

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 2: Zoekmachines en andere probleemgebieden

27 maart 2013

Inhoudsopgave

I.	Adviesaanvraag en werkwijze Commissie Auteursrecht	3
I.1	<i>Adviesaanvraag</i>	3
I.2	<i>Beraadslaging Commissie Auteursrecht</i>	3
I.3	<i>Plan van aanpak</i>	4
II.	De ruimte voor flexibiliteit in het stelsel van uitzonderingen en beperkingen.....	7
II.1	<i>De primaire diensten van zoekmachines</i>	7
II.2	<i>Data mining</i>	13
II.3	<i>Gebruik van werken binnen het onderwijs: digital classrooms</i>	13
II.4	<i>Creatief hergebruik van werken: filmdocumentaires</i>	15

I. Adviesaanvraag en werkwijze Commissie Auteursrecht

I.1 Adviesaanvraag

Op 20 november 2012 heeft de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie de Commissie Auteursrecht bij brief verzocht het tweede deel van het advies over een flexibel systeem van beperkingen op het auteursrecht uit te brengen. Op 21 maart 2012 is het eerste gedeelte van het advies reeds vastgesteld. Dit betrof de mogelijkheden van het invoeren van een flexibele regeling voor *user-generated content*. In het tweede deel van het advies wordt de Commissie verzocht te onderzoeken (1) of zij de analyse deelt van het rapport ‘*Flexible Copyright: The Law and Economics of Introducing an Open Norm in the Netherlands*’ dat door SEO/IViR is geschreven in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,¹ waar het gaat om de gebieden waar het huidige stelsel van uitzonderingen en beperkingen tekort schiet; (2) of de bestaande kaders van het communautaire acquis en de verdragen mogelijkheden bieden om de Auteurswet te flexibiliseren voor deze vormen van gebruik; en (3) hoe zij aankijkt tegen de in het SEO/IViR rapport voorgestelde open norm.

Het Ministerie licht desgevraagd toe dat de adviesaanvraag niet beoogt om de Commissie te vragen advies te geven over de (politieke) wenselijkheid van uitzonderingen en beperkingen in de Auteurswet. De Staatssecretaris wenst slechts te vernemen of de Commissie binnen de kaders van de Auteursrechtrichtlijn juridische mogelijkheden ziet om regelingen te treffen die het gebruik van auteursrechtelijk beschermd werk in de het SEO/IViR rapport genoemde situaties kunnen vergemakkelijken. Mocht de Commissie zich evenwel niet herkennen in de analyse van SEO/IViR dat het auteursrecht in bepaalde situaties knelpunten oplevert, dan staat het haar uiteraard vrij om dit in het advies te betrekken.

I.2 Beraadslaging Commissie Auteursrecht

De Commissie Auteursrecht heeft beraadslaagd over de adviesaanvraag in haar vergaderingen op 10 december 2012, 4 februari 2013 en 4 maart 2013. 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.

¹ Zie: <http://www.ivir.nl/publications/vangompel/Flexible_Copyright.pdf>.

Quaadvlieg en prof. mr. M. Senftleben.² De secretarissen van de Commissie Auteursrecht zijn mr. S.J. van Gompel (verslaglegging) en mr. M.J.H. Langendoen. Namens het Ministerie van Veiligheid en Justitie waren mr. M.J.H. Langendoen, mr. E. Schmieman en/of mr. G.M. ter Huurne aanwezig bij de vergaderingen.

I.3 Plan van aanpak

De Commissie heeft kennis genomen van de inhoud van het SEO/IViR rapport over ‘*Flexible Copyright*’, alsmede van de aanbiedingsbrief van dit rapport aan de Tweede Kamer. In het SEO/IViR rapport wordt een aantal probleemgebieden geïdentificeerd waar het huidige stelsel van uitzonderingen en beperkingen te weinig flexibiliteit biedt en mogelijke belemmeringen voor innovatie en commercialisatie opwerpt. Dit betreft de volgende gebieden:

- de diensten van zoekmachines;
- het maken van *user-generated content*;
- *cloud computing*;
- *data mining*;
- gebruik van werken binnen het onderwijs;
- creatief hergebruik, bijv. door documentairemakers.

In het eerste deel van haar advies over de mogelijkheden van het invoeren van een flexibel systeem van beperkingen op het auteursrecht (d.d. 21 maart 2012) heeft de Commissie zich reeds uitgesproken over de vraag in hoeverre het bestaande stelsel van uitzonderingen en beperkingen ruimte laat voor het maken van *user-generated content*. De vraag die nu voorligt is of er binnen de kaders van de Auteursrechtlijn juridische mogelijkheden bestaan om regelingen te treffen die het gebruik van auteursrechtelijk beschermd werk in de overige in het SEO/IViR rapport genoemde situaties kunnen vergemakkelijken.

De Commissie beseft dat zij met de adviesaanvraag twee kanten op kan. Enerzijds kan zij bestuderen wat mogelijk is binnen het bestaande rechtskader. Dat is de benadering die zij ook in het eerste deel van haar advies heeft gekozen. Omdat het Europeesrechtelijke kader thans geen ruimte biedt voor de introductie van een open norm, zou dit betekenen dat de Commissie

² Ondanks dat de Commissie niet altijd in voltallige samenstelling heeft vergaderd (prof. mr. M. Senftleben was niet in de gelegenheid om aan de eerste beraadslaging deel te nemen; prof. mr. M. de Cock Buning kon niet bij de eerste en derde beraadslaging aanwezig zijn; prof. mr. J.E.J. Prins was niet in de gelegenheid om de tweede en derde vergadering bij te wonen), heeft ieder lid inbreng gehad in de totstandbrenging van dit advies.

moet onderzoeken of, en zo ja in hoeverre, er binnen het bestaande stelsel van uitzonderingen en beperkingen ruimte is voor het introduceren van flexibiliteit om de gewenste innovatie en commercialisatie te bevorderen op de hiervoor genoemde terreinen. Een dergelijke benadering volgt de suggesties die door P.B. Hugenholtz en M.R.F. Senftleben zijn gedaan in het rapport '*Fair use in Europe. In search of flexibilities*', dat in november 2011 is verschenen.³

Anderzijds kan de Commissie ook besluiten om aan de rechtsontwikkeling bij te dragen door te bezien wat de introductie van een generieke open norm zou kunnen betekenen voor het auteursrecht. De introductie van een open norm kan echter alleen worden geïnitieerd door de Europese wetgever. Bovendien zou een open norm er alleen kunnen komen indien hierover in Europa consensus wordt bereikt. Dit lijkt, althans op de korte termijn, niet realistisch.

Het is daarom zinvoller om in het advies te onderzoeken wat er binnen het huidige juridisch kader door de Nederlandse wetgever kan worden gerealiseerd. Mocht uit het advies blijken dat het internationaalrechtelijke en Europeesrechtelijke kader niet voldoende ruimte laat voor het introduceren van flexibiliteit, dan kan het Ministerie dit altijd aangrijpen om op Europees niveau te pleiten voor een open norm, indien dit politiek wenselijk wordt geacht. Als de analyse van de Commissie uitwijst dat het bestaande juridisch kader wel perspectief biedt voor een verruiming van de huidige uitzonderingen en beperkingen, dan kan de Auteurswet worden aangepast om in de gewenste flexibiliteit te voorzien.

Het is evenwel op basis van de aan de Commissie beschikbare gegevens niet goed mogelijk om voor alle in het SEO/IViR rapport geïdentificeerde thema's te beoordelen of er voldoende ruimte is binnen het internationaalrechtelijke en Europeesrechtelijke kader, nu niet alle thema's in dat rapport diepgaand zijn uitgewerkt. De Commissie heeft haar advies daarom beperkt tot een aantal probleemgebieden waar de noodzaak tot aanpassing van het bestaande systeem van uitzonderingen en beperkingen het meest evident is. Dit is niet eenvoudig vast te stellen, met name omdat de probleemgebieden erg uiteen lopen en dus ongelijksoortige kwesties betreft. De Commissie ziet echter een overkoepelende problematiek in nieuwe technologieën en *business modellen* die mogelijk belemmerd worden door een gebrek aan flexibiliteit in het huidige auteursrecht.

Van de genoemde probleemgebieden lijkt creatief hergebruik door documentairemakers in eerste instantie niet goed te passen binnen deze focus op nieuwe technologieën en *business modellen*. Toch is hier ook een link met technologische ontwikkeling te leggen: veel werken, die in het verleden alleen fysiek toegankelijk waren via archieven, zouden door toenemende

³ Zie: <<http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>>.

digitalisatie direct (online) beschikbaar gemaakt kunnen worden voor creatief hergebruik door filmdocumentairemakers. De realiteit laat echter zien dat filmmakers, naast auteursrechtelijke problemen, toch vooral ook moeilijkheden ondervinden met betrekking tot de toegang tot het bronmateriaal. Hierin ziet de Commissie voldoende aanleiding om het fundamentele probleem van het hergebruik door filmdocumentairemakers in haar analyse te betrekken.

In voorbereiding op het advies is in overleg met het Ministerie afgesproken dat niet zal worden ingegaan op het onderwerp *cloud computing*. De Commissie ziet in *cloud computing* als zodanig niet een samenhangend geheel aan auteursrechtelijk relevante problemen. Het is een verzamelbegrip voor tal van diensten en voorzieningen die via online platformen worden aangeboden. Voor zover er bij *cloud computing* auteursrechtelijk relevante problemen spelen, dienen die daarom in een meer specifieke context aan de orde te worden gesteld. In Europa is thans bovendien discussie gaande over mogelijke auteursrechtelijk relevante oplossingen voor *cloud computing* en het is niet zinvol om daar in dit advies op vooruit te lopen.

II. De ruimte voor flexibiliteit in het stelsel van uitzonderingen en beperkingen

In de navolgende bespreking wordt onderzocht of, en zo ja in hoeverre, het bestaande stelsel van uitzonderingen en beperkingen in de Auteurswet kan worden aangepast met het oog op het introduceren van flexibiliteit voor de primaire diensten van zoekmachines (para. II.1), *data mining* (para. II.2), het digitale gebruik van werken binnen het onderwijs (para. II.3) en het creatief hergebruik van werken door filmdocumentairemakers (para. II.4).

In overeenstemming met het eerste deel van dit advies en naar analogie van het rapport van Hugenholtz en Senftleben zal hierbij als uitgangspunt gelden dat aansluiting wordt gezocht bij de ruimte die er thans bestaat binnen de kaders van de Auteursrechtlijn.

II.1 De primaire diensten van zoekmachines

Het auteursrechtelijke probleem waar aanbieders van zoekmachines tegenaan lopen is tweeledig. In de eerste plaats is het onvermijdelijk dat aanbieders van zoekmachines op grote schaal reproducties maken van webcontent. Om een snelle en adequate zoekfunctionaliteit te bieden moeten zij het gros van de webcontent op hun servers hebben gekopieerd om van daaruit zoekresultaten te kunnen tonen. Zoeken in *real time* zou namelijk te veel tijd kosten. In de tweede plaats gaat het tonen van zoekresultaten gepaard met het openbaar maken van (gedeeltes van) webcontent: zoekresultaten worden vaak zichtbaar gemaakt door het tonen van korte tekstfragmenten of *thumbnails*.

De Commissie richt zich in dit advies alleen op de primaire diensten van zoekmachines. Dit zijn het indexeren en het daartoe benodigde reproduceren van webcontent en het zichtbaar maken van zoekresultaten. Dit sluit niet uit dat discussie ontstaat over verdergaande diensten van zoekmachines, zoals de cache-dienst. De Commissie ziet het echter niet als haar taak om zich een oordeel te vormen met betrekking tot alle mogelijke functies van zoekmachines.

Voor zover het de gewone zoekfunctie van algemene zoekmachines betreft lijkt er consensus te bestaan dat deze reproductie- en openbaarmakingshandelingen ook zonder expliciete toestemming van auteursrechthebbers zouden moeten zijn toegestaan. Toch vallen ze eigenlijk binnen het exclusieve recht van de auteur. Dit is met name het geval nu het Europese Hof van Justitie in het *Infopaq I* arrest (HvJEU 16 juli 2009, C-5/08) heeft beslist dat het auteursrecht zich ook kan uitstrekken tot korte tekstfragmenten. Bovendien laten

ontwikkelingen in het buitenland zien dat zoekmachines in de praktijk wel degelijk tegen auteursrechtelijke hindernissen aanlopen. In Frankrijk en Duitsland hebben rechters evenwel ruimte geboden aan zoekmachines om *thumbnails* zichtbaar te maken. In Duitsland oordeelde de rechter dat er sprake was van zogenaamde ‘*Einwilligung*’ door auteursrechthebbenden;⁴ en in Frankrijk dat zoekmachines aanspraak konden maken op de immuniteit uit de e-Commerce Richtlijn.⁵ In Spanje oordeelde de rechter op grond van algemene civielrechtelijke beginselen, zoals de goede trouw en het verbod van misbruik van recht, dat het zonder toestemming reproduceren en zichtbaar maken van werken in een *cache* dienst van een zoekmachine rechtmatig is.⁶

De vraag is derhalve of het noodzakelijk is de Auteurswet aan te passen om het genoemde gebruik van webcontent door zoekmachines juridisch toe te staan. In Duitsland is juist gekozen voor een oplossing buiten het wettelijk systeem van het auteursrecht om: rechthebbenden die hun werken online beschikbaar hebben gesteld zonder deze met technische middelen te beveiligen worden verondersteld zich, op grond van de algemene civielrechtelijke rechtvaardigingsgrond van ‘*Einwilligung*’, niet te kunnen verzetten tegen het indexeren en als zoekresultaat tonen van hun werken door zoekmachines. Mits de werken door auteursrechthebbenden zelf online beschikbaar zijn gemaakt, lijkt dit een aanvaardbare oplossing. Dat is anders wanneer werken door een derde online beschikbaar worden gemaakt en het verdienmodel van rechthebbenden daarmee wordt doorbroken. Gebruikers kunnen evenwel niet altijd vaststellen of de beschikbaarstelling rechtmatig of onrechtmatig was. De Commissie vraagt zich daarom af of het genoemde model in dergelijke gevallen wel voldoende soelaas biedt.

In het belang van de rechtszekerheid geeft de Commissie er de voorkeur aan om het indexeren van webcontent en het zichtbaar maken van zoekresultaten te internaliseren binnen het auteursrecht. Het betreft generieke problemen die bij voorkeur een specifieke auteursrechtelijke oplossing moeten krijgen.

Een eerste vraag is of en in hoeverre er binnen het communautaire acquis ruimte is voor het massaal reproduceren en indexeren van webcontent door zoekmachines. Een beperking die wellicht enige verlichting kan bieden is de tijdelijke technische reproductiehandeling van

⁴ Bundesgerichtshof, 29 april 2010, zaak I ZR 69/08, <www.bundesgerichtshof.de>.

⁵ Cour d’Appel de Paris, 26 januari 2011, SAIF/Google, RG n° 08/13423, <<http://www.juriscom.net/documents/caparis20110126.pdf>>.

⁶ Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil), 3 april 2012, sentencia N°: 172/2012, <<http://pdfs.wke.es/8/6/1/5/pd0000078615.pdf>>.

art. 5 lid 1 van de Auteursrechtlijn. In Nederland is deze beperking geïmplementeerd in art. 13a Aw. Deze bepaling luidt als volgt:

Artikel 13a Aw:

Onder de veeleenvoudiging van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet verstaan de tijdelijke reproductie die van voorbijgaande of incidentele aard is, en die een integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé dat wordt toegepast met als enig doel

- a) de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of
 - b) een rechtmatig gebruik
- van een werk mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezit.

Het reproduceren ten behoeve van het indexeren van webcontent als zodanig lijkt binnen de reikwijdte van art. 13a Aw te passen. De reproductie is onderdeel van een geautomatiseerd en technisch procedé waarbij een webcrawler, een robot die het internet systematisch afstruint en kopieert, een dynamische databank met webcontent creëert. Deze webcontent wordt daarna geïndexeerd. De reproductie is niet altijd tijdelijk (want de gegevens kunnen voor langere tijd in de *cache* worden opgeslagen), maar wel van voorbijgaande aard: de databank met gegevens wordt continu aangevuld en ververs met nieuw verzamelde materialen.

Op grond van het *Infopaq II* arrest van het Europese Hof van Justitie (HvJEU 17 januari 2012, C-302/10) lijken de tijdelijke technische reproductiehandelingen die aan het indexeren van webcontent ten grondslag liggen geoorloofd te zijn. Het indexeren van webcontent door zoekmachines kan immers worden bestempeld als een legitiem gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken. In *Infopaq II* is geoordeeld dat tijdelijke technische reproductiehandelingen zonder zelfstandige economische waarde zijn toegestaan op voorwaarde dat deze handelingen noodzakelijk zijn om een rechtmatig gebruik van werken mogelijk te maken.

De situatie wordt problematischer als het gaat over de *cache*-diensten van zoekmachines. De beperking van art. 5 lid 1 van de Auteursrechtlijn geldt ingevolge rechtsoverweging 33 van dezelfde richtlijn weliswaar ook voor het tijdelijk opslaan van kopieën in het *cache*-geheugen om een gebruiker sneller toegang te geven tot gegevens, maar dit is wellicht anders wanneer webcontent voor onbepaalde tijd in de *cache* wordt opgeslagen om websites ook op een later moment raadpleegbaar te laten zijn, zoals bij verschillende grote zoekmachines, zoals Google en Bing, het geval is. Het woord ‘tijdelijk’ betekent weliswaar niet dat de kopieën slechts kortstondig mogen worden opgeslagen. Het bewaren en het wissen van de

reproducties mogen echter niet afhankelijk zijn van een willekeurige menselijke interventie (HvJEU 16 juli 2009, C-5/08, *Infopaq I*, r.o. 62). Bovendien mogen de reproducties geen zelfstandige economische waarde bezitten.⁷ In België hebben rechters daarom geoordeeld dat het *cachen* en indexeren van webcontent en het tonen van zoekresultaten door een nieuws-*aggregator* inbreuk maken op het auteursrecht.⁸ Zoals opgemerkt behoren *cache*-diensten echter niet tot de primaire taken van zoekmachines. Daarom zal niet verder worden ingegaan op deze problematiek.

Ten tweede bekijkt de Commissie of en in hoeverre er binnen het communautaire acquis mogelijk ruimte is om het zichtbaar maken van zoekresultaten toe te staan door het onder het citaatrecht van art. 15a Aw te brengen. De bepaling luidt thans 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.

In Nederland bestaat al rechtspraak waarin de rechter het citaatrecht van art. 15a Aw ruim heeft geïnterpreteerd in het kader van specifieke ('dedicated') zoekmachines. Zo heeft het Gerechtshof Arnhem in de *Zoekallehuizen.nl* uitspraak⁹ overwogen dat het tonen van zoekresultaten van huizen met doorverwijzing met behulp van hyperlinks naar de originele website valt onder het contextvereiste ('een aankondiging, beoordeling, polemiek of wetenschappelijke verhandeling of ... uiting met een vergelijkbaar doel') van art. 15a lid 1 Aw. Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, waaruit blijkt dat aan art. 15a Aw een

⁷ Zie hierover P.B. Hugenholtz, 'De auteursrechtelijke groeipijnen van Google', *Ars Aequi* 2011-2, p. 91-97.

⁸ Hof van Beroep Brussel 5 mei 2011, R.nr. 2011/2999, 817, Google Inc./Copiepresse.

⁹ Hof Arnhem 4 juli 2006, *AMI* 2007/3, nr. 12 m.nt. K.J. Koelman (*Zoekallehuizen.nl*).

ruimere betekenis dan alleen citeren in de context van kritiek of recensies toekomt, oordeelt het Hof dat dit te vergelijken is met het citeren uit een werk ten behoeve van een aankondiging. Ook aan de overige in art. 15a Aw genoemde voorwaarden was volgens het Hof voldaan.¹⁰

Op grond van deze uitspraak lijkt het mogelijk om het zichtbaar maken van zoekresultaten door zoekmachines onder het citaatrecht te brengen. Daarbij moet worden opgemerkt dat in ons omringende landen juist expliciet is uitgemaakt dat het zichtbaar maken van zoekresultaten niet onder het citaatrecht valt.¹¹ De grenzen van het citaatrecht zijn echter nog grotendeels aan nationaal recht onderworpen, zodat de omvang van dit recht per land kan verschillen. Het Nederlandse citaatrecht is geformuleerd op een wijze die een ruime toepassing van deze uitzondering veroorlooft.

Mocht de wetgever, in navolging van het eerste deel van dit advies, besluiten om het citaatrecht te verruimen voor *user-generated content*, dan zou hij dus in de Memorie van Toelichting kunnen verduidelijken dat aanpassing van art. 15a Aw niet nodig is voor de diensten van zoekmachines, omdat het zichtbaar maken van zoekresultaten thans al onder het contextvereiste van art. 15a lid 1 Aw kan worden gebracht.

Om er zeker van te zijn dat het zichtbaar maken van zoekresultaten als een aankondiging, beoordeling, polemiek of wetenschappelijke verhandeling of een uiting met een vergelijkbaar doel in de zin van art. 15a Aw wordt aangemerkt, zou de wetgever ook een meer expliciete verduidelijking van het contextvereiste van lid 1 kunnen aanbrenge. Zo is het mogelijk om een extra artikellid te introduceren dat bepaalt dat onder uitingen met ‘een vergelijkbaar doel’ met name ook vallen het zichtbaar maken van zoekresultaten door zoekmachines, het citeren in de vorm van *user-generated content*, etc. Ook zou de wetgever er voor kunnen kiezen om lid 2, dat thans bepaalt wat mede onder citeren wordt begrepen, met een extra zinsnede uit te breiden, die als volgt kan luiden: ‘alsmede het citeren in de vorm van het zichtbaar maken van zoekresultaten door zoekmachines’. Een dergelijke wetswijziging zou gelijktijdig met een verruiming van het citaatrecht voor andere doeleinden (zoals het eerder genoemde *user-generated content*) kunnen worden doorgevoerd. De Commissie wijst er evenwel op dat het uitbreiden van het contextvereiste van art. 15a lid 1 Aw ook averechts zou kunnen werken: in

¹⁰ Ibid., r.o. 4.8.

¹¹ Bundesgerichtshof, 29 april 2010, zaak I ZR 69/08, <www.bundesgerichtshof.de>; Hof van Beroep Brussel 5 mei 2011, R.nr. 2011/2999, 817, Google Inc./Copiepresse.

plaats van meer flexibiliteit kan een al te nauwkeurige omschrijving van de doeleinden voor het citeren ook afbreuk doen aan het huidige open karakter van deze bepaling.

Een ruimere interpretatie van het contextvereiste van art. 15a lid 1 Aw door de rechter of de wetgever zou naar alle waarschijnlijkheid toelaatbaar zijn op grond van art. 5 lid 3 onder d van de Auteursrechtlijn. Deze bepaling spreekt namelijk van ‘het citeren ten behoeve van kritieken en recensies *en voor soortgelijke doeleinden*’ (in de Engelse versie: ‘quotations for purposes *such as* criticism or review’). Op grond van deze formulering is bij de implementatie van de richtlijn reeds beoogd om het citaatrecht van art. 15a Aw ruim te formuleren door de zinsnede ‘of voor een uiting met een vergelijkbaar doel’ in te voegen.¹² Dit is in lijn met het advies van de Commissie Auteursrecht van 17 juli 2001.¹³ Gezien de ruime formulering van art. 5 lid 3 onder d van de Auteursrechtlijn heeft de Commissie in deel 1 van dit advies ook reeds opgemerkt dat het Europeesrechtelijk kader ruimte lijkt te bieden voor een flexibele interpretatie en eventuele uitbreiding van het contextvereiste van art. 15a lid 1 Aw.

De vraag blijft of *thumbnails* bij een dergelijke aanpassing als geoorloofd citaat kunnen worden aangemerkt. Ondanks de laagwaardige kwaliteit zijn *thumbnails* feitelijk reproducties van complete afbeeldingen van een werk. De Commissie merkt echter op dat het thans onder omstandigheden al toegestaan is om volledige werken te citeren. Bovendien valt het goed te verdedigen dat het bij *thumbnails*, kwalitatief gezien, niet gaat om complete werken.

Een ander punt dat in de praktijk mogelijk problemen kan opleveren is het vereiste in art. 15a lid 1 onder 1 Aw dat het werk waaruit wordt geciteerd rechtmatig openbaar gemaakt moet zijn. Zoekmachines vinden immers ook niet rechtmatig openbaar gemaakte werken. In de regel zijn de meeste werken, zelfs werken uit illegale bron, in eerste instantie rechtmatig door de auteursrechthebbende openbaar gemaakt. Uitzonderingen zijn werken die niet rechtmatig door of vanwege de rechthebbende openbaar zijn gemaakt, zoals werken die via wikileaks of door klokkenluiders zijn verspreid. Een eventuele aansprakelijkheid van zoekmachines voor het zichtbaar maken van zoekresultaten van onrechtmatig openbaar gemaakte werken is dus niet uit te sluiten. De vraag rijst dan in hoeverre de aansprakelijkheid van zoekmachines op nationaal niveau kan worden beperkt op de wijze zoals is gebeurd met *hosting* diensten onder Richtlijn 2000/31/EG van 8 juni 2000 betreffende de elektronische handel.¹⁴ Dit vergt nader onderzoek waarvoor in dit advies geen plaats is.

¹² *Kamerstukken II* 2001/02, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 40-41.

¹³ Commissie Auteursrecht, Advies over de uitvoering van de EG-Richtlijn auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij, 17 juli 2001, p. 20.

¹⁴ Zie: HvJEU 23 maart 2010, C-236/08, *Google France v. Louis Vuitton*.

II.2 *Data mining*

Bij *data mining* gaat het om het verzamelen van (grote hoeveelheden) gegevens met als doel die systematisch te vergelijken en te analyseren op grond van vooraf vastgestelde criteria. Dit gaat soms gepaard met de reproductie en opslag van auteursrechtelijk beschermde werken om onderzoekers in staat te stellen de daarin vastgelegde gegevens te analyseren. De specifieke auteursrechtelijke problemen die bij *data mining* spelen lijken afhankelijk van de context van het gebruik van de data. In de praktijk wordt *data mining* toegepast voor wetenschappelijke en commerciële doeleinden van zeer uiteenlopende aard. De auteursrechtelijke problemen zullen verschillen naarmate de gegevens voor wetenschappelijke of voor bedrijfsmatige doeleinden worden geanalyseerd. Zo is het in de wetenschap van belang dat de data voor langere tijd worden bewaard en met andere onderzoekers worden gedeeld om onderzoeksresultaten te kunnen controleren op kwaliteit, objectiviteit en betrouwbaarheid. Dit ligt vaak anders in het bedrijfsleven. Daarnaast is het van belang of de te analyseren gegevens direct of indirect toegankelijk zijn. Soms worden de data door onderzoekers zelf verzameld, maar soms worden zij verkregen van derden. In dit laatste geval hangt veel af van de voorwaarden waaronder de gegevens voor wetenschappelijke of commerciële doeleinden mogen worden hergebruikt.

De Commissie vindt dat het begrip *data mining* te generiek is. Zij heeft onvoldoende zicht op waar precies de auteursrechtelijke pijnpunten liggen. Zij adviseert daarom om eerst gedegen onderzoek te (laten) doen naar de auteursrechtelijke problemen die bij *data mining* spelen in zowel de wetenschappelijke als de commerciële context. Zonder gedegen achtergrondstudie is het niet mogelijk om een auteursrechtelijke oplossing voor deze problematiek aan te dragen.

II.3 *Gebruik van werken binnen het onderwijs: digital classrooms*

De vraag die hier voor ligt is of de manier waarop de Auteurswet omgaat met het gebruik van werken binnen het onderwijs voldoende flexibiliteit biedt aan nieuwe digitale mogelijkheden binnen het onderwijs, zoals het beschikbaar maken van werken via BlackBoard, het klassikaal gebruik van smartboards en het geven van PowerPoint-presentaties. De Commissie meent dat een neutrale lezing van art. 16 Aw, waarin het auteursrecht wordt beperkt voor zover het gaat

om de verveelvoudiging of openbaarmaking van gedeelten van werken ter toelichting bij het onderwijs, ogenschijnlijk veel ruimte biedt voor digitale vormen van gebruik. Voor het online toegankelijk maken van auteursrechtelijk beschermd materiaal via BlackBoard worden thans op grond van deze bepaling reeds campuslicenties afgesloten door Stichting PRO.

De vraag blijft echter of een vergoeding voor het gebruik van werken binnen het onderwijs wel altijd op zijn plaats is. In het onderwijs is geen rigide onderscheid te maken tussen aanbieders en gebruikers van content: het is een fluïde grens. Zo is een groot gedeelte van de werken waarvoor universiteiten jaarlijks een (doorgaans fikse) reproductievergoeding moeten betalen door de werknemers van die universiteiten zelf geproduceerd. De vraag naar de wenselijkheid van betaling van een auteursrechtvergoeding voor het gebruik van werken door universiteiten en onderwijsinstellingen is evenwel eerder een politieke dan een juridische vraag. De Commissie laat de beantwoording van deze vraag daarom over aan de politiek.

Een andere onderwijs-gerelateerde bepaling die wel enigszins ouderwets aandoet is art. 12 lid 5 Aw. Deze bepaling luidt als volgt:

Artikel 12 Aw:

5. Onder een voordracht, op- of uitvoering of voorstelling in het openbaar wordt niet begrepen die welke uitsluitend dient tot het onderwijs dat vanwege de overheid of vanwege een rechtspersoon zonder winstoogmerk wordt gegeven, voor zover de voordracht, op- of uitvoering of voorstelling deel uitmaakt van het schoolwerkplan of leerplan voor zover van toepassing, of tot een wetenschappelijk doel.

Deze bepaling lijkt onvoldoende ruimte te bieden voor het benutten van nieuwe digitale mogelijkheden in klassikale setting. Weliswaar wordt de mogelijkheid geboden om werken in het kader van het onderwijs voor te dragen, op of uit te voeren of onderdeel te maken van een voorstelling in het openbaar, maar het is onduidelijk of daaronder ook het gebruik van werken in PowerPoint-presentaties of het (ver)tonen van werken op smartboards valt.

Onduidelijk is intussen in hoeverre de ogenschijnlijk beperkte reikwijdte van art. 12 lid 5 Aw in de praktijk aanleiding geeft tot juridische problemen. De Commissie is geen studie naar het nieuwe leren en de daarbij relevante auteursrechtelijke problemen bekend. Zij meent dat aan dergelijk onderzoek wel behoefte is. Indien uit onderzoek zou blijken dat er auteursrechtelijke problemen bestaan zou de wetgever er voor kunnen kiezen om art. 12 lid 5 Aw te actualiseren. Hiervoor lijkt voldoende ruimte te zijn in het communautaire acquis. Art. 5 lid 3 onder a van de Auteursrechtlijn, dat de mogelijkheid biedt om beperkingen te

stellen ten aanzien van het gebruik als toelichting bij het onderwijs, is technologie-neutraal geformuleerd.

II.4 Creatief hergebruik van werken: filmdocumentaires

Er heerst thans grote rechtsonzekerheid omtrent het gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal in filmdocumentaires. Vaak is onduidelijk of een filmdocumentairemaker zich kan beroepen op een auteursrechtelijke uitzondering of beperking. Art. 16a Aw, dat onder bepaalde voorwaarden het gebruik van werken in reportages van actuele gebeurtenissen toestaat, biedt in veel gevallen geen soelaas. Bij documentaires gaat het immers in veel gevallen niet om actuele gebeurtenissen. Gezien het ruime contextvereiste van art. 15a Aw lijkt er weliswaar de nodige flexibiliteit te bestaan voor het citeren van werken in het kader van ‘een aankondiging, beoordeling, polemiek of wetenschappelijke verhandeling of ... uiting met een vergelijkbaar doel’, maar in de praktijk staat niet altijd vast dat een citaat in een documentaire werkelijk als zodanig is aan te merken. Rechtszekerheid is echter juist in de filmsector, die wordt gekenmerkt door hoge initiële productiekosten, van zeer groot belang. Filmfinanciers eisen dat “de rechten geregeld zijn”, en producenten nemen meestal niet het risico dat een filmproductie door een onduidelijke wettelijk regeling op losse schroeven komt te staan.

Een bijkomend probleem is dat filmmakers voor toegang tot het beeldmateriaal dat zij in een documentaire willen hergebruiken vaak zijn aangewezen op archieven, die soms als enige over het materiaal beschikken. Filmmakers die bestaande werken willen hergebruiken in een documentaire moeten in de praktijk dus meestal ook toestemming bemachtigen van archieven of soortgelijke instellingen om fysiek toegang te krijgen tot het bronmateriaal. Daarbij worden zij soms met maximale licentietarieven geconfronteerd.

Het communautaire acquis lijkt ruimte te bieden om aan de bestaande rechtsonzekerheid een einde te maken. Indien mag worden aangenomen dat het recht van ‘adaptation’ niet door Europees recht is geharmoniseerd, dan zouden er mogelijkheden zijn om de vrije bewerking in de zin van art. 13 Aw te verruimen. Zoals de Commissie reeds heeft opgemerkt in para. II.2 van deel 1 van dit advies staat dit echter niet vast en is de situatie te onzeker om ervan uit te mogen gaan dat art. 13 Aw werkelijk in deze zin mag worden verruimd.

Een bepaling die nu al de nodige flexibiliteit lijkt te bieden is, zoals reeds gezegd, het citaatrecht van art. 15a Aw. De wetgever zou het contextvereiste van art. 15a lid 1 Aw in die zin kunnen verduidelijken dat daaronder voortaan ook wordt verstaan het citeren voor wetenschappelijke of documentaire doeleinden. Op grond van art. 5 lid 3 onder d van de Auteursrechtlijn lijkt dit te zijn toegestaan. Een risico dat de Commissie signaleert is dat een dergelijke verduidelijking een positieve reflexwerking kan hebben op andere gebieden. Om dit te voorkomen zou in de Memorie van Toelichting kunnen worden vermeld dat de verwijzing naar documentaire doeleinden vooral betrekking heeft op filmdocumentaires. Het voordeel van het verduidelijken van het citaatrecht in bovengenoemde zin is dat, op grond van art. 15a lid 1 onder 2 Aw, het citeren alleen is toegestaan indien het in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is. Dit zou kunnen voorkomen dat te omvangrijk gedeeltes van werken worden geciteerd. Voor een dergelijk omvangrijk gebruik blijft het nodig om een licentie te verkrijgen.

De Commissie meent dat de wetgever, naast of in plaats van een verruimd citaatrecht, ook zou kunnen ingrijpen op mededingings- of mediarechtelijke gronden. Veruit het meeste beeldmateriaal dat bij omroepen en archieven, zoals Beeld & Geluid, ligt is met publiek geld gefinancierd. De wetgever zou het gebruik van dergelijk beeldmateriaal in filmdocumentaires aan een wettelijke licentie kunnen onderwerpen, waarbij vooraf de vergoeding wordt bepaald. Beeld & Geluid is thans al verplicht om het archiefmateriaal van de publieke omroepen tegen een marktconform tarief te licentiëren, maar om de positie van filmdocumentairemakers en andere hergebruikers te versterken zou, bijvoorbeeld in de Mediawet, kunnen worden bepaald dat dit archiefmateriaal slechts tegen een gereguleerd tarief kan worden gelicentieerd.