



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Copyright in the age of online access

Alternative compensation systems in EU copyright law

de Miranda Branco Tomé Quintais, J.P.

Publication date

2017

Document Version

Other version

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

de Miranda Branco Tomé Quintais, J. P. (2017). *Copyright in the age of online access: Alternative compensation systems in EU copyright law*.

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.

Short Summary

Copyright law was originally aimed at regulating the commercial use of works between professionals. In that context, the central role of the exclusive right in the legal regime was mostly justified. However, throughout history, the landscape in which copyright operates has gradually transformed by virtue of technology, social norms, and the market. These forces influenced and shaped the exploitation and use of copyright.

The general response of legislators was to extend the subject matter and substantive rights scope of copyright, which currently includes all manner of digital content and different types of online use. This expansion is visible in international and EU copyright law in the multiple revisions to the BC, the adoption of TRIPS, and the WIPO Internet Treaties, which adapted the international framework to the digital network environment. It is likewise clear from the multiple copyright directives, with a particular emphasis on the InfoSoc Directive and its interpretation by the CJEU.

With the evolution of technology, individuals can increasingly access and use works for non-commercial purposes ubiquitously and at a low cost. But the extension of copyright's scope also meant that such use, largely for enjoyment and personal expression, may be restricted. In this way, copyright law shifted from primarily regulating professional relationships to also cover activities of individual users in the private or non-commercial sphere, mainly through exclusive rights. The application of such a legal regime to mass online use of works created a powerful disconnect between the law and technology-influenced social norms. This mismatch leads to a costly social conflict, which negatively affects the legitimacy of copyright law and pre-empts exploration of alternative legal solutions to remunerate this online use.

Furthermore, despite the efforts of legislators and copyright owners, there is little evidence that strict enforcement is effective in deterring unauthorised file sharing. Rather, it has become clear that strict enforcement poses a serious threat to fundamental rights and freedoms. In addition, the current legal regime is ill-suited to generating adequate remuneration for the mass online use of works.

To address these problems, the present dissertation examines reform proposals that focus on models of remunerated access to copyright works in the online environment. These models are defined under the umbrella term "alternative compensation systems" or "ACS". In simple terms, ACS replace the need for direct authorisation for the online use of works by individuals (e.g. downloading and uploading) resulting from the application of exclusive rights, with a licensing scheme authorising such use and ensuring remuneration to rights holders or at least creators.

Empirical research suggests that ACS are not only acceptable to end-users but also economically promising for rights holders. The possible benefits of a welfare-increasing ACS are many. Rights holders would see increased revenues and savings in enforcement costs. Creators could benefit too if the system includes a mandatory claim to fair compensation, which would mitigate the problems with fair remuneration they suffer due to contractual imbalances in the digital exploitation of exclusive rights. End-users would face a lower risk of infringement, increased legal certainty for their online activities, and experience better online access to works. In the long term, an ACS could promote the circulation of culture and technological development in the information society. In all, an ACS promises to strike a fair balance between the interests of rights holders and users. These are good arguments to study the admissibility of ACS within EU copyright law.

The main research questions of this dissertation are the following: *Are Alternative Compensation Systems for non-commercial online use of works by individuals admissible under EU copyright law and consistent with its objectives and, if so, to what extent? How can and should EU copyright law incorporate an Alternative Compensation System?* The questions aim to study the legal admissibility and normative consistency of an ACS with the EU copyright *acquis*. The different components of the questions are recast as sub-research questions, answered sequentially in each chapter.

Chapter 2 seeks to understand whether ACS are a wholly new phenomenon or have instructive precedents in the history of copyright. To do so, it asks the following questions: What influential historical examples of copyright rules qualify as precedents to ACS? What is their legal design? What justifications underlie their adoption? The objective is to draw lessons from the past for the examination of similar models in the online environment. The chapter examines two influential copyright rules that qualify as precedents to ACS: private copying and broadcasting compulsory licences. The goal is to uncover their legal characteristics and justifications for implementation.

It emerges from this chapter's analysis that the exclusive right is not totemic. Rather, it is a legal tool for copyright protection, subject to the public interest. Where a conflict emerges between the exclusive right and the public interest, legal licences and mandatory collective management offer a solution to reconcile and balance competing interests, moving remuneration to the centre of copyright protection. In addition, the chapter highlights the power of rhetoric in copyright policy, showing how past debates resemble today's discussions on file sharing. This is especially true in relation to arguments used in support of stronger protection and stricter enforcement. By demonstrating the inaccuracy of those arguments and the success of access and remuneration approaches, the analysis provides insights that may be useful in current policy discussions on how best to regulate online activities for personal enjoyment and expression.

Chapter 3 investigates how to conceptualise legalisation proposals and their attributes in light of EU copyright law. In other words, how to understand these proposals in a legally coherent way that enables the study of their nature, characteristics and effects as compared to each other and EU law. The questions this chapter examines are: What legal models are most commonly used for legalisation proposals? How can these models be qualified in light of EU copyright law? What is their nature and effect on the exclusive right? What are their main attributes? The chapter designs a conceptual framework that systematises different types of legalisation proposal and their attributes, while connecting these to the *acquis*, i.e. a taxonomy of ACS. The analysis focuses on different models of collective rights management—voluntary, extended, and mandatory—, on legal licences, and on state funded systems. The chapter clarifies the scope and effects of legalisation proposals, as well as the central role of CMOs in their design. This research sets the stage for the subsequent compliance and normative analysis of legalisation proposals in light of EU law.

The analysis also confirms and adds to the findings of the study of precedents, by demonstrating that legalisation proposals are not radical departures from the status quo. Instead, they are extensions and adaptations of existing copyright regimes. Inspiration is taken predominantly from examples of collective rights management and statutory or compulsory licences, with the objective of enabling a model of access and remuneration in the online environment. This realisation should allow us to view the ACS taxonomy as a toolbox of interoperable models and attributes to explore the flexibility of EU copyright law in search of viable reform options.

Chapter 4 then maps the space available in the *acquis* for non-commercial online use by individuals, which is instrumental in evaluating the potential scope of an ACS. The main question addressed here is: how does the bundle of exclusive rights and corresponding limitations in the *acquis* apply to non-commercial online use by individuals? The analysis provides a snapshot of *what the law is* in light of CJEU interpretation. It first proposes a typology of online use by individuals, including browsing, downloading, streaming, stream capture, uploading, hyperlinking, and digital adaptation. This typology is then examined against the exclusive rights of reproduction and communication to the public in the *acquis*. Where a use triggers the application of an exclusive right, the chapter assesses whether it may nonetheless be authorised by an exception or limitation, namely for temporary and transient use, private copying, quotation, incidental inclusion, and caricature, parody, or pastiche. Because the Court often follows a teleological method of interpretation, and sometimes relies on fundamental rights to define the scope of exclusive rights and limitations, the legal research in this chapter is both descriptive and normative. The chapter elucidates the legal status of mass online use and the extent to which the types of ACS identified in Chapter 3 would necessitate legislative reform in the *acquis*.

The conclusion of the analysis is that a substantial part of individuals' online non-commercial activity is restricted by an exclusive right, or at least tainted by legal uncertainty. Looking forward, the trend is to reinforce the status quo and extend exclusivity to acts that, in the offline world, would be unencumbered by copyright. In no small part, these conclusions result from the priority of "private choice" over "public choice" in the application of copyright to online use, resulting from the InfoSoc Directive and its interpretation by the CJEU. The tension between public and private choice at the intersection of rights and limitations leads to a normative insight: the current legal framework, as interpreted by the Court, is partly inconsistent with the objectives of EU copyright law, as extrapolated from the InfoSoc Directive and the Court's interpretation.

If the current regime is inconsistent with the *acquis*, reform through ACS should strive for a better alignment of the legal rules with the objectives of the law. In this respect, the dissertation identifies the following main obstacles to the wholesale legalisation of the mass online use of works by individuals: the territorial and substantive fragmentation of copyright; the difficulties in ensuring the participation of rights holders in voluntary models of collective rights management; and the significant uncertainty as to the legal status of the online use. To overcome these obstacles, it is suggested that a future ACS relies on a legalisation model that ensures aggregation of rights across the EU territory and legal certainty for the types of online use covered. The best legal solution in this regard is a limitation-based statutory licence applying to non-commercial online acts of reproduction and communication to the public by individuals. The legal admissibility of such a licence rests on its ability to comply with the three-step test. *A maiore ad minus*, if such a statutory licence passes the test, so should a legalisation model based on mandatory collective management, as it would arguably be less restrictive of the exclusive right.

Chapter 5 is the heart of the dissertation. It is divided into two main parts, which analyse the doctrinal and normative aspects of the dissertation's main research questions. The first part of the chapter builds on the previous analysis which determined that a statutory licence ACS offers the greatest promise for regulation of non-commercial use, while dealing with complex issues of substantive and territorial fragmentation of copyright in the EU. However, such a licence entails the adoption of one or more limitations to the exclusive rights of reproduction and

communication to the public. Therefore, it must pass the three-step test. In this light, the chapter inquires: *to what extent is a statutory licence ACS for non-commercial online use by individuals admissible under EU copyright law, namely the three-step test?* Answering this question helps to elucidate the space available in the *acquis* for the adoption of a limitation-based ACS. It also clarifies important normative issues, as the test is used to conduct a fair balancing exercise between the interests of creators, rights holders and the public, including the respect of users and intermediaries' fundamental rights.

The analysis supports the tentative admissibility under EU copyright law of an ACS for mass non-commercial online use of works by individuals based on a statutory licence and compensated limitation to the exclusive rights of reproduction and communication to the public. This conclusion, however, hinges on careful delimitation of the scope of the limitation and a flexible reading of the concept of "normal exploitation of works", which turns on complex legal and empirical questions. Whereas this dissertation addresses the legal issues, resolution of the crucial empirical questions is outside its scope. In this light, the dissertation resorts to the toolbox developed in the ACS taxonomy to explore two flexibility mechanisms that have the potential to assist in overcoming conflicts with the normal exploitation of works: embargo periods and opt-out rules. However, the balance of arguments suggests that, absent compelling evidence to that effect, the coupling of either mechanism with a statutory licence ACS would not be decisive in overcoming a conflict with the normal exploitation of works.

Ultimately, the admissibility of a limitation-based statutory licence ACS rests on fundamental normative choices for EU policy makers on the regulation of non-commercial use of works. A choice for such a legalisation model is a choice for flexible over strict interpretation, for access and remuneration over exclusivity and enforcement, for public over private ordering. Furthermore, a public ordering approach requires recognition of the *internal* effect of fundamental rights in determining the scope of copyright protection. Both choices are possible and have their merits and drawbacks. Whether we favour one over the other will in essence turn on our normative view of EU copyright law and where its fair balance should be struck in the regulation of this type of use.

The second part of the chapter turns to the key normative question of this dissertation: whether and to what extent is a model of access and remuneration, such as an ACS, consistent with the general aims of copyright and the particular objectives of EU copyright law? This inquiry is made in light of the prevailing rationales of copyright and the objectives of the *acquis*, recasting the normative insights gained throughout the dissertation. In light of these elements, it is argued that EU copyright law can and should regulate non-commercial individual online use through a right of access and remuneration.

First, the chapter establishes that it is possible to accommodate a model of access and remuneration congruent with dominant theories in the European legal tradition: the natural rights theory (especially Locke's fairness theory), and the utilitarian theory. Second, it concludes that such a model is coherent with the human and fundamental rights characterisation of copyright, including its property right status in certain legal instruments (e.g. the UDHR, ECHR, ICESCR, and the Charter). It is clear from the study that copyright protection is not absolute, and by extension neither is the exclusive dimension of the right. Rather, copyright protection has at its core dimensions of access (the availability of works and cultural participation), and remuneration (securing the material interests of authors).

It is suggested that restrictions to copyright are justified by its social function, and that the scope of protection, including the objectives and conditions of exercise, should be drawn in light of the public interest. Translating these considerations into the regulation of mass non-commercial online use of works by individuals, there are strong normative arguments to accept the replacement of the exclusive right with a limitation-based statutory licence ACS.

Finally, the last stage of the normative analysis explores whether and to what extent the proposed legalisation model is consistent with the objectives of EU copyright law, derived from the recitals of the copyright directives and CJEU case law. The seven objectives identified are: fair balance between the rights and interests of authors and the rights of users; high level of protection for copyright holders; adequate compensation or appropriate reward; circulation of culture; resolution of legal uncertainty; technological development, including the promotion of the information society; and harmonisation of copyright law to achieve a functioning internal market. The analysis concludes that a statutory licence ACS for non-commercial online use by individuals, subject to the delimitations arising out of the three-step test analysis, is more consistent with these objectives than the current regime.

Chapter 6 offers conclusions and a proposal for how EU copyright law ought to incorporate an ACS. The first part of the chapter summarises the main findings of the study and teases out its descriptive and normative conclusions. The second part advances a reform proposal for the regulation of non-commercial online acts by end-users through a model of remunerated access. It advances a blueprint for a limitation-based statutory licence ACS for non-commercial individual use that is consistent with EU copyright law. The blueprint identifies the relevant beneficiaries, the subject matter and substantive rights scope of the licence, the design of the fair compensation right under the system, the articulation of the limitation with contract, and the basic operation of the system. Following the pragmatic approach of the study, that blueprint is susceptible of adaptation to less stringent collective rights management models, supplemented by a soft law approach (a Commission recommendation), which may be politically more feasible in the short to medium-term.

Samenvatting

Van oorsprong heeft het auteursrecht als doel het commerciële gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken door zakelijke gebruikers te reguleren. In die context was het verbodsrecht als middelpunt van het wettelijke regime grotendeels te billijken. Door de jaren heen heeft het landschap waarin het auteursrecht opereert zich echter langzaam getransformeerd door toedoen van technologie, sociale normen en de markt. De exploitatie en gebruik van auteursrecht is beïnvloed en gevormd door dit krachtenveld.

Wetgevers hebben hierop gereageerd door het onderwerp en de materiële rechten van het auteursrecht uit te breiden, waardoor het nu ook alle soorten digitale inhoud en verschillende vormen van online gebruik omvat. In het internationale en Europese auteursrecht is deze expansie terug te vinden in de diverse herzieningen van de Berner Conventie, en in de totstandkoming van het TRIPS-verdrag en de WIPO “Internet-verdragen”, die het internationale kader hebben aangepast aan de digitale omgeving. Eveneens komt dit duidelijk naar voren in de meerdere EU-richtlijnen inzake het auteursrecht, en met name in de Auteursrecht-richtlijn en de interpretatie ervan door het HvJEU.

Door de technologische evolutie kunnen individuen in toenemende mate toegang krijgen tot werken en deze gebruiken voor niet-commerciële doeleinden, waar dan ook en tegen lage kosten. Deze verruiming van de werkingssfeer van het auteursrecht heeft er echter toe geleid dat dergelijk gebruik, grotendeels voor eigen consumptie en persoonlijke expressie, kan worden beperkt. Aldus regelt het auteursrecht niet alleen primair professionele verhoudingen, maar strekt het zich mede uit tot de activiteiten van individuele gebruikers in de private of niet-commerciële sfeer, hoofdzakelijk middels exclusieve rechten. De toepassing van dit regime op massaal online gebruik van werken heeft een enorme kloof veroorzaakt tussen het recht en de sociale normen die zijn beïnvloed door de technologie. Deze discrepantie leidt tot een kostbaar maatschappelijk conflict, dat de legitimiteit van het auteursrecht negatief beïnvloedt en de zoektocht naar een alternatieve wettelijke oplossing om online gebruik te vergoeden bij voorbaat uitsluit.

Bovendien is er maar weinig bewijs dat erop lijkt te duiden dat strikte handhaving de ongeautoriseerde filesharing effectief afschrikt, ondanks de inspanningen van wetgevers en auteursrechthebbers. Veeleer is het duidelijk geworden dat strikte handhaving een serieuze bedreiging vormt voor de fundamentele rechten en vrijheden. Daarnaast is het huidige juridische regime niet in staat om een afdoende en passende vergoeding voor het massale online gebruik van werken te genereren.

Om deze problemen aan te pakken onderzoekt dit proefschrift herzieningsvoorstellen, bestaande uit modellen van betaalde toegang tot auteursrechtelijk beschermde werken in de online omgeving. Deze modellen worden aangeduid onder de overkoepelende term “Alternative Compensation Systems” (‘alternatieve vergoedingssystemen’) of kortweg “ACS”. ACS nemen simpelweg de noodzaak weg om online gebruik van werken (zoals downloaden en uploaden) door individuen toe te staan op basis van exclusieve (verbods)rechten, en vervangen deze door een licentiemodel dat dergelijk gebruik autoriseert en zorgdraagt voor vergoeding voor rechthebbers, of in ieder geval de makers.

Empirisch onderzoek suggereert dat een ACS niet alleen aanvaardbaar is voor eindgebruikers, maar vanuit economisch opzicht ook veelbelovend is voor rechthebbers. De mogelijke voordelen van een welvaart verhogende ACS zijn legio. Voor rechthebbers zal het een verhoogde omzet en besparingen op handhavingskosten kunnen betekenen. Ook makers zullen

kunnen profiteren indien het systeem gepaard gaat met een wettelijke aanspraak op een billijke vergoeding. Dit zal de vergoedingsproblemen die de makers ervaren door een contractueel onbalans bij de digitale exploitatie van exclusieve rechten kunnen verzachten.

Eindgebruikers zullen minder risico lopen inbreuk te maken, zij zullen meer rechtszekerheid met betrekking tot hun online activiteiten en een beter online toegang krijgen tot werken. Op de lange termijn zal ACS de verspreiding van cultuur en technologische ontwikkeling in de informatiemaatschappij kunnen bevorderen. Al met al belooft ACS een rechtvaardige balans te vinden tussen de belangen van rechthebbenden en gebruikers. Dit zijn sterke argumenten om de verenigbaarheid van ACS met het Europese auteursrecht²⁰⁴⁴ te onderzoeken.

De centrale onderzoeksvraag in dit proefschrift luidt: (In hoeverre) zijn Alternative Compensation Systems voor niet-commercieel online gebruik door individuen toelaatbaar onder het Europese auteursrecht en in lijn met de doelstellingen ervan? Hoe kan en moet een ACS worden ingebed in het Europese auteursrecht? Deze vragen zijn erop gericht om de verenigbaarheid en normatieve samenhang van een ACS in het Europese acquis voor het auteursrecht te onderzoeken. De verschillende aspecten van deze vragen zijn omgevormd tot deelonderzoeksvragen, welke achtereenvolgens in ieder hoofdstuk worden beantwoord.

Hoofdstuk 2 onderzoekt de vraag of ACS een volledig nieuw fenomeen is of dat er precedentes zijn in de geschiedenis van het auteursrecht waarvan we kunnen leren. Hiertoe worden de volgende vragen gesteld: Welke historische voorbeelden van regulering binnen het auteursrecht kunnen worden gekwalificeerd als ACS? Hoe zijn zij juridisch vormgegeven? Welke rechtvaardigingen liggen ten grondslag aan de implementatie ervan? Het doel hiervan is om lessen te trekken uit het verleden om gelijksoortige modellen in de online omgeving te onderzoeken. Het hoofdstuk bestudeert twee invloedrijke auteursrechtelijke rechtsfiguren die kunnen worden gekwalificeerd als ACS: de wettelijke licentie voor het vervaardigen van privékopieën en die voor dwanglicenties bij het uitzenden. Het doel is om de juridische kenmerken en rechtvaardigingen voor de implementatie ervan bloot te leggen.

Uit de analyse van dit tweede hoofdstuk blijkt dat het verbodsrecht niet onschendbaar is. Het is veeleer een juridisch instrument voor auteursrechtelijke bescherming die is onderworpen aan het publieke belang. Zodra een conflict tussen het verbodsrecht en het publieke belang zich manifesteert, bieden wettelijke licenties en verplicht collectief beheer een oplossing om tegenstrijdige belangen met elkaar te verenigen en af te wegen, waardoor de vergoeding in het middelpunt van auteursrechtelijke bescherming komt te staan. Tevens benadrukt het hoofdstuk de kracht van de retoriek in auteursrechtbeleid, en toont het aan dat debatten uit het verleden lijken op de discussies over filesharing vandaag de dag. Dit is zeker waar op het punt van de argumenten die worden gebruikt in het voordeel van een sterke bescherming en striktere handhaving. Door de onjuistheid van die argumenten en het succes van toegangs- en vergoedingsgerichte benaderingen aan te tonen, biedt de analyse inzichten die nuttig kunnen zijn voor de huidige beleidsdiscussies over wat de beste manier is om online-activiteiten voor persoonlijke consumptie en uitingen te reguleren.

²⁰⁴⁴ Het “Europees auteursrecht” verwijst in deze samenvatting naar het auteursrecht zoals dat is geharmoniseerd op het niveau van de Europese Unie.

Hoofdstuk 3 onderzoekt hoe wetgevingsvoorstellen en hun eigenschappen in het licht van het Europese auteursrecht kunnen worden geconceptualiseerd; anders gezegd, hoe deze voorstellen moeten worden begrepen op een juridisch samenhangende wijze die het mogelijk maakt om hun aard, kenmerken en effecten te bestuderen in samenhang met elkaar en met het EU-recht. De vragen die in dit hoofdstuk worden behandeld zijn: Welke juridische modellen zijn gangbaar voor wetgevingsvoorstellen? Hoe kunnen deze modellen worden gekwalificeerd in het licht van het Europese auteursrecht? Wat is hun aard en effect op het exclusieve recht? Wat zijn hun basiskennmerken? Het hoofdstuk ontwerpt een conceptueel kader dat verschillende soorten wetgevingsvoorstellen en hun kenmerken systematiseert, terwijl deze tegelijkertijd in verband worden gebracht met het *acquis*, hetgeen de taxonomie vormt voor ACS. De analyse richt zich op verschillende modellen van collectief beheer (vrijwillige, verruimde, en wettelijk verplichte), van wettelijke licenties, en van stelsels die uitgaan van overheidsbekostiging. Het hoofdstuk verklaart de reikwijdte en effecten van legaliseringsvoorstellen, alsmede de centrale rol van cbo's daarbij. Dit vormt het decor voor de navolgende verenigbaarheids- en normatieve analyse van de legaliseringsvoorstellen in het licht van het Europese recht.

De analyse bevestigt, en draagt bij aan, de bevindingen in deze studie naar precedentes, door aan te tonen dat de wetgevingsvoorstellen niet radicaal afwijken van de status quo. In plaats daarvan zijn zij een uitbreiding en aanpassing van bestaande auteursrechtelijke regimes. Inspiratie is hoofdzakelijk geput uit voorbeelden van collectief rechtenbeheer en wettelijke of dwanglicenties, teneinde een model van toegang en vergoedingen in een online omgeving te realiseren. Zodoende kunnen we de taxonomie van ACS beschouwen als een toolbox ten behoeve van interoperabele modellen en eigenschappen om de flexibiliteit van het Europese auteursrecht te verkennen, in de zoektocht naar levensvatbare hervormingsvarianten.

Vervolgens brengt Hoofdstuk 4 de speelruimte in kaart die het *acquis* biedt ten aanzien van niet-commercieel online gebruik door individuen, hetgeen dient als middel om de potentiële reikwijdte van een ACS te bepalen. Hierbij is de belangrijkste vraag: hoe moet de bundel exclusieve rechten met bijbehorende beperkingen in het *acquis* worden toegepast op niet-commercieel online gebruik door individuen? De analyse resulteert in een overzicht van wat het recht is in het licht van de interpretatie door het HvJEU. Het zet als eerste een typologie uiteen van online gebruik door individuen, met inbegrip van browsing, downloaden, streamen, vastleggen van een stream, uploaden, hyperlinking, en digitale bewerking. Vervolgens wordt deze typologie tegen het licht gehouden van de exclusieve rechten van reproductie en mededeling aan het publiek in het *acquis*. Voor een gebruik dat onder een exclusief recht valt gaat dit hoofdstuk na of er desalniettemin een uitzondering of beperking daarop van toepassing is, in het bijzonder die voor tijdelijke reproducties, privékopieën, citaten, incidentele verwerkingen in een ander werk, en voor karikaturen, parodieën of pastiches. Omdat het Hof doorgaans kiest voor een teleologische interpretatie, en soms ook een beroep doet op fundamentele rechten om de reikwijdte van de verbodsrechten en beperkingen te bepalen, is het juridisch onderzoek in dit hoofdstuk zowel descriptief als normatief. Het hoofdstuk verklaart de juridische status van massaal online gebruik en de mate waarin de verschillende ACS-typen die zijn vastgesteld in Hoofdstuk 3 een herziening van de regelgeving in het *acquis* vereisen.

De conclusie van de analyse is dat een aanzienlijk deel van de niet-commerciële online-activiteiten door individuen valt onder een exclusief recht, of ten minste worden overschaduwed door rechtsonzekerheid. Er is een trend waar te nemen van versterking van de status quo en van uitbreiding van de exclusiviteit tot handelingen die in de offline-wereld niet worden gehinderd

door het auteursrecht. Voor een niet te verwaarlozen deel vloeien deze conclusies voort uit de voorkeur van “private keuzes” boven “publieke keuzes” bij het toepassen van auteursrecht op online gebruik, wat het resultaat is van de Auteursrechtlijn en de interpretatie ervan door het HvJEU. De spanning tussen keuzes in de publieke en privésfeer op het snijvlak van rechten en beperkingen leidt tot een normatief inzicht: het huidige, juridische kader, zoals dat is uitgelegd door het Hof, is deels onverenigbaar met de doelstellingen van het Europese auteursrecht, zoals deze kunnen worden geëxtrapoleerd uit de Auteursrechtlijn en de uitleg ervan door het Hof.

Indien het huidige systeem niet verenigbaar is met het acquis, zullen hervormingen in de richting van een ACS moeten mikken op wettelijke regels die beter in lijn zijn met de doelstellingen van het recht. In dit verband onderkent dit proefschrift als belangrijkste obstakels voor een allesomvattende legalisering van massaal online-gebruik van werken door individuen: de territoriale en materiële versnippering van het auteursrecht; de moeilijkheid om rechthebbenden te laten deelnemen in stelsels van vrijwillig collectief beheer; en de aanzienlijke onzekerheid over de juridische status van online gebruik. Om deze belemmeringen te overwinnen is een nieuw ACS voorgesteld, dat is gebouwd op een model van legalisering waarin wordt verzekerd dat rechten over het gehele territoir van de EU worden gebundeld en waarin rechtszekerheid wordt geboden voor alle soorten van online gebruik die het ACS behelst. In dit opzicht bestaat de beste juridische oplossing uit een wettelijke licentie op basis van een beperking die van toepassing is op niet-commerciële reproductiehandelingen en mededelingen aan het publiek door individuen. Of een dergelijke licentie juridisch toelaatbaar is, hangt af van de vraag of zij kan voldoen aan de driestappentoets. Als zo’n wettelijke licentie deze toets doorstaat, zal - a maiore ad minus - ook een legaliseringsmodel gebaseerd op verplicht collectief rechtenbeheer de toets doorstaan, daar dat waarschijnlijk een geringere beperking van het exclusieve recht oplevert.

Hoofdstuk 5 vormt de kern van het proefschrift. Het is verdeeld in twee delen waarin de dogmatische resp. normatieve aspecten van de centrale onderzoeksvragen in dit proefschrift worden geanalyseerd. Het eerste deel van het hoofdstuk bouwt voort op de voorgaande analyse waaruit blijkt dat een ACS in de vorm van een wettelijke licentie de veelbelovendste optie is om niet-commercieel gebruik te reguleren, waarbij tegelijkertijd de complexe vraagstukken rond de materiële en territoriale versnippering van het auteursrecht in de EU worden meegenomen. Wel impliceert een dergelijke licentie het opnemen van een of meer beperkingen op het exclusieve reproductierecht en op het uitsluitende recht inzake mededeling aan het publiek. Om die reden moet de licentie de driestappentoets kunnen doorstaan. In dat kader wordt in het hoofdstuk de vragen behandeld of en in hoeverre een ACS in de vorm van een wettelijke licentie voor niet-commercieel gebruik door individuen toelaatbaar is onder het Europese auteursrecht, en met name of zij de driestappentoets doorstaat. Het beantwoorden van deze vragen biedt gelegenheid om de speelruimte binnen het acquis voor het aannemen van een op beperkingen gebaseerde ACS nader toe te lichten. Voorts worden daarbij normatieve issues verduidelijkt, daar de toets wordt gebruikt om de belangen van makers, rechthebbenden en het publiek met elkaar in balans te brengen, waarbij ook de fundamentele rechten van gebruikers en tussenpersonen worden geëerbiedigd.

De analyse ondersteunt de hypothetische toelaatbaarheid onder Europees auteursrecht van een ACS voor massaal niet-commercieel online-gebruik van werken door individuen, als deze berust op een wettelijke licentie met een gecompenseerde beperking van de exclusieve rechten inzake et reproduceren resp. mededelen aan het publiek. Deze conclusie hangt wel af van een zorgvuldige

afbakening van de reikwijdte van deze beperking en van een flexibele invulling van het begrip “normale exploitatie van werken”, hetgeen complexe juridische en empirische vragen oproept. Omdat dit proefschrift alleen de juridische aspecten behandelt, blijft de oplossing van het cruciale empirische vraagstuk buiten het kader van dit onderzoek. In dit verband neemt dit proefschrift zijn toevlucht naar de toolbox die is ontwikkeld in de ACS-taxonomie om twee flexibiliteitsmechanismes te verkennen die wellicht kunnen helpen om conflicten met de normale exploitatie van werken te overwinnen: embargo periodes en een opt-out regeling. Een afweging van verschillende argumenten wijst er evenwel op dat, zonder overtuigend bewijs van dat effect te hebben, koppeling van een van beide mechanismen aan een wettelijke ACS licentie doorslaggevend zou kunnen zijn in het overwinnen van een conflict met de normale exploitatie van werken.

Uiteindelijk hangt de toelaatbaarheid van een ACS, als een op een beperking gebaseerde wettelijke licentie, af van de fundamentele normatieve keuzes die de Europese beleidsmakers maken om het niet-commercieel gebruik van werken te reguleren. Een keuze voor zo'n model van legaliseren is een keuze voor een flexibele in plaats van een stricte enge uitlegging, voor toegang en vergoeding in plaats van exclusiviteit en handhaving, en voor publieke in plaats van private ordening. Bovendien vereist een benadering van publieke ordening de erkenning van het interne effect van fundamentele rechten bij het afbakenen van de reikwijdte van auteursrechtelijke bescherming. Beide keuzes zijn mogelijk en hebben hun voor- en nadelen. Of we de ene of de andere keuze prefereren hangt in essentie af van onze normatieve kijk op het Europese auteursrecht en van waar het rechtvaardige evenwicht wordt gevonden bij het reguleren van deze vormen van gebruik.

Het tweede deel van het hoofdstuk grijpt terug op de belangrijkste normatieve vraag in dit proefschrift of en in hoeverre een model van toegang en vergoeding, zoals een ACS, in overeenstemming is met de algemene doelstellingen van het auteursrecht, en meer specifiek met die van het Europese auteursrecht? Dit onderzoek is gedaan in het licht van de heersende ratio van het auteursrecht en de doelstellingen van het acquis, waarbij de normatieve inzichten die zijn opgedaan in dit gehele proefschrift worden herschikt. In het licht van deze elementen is betoogd dat het Europese auteursrecht niet-commercieel individueel online gebruik van werken kan en zou moeten reguleren middels een toegangs- en vergoedingsrecht.

Als eerste stelt het hoofdstuk vast dat het mogelijk is om te voorzien in een toegangs- en vergoedingsmodel dat in overeenstemming is met de heersende theorieën binnen de Europese rechtstraditie: de theorie van het natuurrecht (in het bijzonder de billijkheidstheorie van Locke), en de theorie van het utilisme. Ten tweede trekt het de conclusie dat een dergelijk model klopt met de mensenrechtelijke en fundamenteelrechtelijke kwalificatie van het auteursrecht, met inbegrip van de status van het eigendomsrecht in verschillende juridische instrumenten (zoals de UVRM, het EVRM, het IVESCR en het Handvest). Uit het onderzoek komt duidelijk naar voren dat auteursrechtelijke bescherming niet absoluut is, en in het verlengde daarvan geldt dat ook voor het exclusieve karakter van het recht. Veeleer heeft auteursrechtelijke bescherming in de kern aspecten van toegang (de beschikbaarheid van werken en cultuurparticipatie) en van vergoeding (waarborgen van de materiële belangen van makers).

Erop is gewezen dat beperkingen op het auteursrecht gerechtvaardigd worden door hun maatschappelijke functie en dat de omvang van bescherming, inclusief de doelstellingen en voorwaarden bij de uitoefening van het auteursrecht, zou moeten worden afgebakend in het licht van het publieke belang. Door deze overwegingen te vertalen naar regulering van massaal niet-

commercieel online gebruik van werken door individuen zijn er sterke, normatieve argumenten voor de aanvaarding van een vervanging van het exclusieve recht door een op beperkingen en wettelijke licentie gebaseerd ACS.

Tenslotte verkent de laatste stap van de normatieve analyse de vraag of en in hoeverre het voorgestelde model van legalisering aansluit op de doelstellingen van het Europese auteursrecht, zoals afgeleid uit de overwegingen in de EU-richtlijnen inzake het auteursrecht en uit de rechtspraak van het HvJEU. De zeven doelstellingen die zijn vastgesteld zijn: een rechtvaardig evenwicht tussen de rechten en belangen van makers en de rechten van gebruikers; een hoog beschermingsniveau voor auteursrechthebbers; een billijke compensatie of passende beloning; verspreiding van cultuur; wegnemen van rechtsonzekerheid; technologische ontwikkeling, waaronder mede begrepen de bevordering van de informatiemaatschappij; en harmonisatie van het auteursrecht om een functionerende interne markt te verwezenlijken. De analyse concludeert dat een op een wettelijke licentie gebaseerd ACS voor niet-commercieel online-gebruik door individuen, met inachtneming van de begrenzingen die voortvloeien uit de analyse van de driestappentoets, beter aansluit op deze doelstellingen dan het huidige regime.

Hoofdstuk 6 bevat de conclusies en een voorstel voor de wijze waarop een ACS deel zou moeten uitmaken van het Europese auteursrecht. Het eerste deel van het hoofdstuk geeft een samenvatting van de belangrijkste bevindingen van het onderzoek en ontwaart de descriptieve en normatieve conclusies. Het tweede deel draagt een voorstel tot hervorming aan voor het reguleren van niet-commerciële online handelingen van eindgebruikers middels een model van toegang tegen een vergoeding. Het oppert een blauwdruk voor een ACS, een op beperkingen gebaseerde wettelijke licentie voor niet-commercieel individueel gebruik die verenigbaar is met het Europese auteursrecht. Deze blauwdruk identificeert de relevante begunstigden, het onderwerp en de inhoudelijke omvang van de licentierechten, de inrichting van een recht op een billijke vergoeding in dit systeem, het formuleren van de beperking in contracten, en de basiswerking van het systeem. In aansluiting op de pragmatische insteek van dit onderzoek kan deze blauwdruk worden aangepast ten behoeve van minder vergaande modellen van collectief beheer, hetgeen wordt aangevuld met een soft law-benadering die op de korte of middellange termijn politiek gezien wellicht meer realiseerbaar is.