouden ze dus zorgvuldig moeten worden opgebouwd, in een nieuw stelsel van beperkingen die voor het bereiken van genoemde doelen onontbeerlijk zijn. Het in dit verband verrichte onderzoek naar begaanbare wegen om deze opdracht te volbrengen heeft geleid tot de conclusie dat in het bijzonder de digitale dienstverlening van bibliotheken hierin een beslissende rol zou kunnen spelen.¹⁵¹⁸

De derde stap, 'geen onredelijke schade in de wettige belangen van de auteur', heeft betrekking op de kern van het auteursrechtelijke evenwicht. De verschillende abstracte termen die samen het criterium vormen zijn te beschouwen als elementen van een uiteindelijke proportionaliteitstoets. In het kader van deze laatste belangenafweging dient allereerst rekening te worden gehouden met alle denkbare economische belangen van de auteurs, in het bijzonder ook met de niet tot de kern van het auteursrecht behorende belangen, die dus nog niet in de context van het tweede criterium aan de orde zijn gekomen. Artikel 9 lid 2 BC en artikel 10 WCT maken het bovendien mogelijk met de morele belangen van de auteurs rekening te houden. Artikel 13 TRIPs dwingt daarentegen tot het voorbijgaan aan de bescherming van belangen van niet-economische aard. Deze laatste bepaling verwijst neutraal naar de 'rechthebbende' in plaats van de 'auteur'. Deze formulering lijkt echter aan te duiden dat de economische belangen van een grotere groep, waartoe ook licentiehouders zoals uitgevers en producenten van fonogrammen en films behoren, in dit verband in overweging kunnen worden genomen.¹⁵¹⁹ De proportionaliteitstoets zelf vormt een interne tweestappentoets. Zowel aan de kant van de auteurs als aan die van de gebruikers dient een stap naar het midden van het auteursrechtelijke evenwicht te worden gezet. De belangen van de auteurs zijn om deze reden slechts in zoverre relevant indien ze ook als 'wettig' ('legitiem') kunnen worden gekwalificeerd. Het is echter verboden de legitieme belangen te schaden, zodra die schade een onredelijke omvang bereikt.

¹⁵¹⁷ Zie paragrafen 4.5.4.2 en 4.5.4.3 waarin voorbeelden worden gegeven.

¹⁵¹⁸ Zie paragrafen 4.5.5.1 en 4.5.5.2.

¹⁵¹⁹ Zie paragrafen 4.6.2 en 4.6.3.

Ten opzichte van de eerste van de beide bovenbedoelde interne stappen is betoogd dat de uitdrukking ‘wettige belangen’ kan worden aangemerkt als een ‘normatieve eis die noodzaakt tot een bescherming van belangen die “gerechtvaardigd” zijn, en wel in die zin dat ze steun vinden bij relevante politieke besluitvorming of andere sociale normen’.¹⁵²⁰ De belangen van de auteur moeten dientengevolge kritisch worden bekeken in het licht van de aan het verlenen van auteursrechtelijke bescherming ten grondslag liggende overwegingen. Ze kunnen bijvoorbeeld blijken niet gewettigd te zijn indien, vanwege het marktfalen, auteurs gewoonweg niet in staat zijn hun werken op een bepaalde wijze te exploiteren. Het desondanks onderwerpen van dat gebruik in kwestie aan de controle van de auteurs, zou noch extra aanmoedigen tot het creëren van nieuwe werken noch auteurs daarmee onafhankelijk maken van ‘uitbaters’ teneinde een grotere mate van vrije meningsuiting te bereiken. Hetzelfde gaat op voor het gebruik van werken in het kader van kritieken, polemieken en parodieën. De auteurs zouden er waarschijnlijk van afzien voor dit soort gebruik markten te gaan ontwikkelen. Het positieve effect van een potentiële extra inkomstenbron die uit dit soort gebruik zou voortvloeien zou dus in feite toch al niet door de auteurs worden gerealiseerd. De belangen van de auteurs bevinden zich voorts in het defensief indien beperkingen klaarblijkelijk geschikter zijn om bepaalde doelen die aan het verlenen van auteursrechtelijke bescherming ten grondslag liggen te kunnen bereiken. Culturele diversiteit en intellectueel debat zijn bijvoorbeeld klaarblijkelijk effectiever te stimuleren wanneer het citeren van werken geheel wordt vrijgesteld – in plaats van het citeren te onderwerpen aan de controle van de auteur om daarmee een extra bron van inkomsten aan te boren.¹⁵²¹

Aan gebruikerszijde is de vraag gerezen wanneer van een ‘onredelijke schade’ aan de wettige belangen van de auteur valt te spreken. De rechtvaardiging, die ten bate van een beperking wordt gegeven, is van groot belang in dit verband. Indien een beperking bijvoorbeeld a priori niet deugt om het doel dat ermee bevorderd zou moeten worden te bereiken levert ze hoe dan ook onredelijke schade op. Onder zulke omstandigheden zou het auteursrecht met nutteloze restricties worden opgezadeld. Een beperking moet voorts het minst schadelijke middel zijn om het nagestreefde doel te kunnen bereiken. In dit verband dient te worden benadrukt dat eventuele mildere, minder restrictieve alternatieven slechts in overweging zijn te nemen indien ze het nagestreefde doel net zo effectief kunnen bevorderen als de bestaande beperking.¹⁵²²

Het kenmerkende onderdeel van de driestappentoets, dat in het kader van het derde criterium centraal staat, is de mogelijkheid te bepalen dat de auteur een billijke vergoeding moet ontvangen. Om te vermijden dat de door een beperking veroorzaakte schade een onredelijke omvang bereikt, kan de nationale wetgever

¹⁵²⁰ Zie WTO Panel – Patent 2000, § 7.69. Zie paragraaf 4.6.4.1.

¹⁵²¹ Zie paragraaf 4.6.4.1.

¹⁵²² Zie paragraaf 4.6.4.2.

verzekeren dat aan de auteur een adequate financiële vergoeding wordt betaald. Het concept van een billijke vergoeding dat aan de driestappentoets ten grondslag ligt, is een veranderlijke overgang van constellaties, waarin geen enkele betaling van een vergoeding nodig is, tot gevallen, die een schadeloosstelling eisen ter grootte van het bedrag dat een auteur zou hebben ontvangen als hij vrij over de gebruikshandeling in kwestie zou hebben kunnen onderhandelen. In het algemeen moet een billijke vergoeding worden betaald zodra de beperking in kwestie niet binnen redelijke perken blijft. Er dient dus te worden vastgesteld in hoeverre de beperking de redelijke grenzen overschrijdt. De rechtvaardiging waarop de beperking berust dient in dit verband opnieuw centraal te worden gesteld.¹⁵²³

Tenslotte is betoogd dat het gehele, door de driestappentoets opgezette controlesysteem opgevat kan worden als een verfijnde proportionaliteitstoets. De eis om beperkingen tot 'bepaalde bijzondere gevallen' te begrenzen, dan wel het gebod 'geen afbreuk te doen aan de normale exploitatie', bleken – achteraf gezien – instrumenten te zijn waarmee gevallen die klaarblijkelijk niet-proportioneel zijn kunnen worden uitgesorteerd. Ze vormen in zekere zin poorten op de te belopen weg naar de kern van het auteursrechtelijke evenwicht, alvorens uiteindelijk het evenwicht met behulp van het laatste toetsingscriterium – geen 'onredelijke schade aan de wettige belangen van de auteur' – te kunnen herstellen.¹⁵²⁴

In hoofdstuk 5 zijn de resultaten van de ontwikkelde interpretatie gebruikt om duidelijkheid te scheppen over de rol die de driestappentoets in de Auteursrechtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001 speelt (in verband met artikelen van de richtlijn wordt, zoals in de Engelse tekst, de afkorting CD gebruikt). De richtlijn beoogt vooral de harmonisering van het auteursrecht in de Europese Unie. Ze effent echter ook de weg voor de ratificatie van de WIPO-'Internet'-verdragen.¹⁵²⁵ Bijzonder belang is dus aan internationale verplichtingen gehecht. In dit kader vormt de driestappentoets een venster dat in artikel 5 lid 5 CD wordt geopend om de bestaande internationale verplichtingen op het terrein van auteursrechtelijke beperkingen te kunnen zien. Net als artikel 10 lid 2 WCT functioneert artikel 5 lid 5 CD als een extra voorzorgsmaatregel. Het toepassingsgebied ervan bestrijkt de beperkingen die volgens de leden 1 tot 4 van artikel 5 CD zijn toegestaan. Als een lidstaat een beperking uit de lijst in het nationale recht wil opnemen, zal zo'n nationale bepaling in overeenstemming gebracht moeten worden met de driestappentoets uit artikel 5 lid 5 CD.¹⁵²⁶

Met betrekking tot het in artikel 5 lid 5 CD neergelegde vereiste, dat de in artikel 5 opgesomde beperkingen 'slechts in bepaalde bijzondere gevallen [mogen] worden toegepast', is aangetoond dat de nationale wetgever niet gedwongen is om van elk van de daar opgesomde gevallen een bijzonder geval te maken. Ter voldoening aan

¹⁵²³ Zie paragraaf 4.6.4.2.

¹⁵²⁴ Zie paragrafen 4.3 en 4.6.6.

¹⁵²⁵ Zie paragraaf 5.1.3.

¹⁵²⁶ Zie paragraaf 5.2.

het eerste criterium van artikel 5 lid 5, hoeft de nationale wetgever een beperking, die gebaseerd is op een geval dat in de lijst van artikel 5 staat, niet verder te concretiseren. De geciteerde passage uit artikel 5 lid 5 CD dient eenvoudigweg ter completering van de symbolische verwijzing naar de internationale driestappentoets.¹⁵²⁷

Aandacht is voorts besteed aan het feit dat de Auteursrechtlijn in drie gevallen uitdrukkelijk voorziet in het ontvangen van een billijke schadeloosstelling ('compensatie'): in het geval van het gebruik van een fotografische reproductietechniek (artikel 5 lid 2(a)), in het geval van reproducties, gemaakt door een natuurlijke persoon voor privé-gebruik (artikel 5 lid 2(b)) en in het geval van reproducties van uitzendingen door maatschappelijke instellingen (artikel 5 lid 2(e)). Wat betreft de verhouding tussen de garantie van een billijke compensatie en de verplichting een billijke vergoeding te betalen, die wellicht zou kunnen voortvloeien uit de driestappentoets, kon duidelijk worden gemaakt dat de laatstgenoemde internationale verplichting onaangetast blijft. Aan die verplichting dient dus apart te worden voldaan. Bovendien ligt het voor de hand dat de internationale verplichting een sterkere aanspraak op een adequate financiële schadeloosstelling oplevert, omdat een billijke vergoeding het bedrag kan bereiken waarmee een auteur zou hebben ingestemd indien hij vrij over de gebruikshandeling in kwestie had kunnen onderhandelen. De garantie van een billijke compensatie ontheft de EU-lidstaten dus geenszins van de verplichting, in elk afzonderlijk geval zorgvuldig na te gaan of aan de auteurs wel of niet een billijke vergoeding moet worden betaald. In de bovengenoemde drie gevallen – bedoeld in de leden 2(a), (b) en (e) van artikel 5 – krijgt de gegeven garantie van een billijke compensatie echter een privilegiërend effect zodra de internationale verplichting tot het voorzien in de verplichting tot betaling van een billijke vergoeding niet uit de driestappentoets voortvloeit.¹⁵²⁸

Naast deze functionele uitleg is vervolgens iedere beperking, die voorkomt in de lijst van artikel 5 CD, nog eens kritisch in het licht van de driestappentoets onderzocht. In dit verband konden de volgende conclusies worden getrokken: het is onvoldoende dat het in artikel 5 lid 2(a) CD vrijstellen van fotografische reproductietechnieken slechts gepaard gaat met de verplichting de auteurs een billijke compensatie te betalen. Ten opzichte van in bedrijven vervaardigde kopieën volgt uit artikel 5 lid 5 CD dat de financiële schadeloosstelling de som moet bedragen, die een rechthebbende zou hebben kunnen verkrijgen indien hij vrij over dit soort gebruik had kunnen onderhandelen. Vandaar dat er een billijke vergoeding moet worden betaald. Voorts moet het in artikel 5 lid 2(b) CD geregelde privilege ten behoeve van het privé-gebruik in de digitale omgeving worden omgezet in een in handen van bibliotheken te geven administratiesysteem om aan de eisen van de driestappentoets te kunnen voldoen. Anders zouden de wettige belangen van de

¹⁵²⁷ Zie paragraaf 5.3.1.2.

¹⁵²⁸ Zie paragraaf 5.3.3.

auteur onredelijk worden geschaad. De betaling van een billijke compensatie, die in dit geval in de richtlijn is voorgeschreven, lijkt toereikend.¹⁵²⁹

Artikel 5 lid 3(a) CD, dat het gebruik van werken uitsluitend als toelichting bij het onderwijs of ten behoeve van het wetenschappelijk onderzoek vrijstelt, voldoet in zoverre niet aan de driestappentoets dat de betaling van een billijke vergoeding niet is voorgeschreven. De volgens artikel 5 lid 3(e) toegestane vrijstelling van het gebruik van werken om het goede verloop van administratieve, parlementaire of gerechtelijke procedures te waarborgen, moet beperkt blijven tot die instellingen, die ter vervulling van hun taken echt afhankelijk zijn van het gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal. Anders kan dit aspect van artikel 5 lid 3(e) CD niet als een bijzonder geval worden beschouwd. Bovendien dient tegenover het toegestane gebruik in het kader van administratieve procedures een billijke vergoeding te staan. Het eerste geval van artikel 5 lid 3(g) CD – het gebruik tijdens religieuze bijeenkomsten – doet afbreuk aan de normale exploitatie en is derhalve niet met de driestappentoets verenigbaar. Het tweede geval van artikel 5 lid 3(g) CD – het gebruik tijdens door de overheid georganiseerde officiële bijeenkomsten – moet begrensd worden tot het bereik van de zo-genoemde 'minor reservations doctrine'.¹⁵³⁰ Anders kan het niet doorgaan voor een bijzonder geval. De nationale wetgever dient voorts af te zien van de overname van artikel 5 lid 3(h) CD, dat een bepaling bevat inzake het niet geautoriseerde gebruik van werken, die gemaakt zijn om permanent in openbare plaatsen te worden geplaatst. Voor zover artikel 5 lid 3(h) een vrijstelling behelst voor het voor commerciële doelen systematisch reproduceren dan wel mededelen aan het publiek van op openbare plaatsen gesitueerde werken, doet het artikel afbreuk aan de normale exploitatie. Artikel 5 lid 3(i) CD dat betrekking heeft op het incidentele verwerken van een werk in ander materiaal levert geen bijzonder geval op. De overname daarvan is dus in strijd met internationale verplichtingen. Artikel 5 lid 3(l) CD, dat het gebruik in het kader van demonstratie of reparatie van apparatuur toestaat, is alleen in zoverre een bijzonder geval, als sprake is van een incidenteel gebruik dat tijdens de normale gang van zaken in een winkel of bedrijf nauwelijks valt tegen te gaan. In het kader van de handhaving van 'minder belangrijke gevallen', die volgens artikel 5 lid 3(o) CD zijn toegestaan, is het oppassen geblazen. De nationale wetgever zal relevante, reeds bestaande beperkingen kritisch in het licht van de driestappentoets dienen te bekijken.¹⁵³¹

Tenslotte werd de aanbeveling gedaan de driestappentoets uit artikel 5 lid 5 CD in het nationale recht over te nemen. Om het primaire doel van de richtlijn – de harmonisering van het auteursrecht – te bereiken zou het toch al effectiever zijn geweest een open geformuleerde norm te ontwerpen in plaats van een opsomming van niet minder dan 21 toegestane beperkingen. De gerechten – en in het bijzonder

¹⁵²⁹ Zie paragraaf 5.3.3.

¹⁵³⁰ Zie paragraaf 3.1.1.

¹⁵³¹ Zie paragrafen 5.3.1.1, 5.3.2 en 5.3.3.

het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap – zouden dan stap voor stap beperkingen op het auteursrecht hebben kunnen harmoniseren. Op basis van artikel 5 CD is deze oplossing niet helemaal buiten het bereik omdat de opgesomde gevallen niet precies zijn omljnd. Vaak weerspiegelen ze slechts bepaalde soorten beperkingen waarvan de contouren niet nauwkeurig zijn getrokken. De nationale wetgever kan van de overblijvende vrijheid gebruik maken door de opgesomde gevallen in het nationale recht letterlijk over te nemen en deze verder met de driestappentoets te combineren. Indien het Hof van Justitie van de EG dan een oordeel dient te geven over een ingevolge de Auteursrechtlijn toegestane beperking, zal zijn uitspraak eveneens invloed hebben op de wetten van alle lidstaten waarin de desbetreffende beperking voorkomt. Het resultaat zou neerkomen op een compromis – ergens halverwege tussen de wezenlijk ruimer geformuleerde Amerikaanse fair use doctrine en het traditionele continentaal-Europese systeem van nauwkeurig omschreven beperkingen.¹⁵³²

¹⁵³² Zie paragraaf 5.4.

