

DE UITZONDERINGEN OP AUTEURSRECHT IN DE EU EN *COPYRIGHT* IN DE VS

DE IMPLEMENTATIE VAN EN OVEREENSTEMMING MET DE
INTERNATIONAALRECHTELIJKE DRIESTAPPENTOETS

Aantal woorden: 43.434

Paulien Wymeersch
Studentennummer: 01607622

Promotor: Prof. dr. Inge Govaere
Commissaris: Joyce De Coninck

Masterproef voorgelegd voor het behalen van de graad master in de rechten

Academiejaar: 2020 – 2021



Disclaimers

Deze masterproef is een examendocument dat niet werd gecorrigeerd voor eventueel vastgestelde fouten.

Ondergetekende verklaart dat de inhoud van deze masterproef mag worden geraadpleegd en/of gereproduceerd voor persoonlijk gebruik. Het gebruik van deze masterproef valt onder de bepalingen van het auteursrecht en bronvermelding is steeds noodzakelijk.

Dankwoord

Een aantal mensen verdienen een vermelding in dit dankwoord.

Professor dr. Inge Govaere en Joyce De Coninck, voor hun begeleiding.

Professor Laura G. Lape,¹ voor haar begeesterde lessen *Intellectual Property*.

Mijn gezin, voor hun steun.

¹ Associate Professor of Law aan Syracuse University, College of Law, NY, USA.

Samenvatting

Het auteursrecht kent aan auteurs een aantal exclusieve vermogensrechten toe met betrekking tot hun beschermde werken. Deze rechten zijn onderworpen aan beperkingen en uitzonderingen voor bepaalde soorten van maatschappelijk waardevol gebruik, waarvoor geen toestemming van de auteursrechthebbende vereist is. De driestappentoets is een van oorsprong internationale norm die toeziet op de evenwichtige toepassing van deze beperkingen en uitzonderingen, rekening houdend met de belangen van auteursrechthebbenden. De driestappentoets stelt dus een grens aan de beperkingen van en uitzonderingen op de exclusieve vermogensrechten. De eerste stap van deze toets houdt in dat de beperkingen en uitzonderingen gelimiteerd moeten zijn tot bepaalde bijzondere gevallen. Ten tweede mag het gebruik geen afbreuk doen aan de normale exploitatie van het werk. Tot slot mogen volgens de driestappentoets de legitieme belangen van auteursrechthebbenden niet onredelijk worden geschaad. De driestappentoets vormt de kernbepaling van dit onderzoek.

Een eerste hoofdstuk bespreekt de verschillende rechtstradities omtrent de ratio van auteursrechtelijke bescherming. Traditioneel gaat het om het onderscheid tussen *droit d'auteur* in continentaal Europa, gebaseerd op het natuurrechtelijk idee, en het utilitaristisch geïnspireerde *copyright* in Anglo-Amerikaanse rechtstelsels. Het tweede hoofdstuk bevat een uitvoerige analyse van de drie stappen van de internationaalrechtelijke driestappentoets, voornamelijk toegespitst op de versies van de test zoals opgenomen in de Berner Conventie en de TRIPs-overeenkomst. Bij deze interpretatie worden de nodige nuances gemaakt volgens de doelstellingen van beide rechtsinstrumenten. Het derde hoofdstuk peilt naar de incorporatie van de internationaalrechtelijke driestappentoets in het recht van de Europese Unie, waarbij aandacht uitgaat naar de draagwijdte en geadresseerde van deze communautaire driestappentoets. Bij de bespreking komt een gedetailleerde analyse van de relevante rechtspraak van het Europees Hof van Justitie aan bod, naast de verschillende standpunten in de rechtsleer. Verder strekt de verhandeling zich uit tot de implementatie van deze Europees Unierechtelijke norm in de lidstaten van de Unie, meer bepaald tot de rol van de driestappentoets in België. Het laatste hoofdstuk formuleert tot slot een antwoord op de vraag of de algemene, *open-ended* uitzondering voor *fair use* in de Verenigde Staten in overeenstemming is met de internationaalrechtelijke driestappentoets, gelet op het mogelijk knelpunt met de eerste stap van de toets. Deze bespreking wordt afgesloten met een uiteenzetting van de mogelijkheden om het Europees auteursrechtlandschap te voorzien van meer flexibiliteit, waarbij de opties onder andere een *fair use*-bepaling en de driestappentoets zelf omvatten.

Inhoudstafel

DISCLAIMERS	I
DANKWOORD	II
SAMENVATTING	III
INHOUDSTAFEL	IV
INLEIDING	1
HOOFDSTUK 1 : DE RECHTSSYTEMEN VAN DE EU EN DE VS	4
1.1 JURIDISCHE TRADITIES	4
1.2 JURIDISCH KADER	6
HOOFDSTUK 2 : DE INTERNATIONAALRECHTELIJKE DRIESTAPPENTOETS	8
2.1 ALGEMEEN	8
2.2 INTERNATIONALE CONTEXT	9
a. <i>Berner Conventie</i>	9
b. <i>TRIPs-overeenkomst</i>	11
2.3 INHOUD	13
a. <i>Interpretatie</i>	13
b. <i>Beperkingen en uitzonderingen</i>	15
c. <i>Drie criteria</i>	17
2.4 DE DRIESTAPPENTOETS	18
a. <i>Bepaalde bijzondere gevallen</i>	18
i. <i>Bepaalde</i>	18
ii. <i>Bijzondere</i>	18
b. <i>Normale exploitatie</i>	19
c. <i>Onredelijk schaden van legitieme belangen</i>	22
i. <i>Belangen</i>	22
ii. <i>Legitieme belangen</i>	23
iii. <i>Onredelijk schaden</i>	24
HOOFDSTUK 3 : DE INFOSOC-RICHTLIJN	27
3.1 ALGEMEEN	27

3.2 BEPERKINGEN EN UITZONDERINGEN	27
a. <i>Dubbele doelstelling van de Infosoc-richtlijn</i>	27
b. <i>Lijst van beperkingen en uitzonderingen</i>	28
c. <i>De driestappentoets</i>	30
i. <i>Bepaalde bijzondere gevallen</i>	31
ii. <i>Normale exploitatie</i>	32
iii. <i>Onredelijk schaden van legitieme belangen</i>	33
3.3 DE DRAAGWIJDTE VAN DE DRIESTAPPENTOETS	34
a. <i>Algemeen</i>	34
b. <i>Voorstel van de Infosoc-richtlijn</i>	35
c. <i>Rechtspraak van het Europees Hof van Justitie</i>	35
i. <i>Algemene interpretatie</i>	35
ii. <i>Rechtspraak omtrent de driestappentoets</i>	37
d. <i>Discussie in de rechtsleer</i>	48
i. <i>De wetgever is de enige geadresseerde van de driestappentoets</i>	49
ii. <i>De wetgever en de rechter zijn de geadresseerden van de driestappentoets</i>	50
e. <i>Omzetting in de lidstaten</i>	53
i. <i>België</i>	53
ii. <i>Nederland</i>	56
iii. <i>Frankrijk</i>	57
f. <i>Eigen appreciatie</i>	57
HOOFDSTUK 4 : FAIR USE IN DE VS	60
4.1 ALGEMEEN	60
4.2 DE UITZONDERING VOOR FAIR USE	60
a. <i>Copyright bescherming en fair use</i>	60
b. <i>Oorsprong van fair use</i>	61
c. <i>Codificatie van fair use</i>	62
d. <i>Rechtspraak van het Amerikaans Hooggerechtshof</i>	63
i. <i>Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.</i>	63
ii. <i>Harper & Row, Publishers v. Nation Enterprises</i>	64
e. <i>Transformatief gebruik</i>	65
f. <i>Fair use als marktfaalen</i>	68

4.3 DE CONFORMITEIT VAN FAIR USE MET DE INTERNATIONAALRECHTELIJKE DRIESTAPPENTOETS	69
a. <i>Algemeen</i>	69
b. <i>Nationaal vs. internationaal recht</i>	69
c. <i>Context en standpunt van de VS</i>	70
d. <i>Fair use en de driestappentoets</i>	72
i. <i>Bepaalde bijzondere gevallen</i>	72
ii. <i>Normale exploitatie</i>	76
iii. <i>Onredelijk schaden van legitieme belangen</i>	77
e. <i>Eigen appreciatie</i>	77
4.4 FAIR USE IN DE EU?	79
a. <i>Algemeen</i>	79
b. <i>Flexibiliteit in de VS: nood aan rechtszekerheid?</i>	80
c. <i>Rechtszekerheid in de EU: nood aan flexibiliteit?</i>	81
d. <i>Mogelijkheden voor flexibiliteit in de EU</i>	83
i. <i>Algemeen</i>	83
ii. <i>Fair use</i>	85
iii. <i>De driestappentoets</i>	86
iv. <i>Mensenrechten</i>	89
v. <i>Eigen appreciatie</i>	89
CONCLUSIE	91
BIBLIOGRAFIE	92

Inleiding

a. Onderzoeksopzet

1. Het auteursrecht kent aan auteurs een aantal exclusieve vermogensrechten toe met betrekking tot hun beschermde werken. Deze rechten zijn onderworpen aan beperkingen en uitzonderingen voor bepaalde soorten van maatschappelijk waardevol gebruik, waarvoor geen toestemming van de auteursrechthebbende vereist is. De driestappentoets is een van oorsprong internationale norm die toeziet op de evenwichtige toepassing van deze beperkingen en uitzonderingen, rekening houdend met de belangen van auteursrechthebbenden. De driestappentoets stelt dus een grens aan de beperkingen van en uitzonderingen op de exclusieve vermogensrechten. De eerste stap van deze toets houdt in dat de beperkingen en uitzonderingen gelimiteerd moeten zijn tot bepaalde bijzondere gevallen. Ten tweede mag het gebruik geen afbreuk doen aan de normale exploitatie van het werk. Tot slot mogen volgens de driestappentoets de legitieme belangen van auteursrechthebbenden niet onredelijk worden geschaad.

2. Op internationaal niveau is de driestappentoets terug te vinden in verschillende verdragen en handelsakkoorden, waaronder de Berner Conventie en de TRIPs-overeenkomst. Deze internationaalrechtelijke norm vindt dus toepassing in rechtstelsels en jurisdicties met uiteenlopende rechtstradities, waaronder de Europese Unie (hieronder: EU) en de Verenigde Staten (hieronder: VS). Ondanks het feit dat de driestappentoets werd geïncorporeerd in meerdere rechtsinstrumenten, bestaat er nog heel wat onduidelijkheid over de precieze betekenis van de drie stappen. De incorporatie van de driestappentoets in diverse EU-richtlijnen heeft tot een discussie geleid omtrent de draagwijdte en geadresseerde van deze communautaire norm. Daarnaast wordt de conformiteit van de Amerikaanse uitzondering voor *fair use* met de internationaalrechtelijke driestappentoets betwist.

3. De relevantie van dit onderzoek ligt in de uitvoerige bespreking van de internationale en Europees Unierechtelijke driestappentoets en de verduidelijking van de betekenis en draagwijdte van deze bepalingen, waarbij deze test aan een kritische blik zal onderworpen worden en de mogelijkheid van een nieuwe lezing van de driestappentoets onderzocht wordt.

4. Deze verhandeling bespreekt op algemene wijze de driestappentoets en focust daarbij op de voornaamste rechtsinstrumenten waarin deze test geïncorporeerd werd. Een inhoudelijke bespreking van de drie stappen voor elke versie van de test zou een grote mate van herhaling met zich meebrengen. Bij de interpretatie worden wel de nodige nuances gemaakt volgens de verschillende

doelstellingen van de relevante rechtsinstrumenten. De vooropgestelde alomvattende bespreking van de driestappentoets noodzaakt ook de behandeling van de incorporatie van deze test op supranationaal niveau. Daarnaast komt bij de bespreking van *copyright* in de VS een ander aspect dan implementatie aan bod, met name de conformiteit van *fair use* met de internationaalrechtelijke driestappentoets. Wat buiten het kader van het onderzoek naar de conformiteit valt, is de doorwerking van de TRIPs-overeenkomst in de nationale rechtsordes.

b. Onderzoeksvraag

5. De centrale onderzoeksvraag luidt als volgt: “In welke mate speelt de internationaalrechtelijke driestappentoets op supranationaal en nationaal niveau, meer bepaald in de EU en de VS, om de uitzonderingen op auteursrecht en *copyright* te kaderen?” Deze centrale vraag valt onder te verdelen in een aantal deelonderzoeksvragen.

- i. Wat zijn de gelijkenissen en verschillen tussen de rechtssystemen van de EU en de VS met betrekking tot de uitzonderingen op auteursrecht en *copyright*?
- ii. Wat houdt de internationaalrechtelijke driestappentoets, meer bepaald zoals opgenomen in de Berner Conventie en de TRIPs-overeenkomst, in?
- iii. Hoe heeft de EU de internationaalrechtelijke driestappentoets in haar supranationale wetgeving geïmplementeerd?
- iv. Hoe heeft België de Europees Unierechtelijke driestappentoets in haar nationale wetgeving geïmplementeerd?
- v. Is de algemene *fair use* uitzondering op *copyright* in de VS in overeenstemming met de internationaalrechtelijke driestappentoets?

6. De eerste deelonderzoeksvraag wordt behandeld in Hoofdstuk 1. Dit hoofdstuk bespreekt de verschillende rechtstradities omtrent de ratio van auteursrechtelijke bescherming. Traditioneel gaat het om het onderscheid tussen *droit d'auteur* in continentaal Europa, gebaseerd op het natuurrechtelijk idee, en het utilitaristisch geïnspireerde *copyright* in Anglo-Amerikaanse rechtstelsels.

7. De tweede deelonderzoeksvraag wordt behandeld in Hoofdstuk 2. Dit deel van de masterproef bevat een uitvoerige analyse van de drie stappen van de internationaalrechtelijke driestappentoets, voornamelijk toegespitst op de versies van de test zoals opgenomen in de Berner Conventie en de TRIPs-overeenkomst.

8. De derde onderzoeksvraag peilt naar de incorporatie van de internationaalrechtelijke driestappentoets in het EU-recht. Hoofdstuk 3 behelst een uiteenzetting van de driestappentoets zoals geïmplementeerd in artikel 5, lid 5 van de Infosoc-richtlijn, waarbij aandacht uitgaat naar de draagwijdte en geadresseerde van deze bepaling. Bij de bespreking komt een gedetailleerde analyse van de relevante rechtspraak van het Europees Hof van Justitie aan bod, naast de verschillende standpunten in de rechtsleer. Verder strekt de uiteenzetting in dit hoofdstuk zich uit tot de implementatie van deze Europees Unierechtelijke norm in de lidstaten van de Unie, meer bepaald tot de rol van de driestappentoets in België en wordt ook de vierde deelonderzoeksvraag behandeld.

9. Tot slot wordt in Hoofdstuk 4 de vijfde en laatste deelonderzoeksvraag behandeld, die nagaat of de Amerikaanse algemene, *open-ended* uitzondering voor *fair use* in overeenstemming is met de internationaalrechtelijke driestappentoets. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een uiteenzetting van de mogelijkheden om het auteursrechtlandschap in de EU te voorzien van meer flexibiliteit, waarbij de opties onder andere een *fair use*-bepaling en de driestappentoets zelf omvatten.

c. Onderzoeksmethoden

10. Het gaat om een kritisch-analytisch juridisch onderzoek, waarbij aan de hand van een systematische analyse van relevante wetgeving en rechtspraak, aangevuld met een diepgaande literatuurstudie, inzicht wordt verworven in de verschillende standpunten over de interpretatie van de driestappentoets. Diverse instrumenten werden gebruikt om zowel online als offline bronnen te consulteren, inclusief een aantal elektronische juridische databanken. Met betrekking tot de driestappentoets van de Infosoc-richtlijn werd de relevante rechtspraak van het Europees Hof van Justitie onderzocht door op curia.eu te filteren naar alle zaken waarin het Hof melding heeft gemaakt van deze bepaling, om deze uitspraken vervolgens zelf in categorieën onder te brengen.

Hoofdstuk 1 : De rechtssystemen van de EU en de VS

1.1 Juridische tradities

11. Traditioneel wordt er een onderscheid gemaakt tussen twee juridische tradities met betrekking tot de bescherming van intellectuele eigendomsrechten. In continentaal Europa is het natuurrechtelijk idee de basis om het bestaan van auteursrechtelijke bescherming te verantwoorden.² In *civil law* rechtssystemen ligt de ratio van bescherming in het feit dat een auteur in de loop van een creatief proces een werk creëert, dat zijn unieke zelfexpressie veruitwendigt.³ Het recht formaliseert als het ware wat reeds inherent aanwezig is in de 'aard der dingen'. Het natuurrecht kent aan auteurs flexibele, brede rechten toe om de exploitatie van hun zelfexpressie mogelijk te maken. De uitzonderingen op deze rechten zijn daarentegen beperkt en onderworpen aan een strikte interpretatie.⁴

12. De VS baseert zich op het utilitarisme om *copyright* te rechtvaardigen en is gefocust op de markt en het voordeel van auteursrechtelijke bescherming voor de maatschappij.⁵ De belofte van geldelijke verloning is een stimulans voor intellectuele productiviteit.⁶ Gelet op deze ratio, worden aan auteurs enkel rechten verleend die sterk genoeg zijn om de gewenste intellectuele productie op gang te brengen. Deze prerogatieven zijn opgenomen in een beperkte, precies afgebakende catalogus. De beperkingen van de rechten zijn daarentegen *open-ended*, gelet op de maatschappelijke oriëntatie van de *common law* aanpak.⁷ De auteur verkrijgt een beperkt monopolie in ruil voor bekendmaking van zijn werk en de verrijking van het publiek domein.⁸ *Copyright* moedigt auteurs aan om te investeren in de creatie van expressieve werken. Zonder deze bescherming zouden derden hun werk kunnen kopiëren of imiteren zonder dezelfde kosten en moeite te investeren, met als gevolg dat originele auteurs geen redelijke *return on investment* kunnen verkrijgen. Deze rechtstraditie focust op de sociale kosten van

² P. MENELL, M. LEMLEY en R. MERGES, *Intellectual Property in the New Technological Age: 2019*, 1, s.l., Clause 8 Publishing, 2019 (hieronder: P. MENELL, M. LEMLEY en R. MERGES, *IP in the New Age*), 6.

³ M. FICSOR, *WIPO Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*, Geneve, WIPO, 2003 (hieronder: M. FICSOR, *WIPO Guide*), 7.

⁴ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2004 (hieronder: M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*), 6.

⁵ P. GOLDSTEIN en P.B. HUGENHOLTZ, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013 (hieronder: P. GOLDSTEIN en P.B. HUGENHOLTZ, *International Copyright*), 14; P. MENELL, M. LEMLEY en R. MERGES, *IP in the New Age*, 16.

⁶ P. MENELL, M. LEMLEY en R. MERGES, *IP in the New Age*, 22.

⁷ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 6-7.

⁸ P. MENELL en S. SCOTCHMER, "Intellectual Property Law" in M. POLINSKY en S. SHAVELL (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Elsevier, 2007, (1473) 1480.

bescherming wanneer deze vergeleken worden met de sociale voordelen van de economische stimuli voor creatie.⁹

13. Het onderscheid tussen deze twee tradities is niet absoluut. Zo ging de vroege ontwikkeling van beiden gepaard met een mengeling van natuurrechtelijke ideeën en het utilitaristische gedachtegoed.¹⁰ Op het internationaal niveau vormen de Berner Conventie,¹¹ de overeenkomst omtrent de *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*¹² en het WIPO *Copyright Treaty*¹³ ook het bewijs van een verregaande consensus omtrent een aantal gedeelde auteursrechtelijke normen.¹⁴

14. In de EU uitte deze tweedeling zich als een hindernis voor de harmonisatie van het auteursrecht, nu beide benaderingen werden bepleit binnen de Unie los van geografische nationale grenzen.¹⁵ De kern van de zaak is eerder de nood aan een belangenafweging tussen verschillende spelers. Enerzijds hebben auteurs exclusieve rechten die hen toelaten om hun werken te exploiteren. Anderzijds vormen de beperkingen van en uitzonderingen op de exclusieve rechten van auteursrechthebbenden een manier om maatschappelijk waardevolle doeleinden van gebruik te vrijwaren.¹⁶ De driestappentoets is een van oorsprong internationale norm die toeziet op een evenwichtige toepassing van deze beperkingen en uitzonderingen. De driestappentoets stelt dus een grens aan deze bepalingen, rekening houdend met de belangen van auteursrechthebbenden.¹⁷

⁹ P. MENELL, M. LEMLEY en R. MERGES, *IP in the New Age*, 22; 32.

¹⁰ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 7-10, deel 2.1.1.

¹¹ Berner Conventie van 9 september 1886, laatst herzien in Parijs op 24 juli 1971 en aangepast op 28 september 1979, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1161, 3 (hieronder: Berner Conventie).

¹² Bijlage 1C "Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights" bij de Overeenkomst van Marrakesh tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie van 15 April 1994, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1867-69 (hieronder: TRIPs-overeenkomst).

¹³ WIPO Copyright Treaty van 20 december 1996, *United Nations Treaty Series*, Vol. 2186, 203 (hieronder: WCT).

¹⁴ G. DAVIES, "The Convergence of Copyright and Author's Rights – Reality or Chimera?" *International Review of Intellectual Property* 1995, Vol. 26, (964) 985-988; G. DINWOODIE, "The Development and Incorporation of International Norms in the Formation of Copyright Law", *Ohio State Law Journal* 2001, Vol. 62, (733) 766; P. GOLDSTEIN en P.B. HUGENHOLTZ, *International Copyright*, 14.

¹⁵ A. LUCAS-SCHLOETTER, "Is there a concept of European copyright law? History, evolution, policies and politics and the *acquis communautaire*" in I. STAMATOUDI en P. TORREMANS, *EU Copyright Law: A commentary*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar, 2014, (7) (hieronder: A. LUCAS-SCHLOETTER, "European copyright law") 15, nr. 1.20.

¹⁶ B. CARLSON, "Balancing the Digital Scales of Copyright Law", *SMU Law Review* 1997, Vol. 50, nr. 3, (825) 826-827; M. VAN EECHOUD, P.B. HUGENHOLTZ, S. VAN GOMPEL, L. GUIBAULT, en N. HELBERGER, *Harmonizing European Copyright Law. The Challenges of Better Lawmaking*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009 (hieronder: M. VAN EECHOUD e.a., *Harmonizing Copyright*), 95.

¹⁷ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 5; M.C. JANSSENS, "Art. XI.189 WER" in F. BRISON en H. VANHEES, *Huldeboek Jan Corbet. Het Belgisch auteursrecht: Artikelsgewijze Commentaar*, Brussel, Larcier, 2018, (191) (hieronder: M.C. JANSSENS, "Art. XI.189 WER") 198.

1.2 Juridisch kader

15. In de VS kent de grondwet de bevoegdheid voor de regulering van intellectuele eigendomsrechten toe aan Congress. U.S. CONST., art. I, §8, cl. 8 stelt: “[The Congress shall have power] To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.”

16. Een “Author” wordt door het Amerikaans Hoogerechtshof gedefinieerd als “he to whom anything owes its origin; originator; maker; one who completes a work of science or literature”.¹⁸ In de historische lezing van de Amerikaanse grondwet heeft de term “Science” als betekenis de creatie en verspreiding van allerlei soorten van kennis en leerprocessen, waardoor het deze term is die betrekking heeft op *copyright* bescherming.¹⁹ Congress heeft deze bevoegdheid uitgeoefend door de uitvaardiging van een federale wet, namelijk de Copyright Act van 1976.²⁰

17. In de EU bestaan er in het domein van het auteursrecht talrijke richtlijnen. Het gaat om een partiële harmonisatie en geen volledige materiële harmonisatie van het auteursrecht.²¹ Een belangrijke bron voor de beperkingen van en uitzonderingen op auteursrecht is de Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.²² In vele gevallen overschrijden de geharmoniseerde normen zowel de minimumbescherming van de Berner Conventie en de TRIPs-overeenkomst, als het voorafgaand gemiddeld beschermingsniveau van de EU-lidstaten.²³ Een voorbeeld hiervan is de Richtlijn 2006/16/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten.²⁴ In deze richtlijn werd de beschermingsduur van het auteursrecht voor werken van letterkunde

¹⁸ *Burrow - Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53, 58 (1884).

¹⁹ The Constitution of the United States of America - Analysis and Interpretation, Centennial Edition, 2016, Doc. No 112-9, 335; 337-338.

²⁰ An Act for the general revision of the Copyright Law, Title 17 of the United States Code, and for other purposes, *Pub. L.* No. 94-553, 90 Stat. 2541 (1976) (Copyright Act).

²¹ Arrest van 29 juli 2019, *Funke Medien/Bundesrepublik Deutschland*, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623, r.o. 32; Arrest van 29 juli 2019, *Spiegel Online/Volcker Beck*, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625, r.o. 23; H. VANHEES, *Handboek intellectuele rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2020 (hieronder: H. VANHEES, *Handboek*), 21.

²² Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *Pb.L* 167, 22 juni 2001, 10-19.

²³ P. GOLDSTEIN en P.B. HUGENHOLTZ, *International Copyright*, 70; M. VAN EECHOUDE e.a., *Harmonizing Copyright*, 74.

²⁴ Richtlijn 2006/16/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten, *Pb.L* 372, 27 december 2006, 12-18.

en kunst in de EU op 70 jaar na de dood van de auteur gebracht,²⁵ terwijl de Berner Conventie in een minimumduur van 50 jaar na dit tijdstip voorziet.²⁶

18. In de Belgische rechtsorde is de basiswetgeving inzake auteursrecht terug te vinden in boek XI van het Wetboek Economisch Recht (hieronder: WER). Boek I WER bevat definities van relevante begrippen en ook de boeken XV (Rechtshandhaving) en XVII (Bijzondere rechtsprocedures) zijn van belang. De nationale rechter moet bij de toepassing van het nationale recht, en met name van een speciaal ter uitvoering van een EU-richtlijn vastgestelde nationale regeling, het nationale recht zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken EU-richtlijn.²⁷ Deze verplichting tot richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht is inherent aan het systeem van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie. Zij stelt de nationale rechter immers in staat om de volle werking van het Unierecht te verzekeren binnen het kader van zijn bevoegdheden bij de beslechting van de bij hem aanhangige geschillen.²⁸

²⁵ Artikel 1, lid 1 Richtlijn 2006/116/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten, *Pb.L* 372, 27 december 2006, 13.

²⁶ Artikel 7, leden 1 en 6 Berner Conventie.

²⁷ Arrest van 5 oktober 2004, *Pfeiffer/Deutsches Rotes Kreuz*, C-397/01 tot en met C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (hieronder: *Pfeiffer*), r.o. 113; Arrest van 24 januari 2012, *Dominguez/Centre informatique du Centre Ouest Atlantique* e.a., C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (hieronder: *Dominguez*), r.o. 23-24; Arrest van 24 mei 2012, *Amia SpA* (in liquidatie)/*Provincia Regionale di Palermo*, C-97/11, ECLI:EU:C:2012:306 (hieronder: *Amia*), r.o. 30; Arrest van 10 oktober 2013, *Spedition Welter/Avanssur*, C-306/12, ECLI:EU:C:2013:650 (hieronder: *Welter*), r.o. 28-30.

²⁸ *Pfeiffer*, r.o. 114; *Dominguez*, r.o. 24; *Amia*, r.o. 28; *Welter*, r.o. 29.

Hoofdstuk 2 : De internationaalrechtelijke driestappentoets

2.1 Algemeen

19. De driestappentoets is geïncorporeerd in diverse internationale rechtsinstrumenten en in verschillende rechtssystemen. Na de eerste inlijving van de driestappentoets in de Berner Conventie,²⁹ werd de test daaropvolgend opgenomen in de TRIPs-overeenkomst met betrekking tot auteursrecht,³⁰ handelsmerken,³¹ tekeningen en modellen³² en octrooien.³³ Het WCT³⁴ en het WPPT³⁵ bevatten ook versies van de driestappentoets, naast de Infosoc-richtlijn.³⁶ De formulering van de driestappentoets in deze bronnen bevat enkele kleine verschillen, maar het wezenlijke deel van de tekst, de drie criteria, is ongewijzigd gebleven.³⁷ CHRISTIE en WRIGHT maakten een tekstuele vergelijkende analyse van deze acht versies van de driestappentoets. Zij menen dat er geen sprake is van dé driestappentoets en zien de auteursrechtelijke test als de strengste. Deze toets is namelijk van toepassing op beperkingen én uitzonderingen. Daarnaast is er geen enkel conflict mogelijk met de normale exploitatie van het werk, terwijl bij andere versies van de test het conflict niet onredelijk mag zijn. Tot slot neemt de auteursrechtelijke toets de legitieme belangen van derden niet in acht.³⁸

20. Naast deze vaak aangehaalde rechtsinstrumenten bevatten ook de Vrijhandelsovereenkomst tussen Australië en de VS³⁹ en het Marrakesh Verdrag inzake toegang tot gepubliceerde werken voor personen die blind zijn, visueel gehandicapt of anderszins een leeshandicap hebben⁴⁰ op internationaal niveau een versie van de driestappentoets, waarbij dit laatste verdrag verwijst naar de opname van deze test in de Berner Conventie, de TRIPs-overeenkomst en het WCT.

²⁹ Artikel 9, lid 2 Berner Conventie.

³⁰ Artikel 13 TRIPs-overeenkomst.

³¹ Artikel 17 TRIPs-overeenkomst.

³² Artikel 26, lid 2 TRIPs-overeenkomst.

³³ Artikel 30 TRIPs-overeenkomst.

³⁴ Artikel 10 WCT.

³⁵ Artikel 16, lid 2 WIPO Performances and Phonograms Treaty van 20 december 1996, *United Nations Treaty Series*, Vol. 2186, 203.

³⁶ Artikel 5, lid 5 Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *Pb.L* 167, 22 juni 2001, 17.

³⁷ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 105.

³⁸ A. CHRISTIE en R. WRIGHT, "A Comparative Analysis of the Three-Step Tests in International Treaties", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2014, Vol. 45, (409) (hieronder: A. CHRISTIE en R. WRIGHT, "A Comparative Analysis"), 431.

³⁹ Artikel 17.4 (10) Australia – United States Free Trade Agreement van 18 mei 2004.

⁴⁰ Artikelen 5 en 11 Verdrag van Marrakesh van 27 juni 2013 om toegang tot gepubliceerde werken te bevorderen voor personen die blind zijn, visueel gehandicapt of anderszins een leeshandicap hebben.

21. Aangezien de bouwstenen van de driestappentoets een internationaal uniform element vormen, zal dit hoofdstuk verder de auteursrechtelijke driestappentoets in het algemeen behandelen. De bespreking zal wel de nodige nuances maken gelet op de verschillende doelstellingen van de relevante rechtsinstrumenten. Deze verhandeling zal eerst de totstandkoming en oorsprong van de test bespreken, gefocust op de driestappentoets van de Berner Conventie en de TRIPs-overeenkomst. De driestappentoets van het WCT zal niet op diepgaande wijze in acht worden genomen, gelet op de band van dit verdrag met de Berner Conventie.⁴¹ Daarna zal elke stap van de driestappentoets in detail geanalyseerd worden. Bij de derde stap hanteert de Berner Conventie in artikel 9, lid 2 het begrip “auteur”, terwijl artikel 13 TRIPs-overeenkomst de term “rechthebbende” verwoordt. Bij de algemene bespreking van de internationale driestappentoets zal de term “auteursrechthebbende” gebruikt worden, die in deze betekenis beide begrippen omvat. Wanneer specifiek wordt verwezen naar de context van een bepaald verdrag, zal de in dat verdrag gehanteerde term gebruikt worden.

2.2 Internationale context

a. Berner Conventie

22. De Berner Conventie heeft volgens haar preambule het doel om de rechten van auteurs te beschermen op een effectieve en uniforme manier. Dit auteursgerichte uitgangspunt wijst op een natuurrechtelijk gedachtegoed.⁴² Aan auteurs worden brede exclusieve rechten – en morele rechten – verleend en de uitzonderingen op deze rechten zijn beperkt. Niettegenstaande deze natuurrechtelijke basis, kan de Berner Conventie ook de VS en een resem aan andere traditioneel utilitaristische *common law* landen tot haar leden tellen.⁴³ Wat de EU betreft, zijn alle lidstaten – minstens voor een deel – aangesloten bij de Paris Act van de Berner Conventie.⁴⁴ Malta werd in 1964 lid van de Rome Act van de Berner Conventie, maar ratificeerde als enige EU-lidstaat tot op heden louter de artikelen 22 tot 28 van de Paris Act, de meest recente versie van de Berner Conventie.⁴⁵ Alhoewel de EU als organisatie geen partij is bij de Berner Conventie, heeft het Europees Hof van Justitie verklaard dat de Unie krachtens artikel 1, lid 4 van het WCT – waarbij zij wel partij is – waaraan de Infosoc-richtlijn uitvoering

⁴¹ Artikel 1, lid 1 WCT stelt dat het WCT een speciale overeenkomst vormt in de zin van artikel 20 Berner Conventie.

⁴² M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 10.

⁴³ Het Verenigd Koninkrijk was één van de eerste leden van de Conventie in 1887, gevolgd door bijvoorbeeld Canada en Australië in 1928. De VS trad toe tot de Berner Conventie in 1989.

⁴⁴ Berner Conventie van 9 september 1886, laatst herzien in Parijs op 24 juli 1971 en aangepast op 28 september 1979, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1161, 3.

⁴⁵ WIPO-Administered Treaties, Contracting Parties, Berne Convention, Malta, <https://wipolex.wipo.int/en/treaties/parties/remarks/MT/15>, geraadpleegd op 3 mei 2021.

geeft en dat deel uitmaakt van haar rechtsorde, niettemin de artikelen 1 tot en met 21 van de Berner Conventie moet eerbiedigen.⁴⁶

23. Tijdens de herzieningsconferentie van de Berner Conventie in 1948 te Brussel werd een impliciete uitzondering op het publieke mededelingsrecht voorgesteld. Op grond van de “*minor reservations*” leer konden leden van de Unie bestaande nationale uitzonderingen behouden.⁴⁷ In de navolgende conferentie in 1967 te Stockholm gingen er stemmen op om een algemeen reproductierecht in de Conventie op te nemen, gelet op de fundamentele positie van dit recht in de nationale jurisdicties. De haalbaarheid van dit plan was afhankelijk van een adequate formule om ook toelaatbare beperkingen van dit recht te voorzien.⁴⁸ In tegenstelling tot wat in 1948 het geval was voor het publieke mededelingsrecht, waren nationale beperkingen van en uitzonderingen op het reproductierecht niet homogeen in de Berner-leden. Er was nood aan een bepaling die twee tegengestelde taken kon vervullen. Enerzijds stond de bescherming van het reproductierecht tegen potentieel wijdverspreide nationale beperkingen en uitzonderingen voorop. Anderzijds moesten de leden hun marge behouden om aan belangrijke sociale of culturele noden te voldoen.⁴⁹ De uiteindelijke bepaling en eerste verwoording van de driestappentoets kreeg vorm in het huidige artikel 9, lid 2 Berner Conventie. De driestappentoets onder de Berner-Conventie controleert rechtstreeks nationale beperkingen en uitzonderingen.⁵⁰ Nationale wetgevers moeten conformiteit met de drie criteria garanderen, ongeacht of een beperking of uitzondering al dan niet voorafgaand aan de herzieningsconferentie in 1967 werd geïntroduceerd.⁵¹

24. Het WCT incorporeert de artikelen 1 tot 21 en de Appendix van de Berner Conventie in haar tekst,⁵² waardoor deze bepalingen op dezelfde wijze moeten worden geïnterpreteerd zoals in de originele context van de Berner Conventie.⁵³ Artikel 10 WCT bevat een versie van de driestappentoets

⁴⁶ Arrest van 9 februari 2012, *Luksan/van der Let*, C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65, r.o. 59; Arrest van 26 april 2012, *DR en TV2 Danmark/NCB*, C-510/10, ECLI:EU:C:2012:244, r.o. 29.

⁴⁷ WTO Panelverslag over *United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act*, aangenomen op 15 juni 2000, WT/DS160/R, nr. 6.48; M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 47; S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights: the Berne Convention and Beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2006 (hieronder: S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*), 830 e.v., nr. 13.79 e.v.

⁴⁸ Zweedse/BIRPI Studiegroep, Algemeen rapport van 1 juli 1964, Document DA/22/2, 47; WIPO, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm June 11 to June 14, 1967*, Vol. 1, Geneve 1974, 113.

⁴⁹ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 47-48; S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 759, nr. 13.03.

⁵⁰ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 118.

⁵¹ *Ibid.*, 82.

⁵² Artikel 1, lid 4 WCT.

⁵³ M. FICSOR, *WIPO Guide*, 190.

en verwijst ook naar de test van artikel 9, lid 2 Berner Conventie. Volgens een Gemeenschappelijke verklaring aangenomen bij artikel 10 WCT mogen de verdragsluitende partijen beperkingen en uitzonderingen in hun nationale wetgeving die uit hoofde van de Berner Conventie aanvaardbaar worden geacht, overnemen en op passende wijze uitbreiden tot de digitale omgeving. Het is hen ook toegestaan om nieuwe beperkingen en uitzonderingen uit te werken die passend zijn in de digitale netwerkgeving. Daarnaast is het zo dat artikel 10, lid 2 WCT de werkingssfeer van de beperkingen en uitzonderingen die krachtens de Berner Conventie zijn toegestaan, noch verkleint, noch uitbreidt.⁵⁴

b. TRIPs-overeenkomst

25. De TRIPs-overeenkomst kwam tot stand in het kader van de Wereldhandelsorganisatie (hieronder: WTO), meer bepaald de Uruguay Ronde van Multilaterale Handelsonderhandelingen. Alle WTO-leden zijn lid van de TRIPs-overeenkomst, waardoor dit verdrag alle afzonderlijke EU-lidstaten én de EU tot haar leden kan tellen.⁵⁵ In tegenstelling tot de Berner Conventie, is de TRIPs-overeenkomst eerder utilitaristisch geïnspireerd.⁵⁶ De preambule stelt immers het verlangen voorop om verstoringen en belemmeringen van de internationale handel te verminderen. Het doel van de TRIPs-overeenkomst is eerder de harmonisatie van intellectuele eigendomsrechten dan de verbetering van de bescherming die deze rechten verlenen.⁵⁷ Zo stelt artikel 1, lid 1 TRIPs-overeenkomst dat de leden mogen voorzien in verdergaande bescherming, zolang deze bescherming niet strijdig is met de andere verdragsbepalingen. De preambule erkent ook de nationale doelstellingen van algemeen belang voor de bescherming van intellectuele eigendomsrechten. Artikel 7 TRIPs-overeenkomst stelt dat de bescherming en handhaving van deze rechten dient bij te dragen aan de bevordering van technologische vernieuwing met oog voor het sociaal en economisch welzijn.

26. De bepalingen van de TRIPs-overeenkomst voorzien in een minimumbescherming voor onderdanen van andere leden.⁵⁸ Volgens artikel 9, lid 1 TRIPs-overeenkomst moeten de leden de artikelen 1 tot 21 en de Appendix van de Berner Conventie naleven. Door hun incorporatie maken deze materieelrechtelijke bepalingen van de Berner Conventie deel uit van de TRIPs-overeenkomst en zijn

⁵⁴ Artikel 10 WCT, samen te lezen met de "Agreed statement concerning Article 10 WCT", gelijktijdig met het WCT aangenomen te Genève op 20 december 1996.

⁵⁵ WTO, Member Information, The European Union and the WTO, https://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/european_communities_e.htm, geraadpleegd op 4 mei 2021.

⁵⁶ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 17.

⁵⁷ *Ibid.*, 83.

⁵⁸ A. TAUBMAN, H. WAGER en J. WATAL, *A Handbook on the WTO TRIPs Agreement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 36.

ze dus rechtstreeks van toepassing.⁵⁹ Dit geldt niet voor artikel 6bis Berner Conventie, dat morele rechten toekent aan auteurs.⁶⁰ De TRIPs-overeenkomst doet echter geen afbreuk aan de verplichtingen van de leden die ook partij zijn bij de Berner Conventie.⁶¹ Artikel 9, lid 1 TRIPs-overeenkomst incorporeert niet alleen de tekst van de Berner Conventie, maar ook het Berner *acquis*, namelijk de context waarin elke bepaling tot stand is gekomen en de gangbare interpretaties daarvan.⁶² De Berner driestappentoets met betrekking tot het reproductierecht maakt dus integraal deel uit van de TRIPs-overeenkomst. Er werd voor geopteerd om in artikel 13 TRIPs-overeenkomst een bijkomende driestappentoets te voorzien in gelijkaardige bewoordingen, met het verschil dat deze van toepassing is op alle exclusieve vermogensrechten van rechthebbenden.⁶³ De TRIPs driestappentoets controleert rechtstreeks nationale beperkingen en uitzonderingen met betrekking tot de exclusieve rechten die in dit verdrag nieuw werden verleend. Indien artikel 13 TRIPs-overeenkomst enkel van toepassing zou zijn op deze rechten, zou de driestappentoets een zeer beperkt toepassingsgebied hebben.⁶⁴ Gelet op hun incorporatie, is artikel 13 TRIPs-overeenkomst ook van toepassing op de traditionele Berner exclusieve rechten. Beperkingen van en uitzonderingen op deze rechten moeten naast artikel 9, lid 2 Berner Conventie, ook aan de driestappentoets van de TRIPs-overeenkomst voldoen. De TRIPs-overeenkomst vormt in dat geval dus een extra waarborg of “Berner-plus” element. Beperkingen of uitzonderingen die in overeenstemming zijn met de Berner Conventie kunnen *bovendien* getoetst worden aan artikel 13 TRIPs-overeenkomst.⁶⁵

27. Gelet op de verschillende doelstelling van de TRIPs-overeenkomst vergeleken met de Berner Conventie, zou artikel 13 TRIPs-overeenkomst in principe verder strekkende beperkingen van of uitzonderingen op de exclusieve rechten kunnen toelaten. Als gevolg van de incorporatie in de TRIPs-overeenkomst is de driestappentoets immers geëvolueerd van een norm van internationaal

⁵⁹ WTO Panelverslag over *United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act*, aangenomen op 15 juni 2000, WT/DS160/R, nr. 6.18.

⁶⁰ Artikel 6bis Berner Conventie stelt dat de auteur het recht behoudt, onafhankelijk van de vermogensrechtelijke auteursrechten en zelfs na overdracht van die rechten, om het auteurschap van het werk op te eisen en om zich te verzetten tegen elke misvorming, verminking of andere wijziging van dat werk, of tegen elke andere aantasting daarvan die nadeel zou kunnen toebrengen aan zijn eer of zijn goede naam.

⁶¹ Artikel 2, lid 2 TRIPs-overeenkomst.

⁶² WTO Panelverslag over *United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act*, aangenomen op 15 juni 2000, WT/DS160/R, nr. 6.63.

⁶³ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 86; 89; WTO Panelverslag over *United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act*, aangenomen op 15 juni 2000, WT/DS160/R, nr. 6.72.

⁶⁴ Het enige nieuw verleende recht in de TRIPs-overeenkomst is het recht omtrent verhuur van artikel 11. Dit artikel is qua toepassingsgebied beperkt tot computerprogramma's en cinematografische werken.

⁶⁵ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 90; 118; S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 852, nr. 13.101; H. COHEN JEHORAM, “Is there a hidden agenda behind the general non-implementation of the EU three-step test?”, *European Intellectual Property Review* 2009, Vol. 31, nr. 8, (408) (hieronder: H. COHEN JEHORAM, “Hidden agenda”) 409.

auteursrecht naar een norm van internationaal handelsrecht.⁶⁶ Artikel 2, lid 2 TRIPs-overeenkomst laat echter geen afwijkingen toe op de bestaande verplichtingen van de leden onder de Berner Conventie. De TRIPs-overeenkomst kan ook gezien worden als een speciale overeenkomst tussen Berner Unie leden, waarbij niet kan worden afgeweken van de Berner Conventie.⁶⁷ Een meer genereuze interpretatie gelet op een evenwichtsoefening onder de TRIPs-overeenkomst, kan dus geen afbreuk doen aan de verleende bescherming onder de Berner Conventie.⁶⁸

2.3 Inhoud

a. Interpretatie

28. De interpretatie van internationale verdragen vindt plaats aan de hand van de regels bepaald in dat verdrag, of bij een gebrek daaraan aan de hand van de algemene regels van het Weens Verdragenverdrag (hieronder: WVV).⁶⁹ Strikt gezien zijn de regels van het WVV niet van toepassing op de Berner Conventie. Het WVV is namelijk enkel van toepassing op verdragen gesloten na haar inwerkingtreding⁷⁰ en de Berner Conventie is een pre-Weens verdrag. Indien het WVV regels van vaststaand gewoonterecht reflecteert, zijn deze wel van toepassing op eerder afgesloten verdragen.⁷¹ De artikelen 31 en 32 WVV regelen de uitlegging van verdragen en worden doorgaans aanvaard als reeds bestaand internationaal gewoonterecht voorafgaand aan hun codificatie in het WVV.⁷² De TRIPs-overeenkomst dateert van na de inwerkingtreding van het WVV, maar is onderworpen aan de regels van de *Dispute Settlement Understanding*.⁷³ De WTO geschillenbeslechting vindt plaats in overeenstemming met de gewoonterechtelijke interpretatieregels van internationaal publiekrecht.⁷⁴

29. Een verdrag moet worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen in hun context en in het licht van het voorwerp en doel van het verdrag.⁷⁵ De context omvat onder meer

⁶⁶ P.B. HUGENHOLTZ en R. OKEDIJI, *Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright* (final report), Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam en University of Minnesota Law School, 6 maart 2008, 17.

⁶⁷ Artikel 20 Berner Conventie.

⁶⁸ S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 852-854, nr. 13.102.

⁶⁹ Weens Verdragenverdrag van 23 mei 1969, *United Nations Treaty Series*, vol. 1155, 331 (hieronder: WVV). Zie WTO Panelverslag over *United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act*, aangenomen op 15 juni 2000, WT/DS160/R, nr. 6.43; M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 99; S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 189.

⁷⁰ Artikel 4 WVV.

⁷¹ O. DÖRR en K. SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer Ebook, 2018, 89.

⁷² M. FICSOR, *WIPO Guide*, 18; O. DÖRR en K. SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer Ebook, 2018, 561.

⁷³ Bijlage 2 "Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes" bij de Overeenkomst van Marrakesh tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie van 15 April 1994, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1867-69 (hieronder: DSU).

⁷⁴ Artikel 3, lid 2 DSU.

⁷⁵ Artikel 31, lid 1 WVV.

de tekst van het verdrag, inclusief de preambule en bijlagen.⁷⁶ De context van de Berner Conventie omvat onder andere het rapport van de herzieningsconferentie te Stockholm in 1967.⁷⁷ Volgens dit rapport moet artikel 9, lid 2 Berner Conventie samen worden gelezen met het principe *lex specialis legi generali derogat*. Het werd gezien als overbodig om in dit artikel expliciet te verwijzen naar de specifieke uitzonderingen in de artikelen 10, 10bis, 11bis en 13 van de Conventie.⁷⁸ De Berner driestappentoets moet dus worden gelezen in de context van de uitdrukkelijk genoemde, meer specifieke uitzonderingen. Aangezien deze bepalingen de toepassing van artikel 9 uitsluiten, bieden zij een leidraad voor de reikwijdte van de test.⁷⁹ De artikelen 1 tot 21 Berner Conventie zijn geïncorporeerd⁸⁰ in de TRIPs-overeenkomst en maken zo deel uit van de context van artikel 13 TRIPs-overeenkomst.⁸¹ Ook de voorbereidende werken en omstandigheden omtrent artikel 9, lid 2 Berner Conventie zijn van belang bij de interpretatie van artikel 13 TRIPs-overeenkomst als aanvullende middelen van uitlegging.⁸²

30. De eerste toepassing van de driestappentoets in de rechtspraak, meer bepaald van artikel 13 TRIPs-overeenkomst, was die van een panel in het kader van het WTO geschillenbeslechtingsmechanisme.⁸³ De Europese Gemeenschappen en hun lidstaten (hieronder: de EU) verzochten de VS tot overleg omtrent Sectie 110 (5) van de Copyright Act zoals aangepast door de "Fairness in Music Licensing Act" van 27 oktober 1998.⁸⁴ Deze wet voerde in de VS een *homestyle* en *business* beperking van *copyright* in. Deze beperkingen stonden aan bepaalde gebruikers toe om muziekuitzendingen te versterken zonder toestemming en zonder betaling van een vergoeding aan de auteursrechthebbende. De huisstijlbeperking stond dit aan kleine restaurants en kleinhandelzaken toe voor zover zij *homestyle* apparatuur gebruikten, zoals gewoonlijk bij particulieren thuis gebruikt. De bedrijfsvrijstelling had betrekking op eet- en drinkgelegenheden en detailhandelzaken die een bepaalde maximumoppervlakte niet overschreden. Volgens de EU waren deze beperkingen in strijd met de artikelen 9, lid 1 TRIPs-overeenkomst en 11, lid 1 (ii) en 11bis, lid 1 (iii) Berner Conventie. De VS baseerde haar verweer voornamelijk op het argument dat de beperkingen in overeenstemming waren met artikel 13 TRIPs-overeenkomst en de materieelrechtelijke bepalingen van de Berner

⁷⁶ Artikel 31, lid 2 WVV.

⁷⁷ S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 201, nr. 5.34.

⁷⁸ WIPO, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm June 11 to June 14, 1967*, Vol. 2, Geneve 1974, 1134.

⁷⁹ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 105.

⁸⁰ Artikel 9, lid 1 TRIPs-overeenkomst.

⁸¹ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 106.

⁸² Artikel 32 WVV; M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 111-112; WTO Panelverslag over *United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act*, aangenomen op 15 juni 2000, WT/DS160/R, nr. 6.73; 6.179; 6.181.

⁸³ WTO Panelverslag over *United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act*, aangenomen op 15 juni 2000, WT/DS160/R (hieronder: Panelverslag Copyright).

⁸⁴ *Ibid.*, nr. 1.1.

Conventie.⁸⁵ Het WTO panel kwam tot de conclusie dat de huisstijlbeperking⁸⁶ wel aan de voorwaarden van artikel 13 TRIPs-overeenkomst voldeed, maar de bedrijfsvrijstelling⁸⁷ niet.

31. Men kan de vraag stellen naar de juridische waarde van dit WTO panelverslag bij de interpretatie van de internationale driestappentoets. Het verslag is immers louter bindend voor de partijen bij het dispuut⁸⁸ en vormt slechts een aanvullend middel van uitlegging onder artikel 32 WVV. Het kan namelijk niet gekwalificeerd worden als een later tot stand gekomen overeenstemming tussen de partijen.⁸⁹ Ook is de praktijk van de partijen, zoals die in het panelverslag tot uiting komt, niet voldoende ontwikkeld om te spreken van een later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de partijen inzake de uitlegging is ontstaan.⁹⁰ De interpretatie zoals ontwikkeld in het panelverslag moet dus niet als deel van de context in acht worden genomen. De logica van de redenering van het panel is geïnspireerd door het TRIPs-verdrag en kan derhalve niet zomaar worden omgezet naar andere versies van de driestappentoets en andere fora.⁹¹ Toch heeft het panelverslag een groot feitelijk belang bij de interpretatie van de internationaalrechtelijke driestappentoets, aangezien deze uitspraak – vooralsnog de enige – uitkomst vormt van de beslechting van een dispuut op internationaal niveau omtrent de toepassing van deze test.⁹²

b. Beperkingen en uitzonderingen

32. In het algemeen zijn beperkingen en uitzonderingen gevallen waar het publiek belang zegeviert over de private belangen van auteurs. Het “publiek belang” is echter een verschuivend concept dat een zorgvuldige balans van met elkaar conflicterende claims vereist en vaak verschillende nationale interpretaties kent, afhankelijk van historische, culturele en sociale omstandigheden.⁹³ Exclusieve rechten hebben tot doel de economische belangen van de auteursrechthebbende te verzekeren, waardoor zij een stimulans voor creativiteit vormen.⁹⁴ Ook de beperkingen van en uitzonderingen op

⁸⁵ Panelverslag Copyright, nr. 6.1 en 6.2.

⁸⁶ *Ibid.*, nr. 6.159; 6.219, 6.272.

⁸⁷ *Ibid.*, nr. 6.131; 6.211; 6.266.

⁸⁸ A. KUR, “Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three-Step Test?”, *Richmond Journal of Global Law and Business* 2009, Vol. 8, (287) (hieronder: A. KUR, “Of Oceans”) 328.

⁸⁹ In de zin van artikel 31, lid 3, a) WVV. Zie A. KUR, “Of Oceans”, (287) 328-329.

⁹⁰ In de zin van artikel 31, lid 3, b) WVV. Zie A. KUR, “Of Oceans”, (287) 329.

⁹¹ S. DUSOLLIER, *Droit d’auteur et protection des œuvres dans l’univers numérique*, Brussel, Larcier, 2007 (hieronder: S. DUSOLLIER, *Droit d’auteur*), 446, nr. 571.

⁹² M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 107-108; 110; S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 200-201, nr. 5.33; J. OLIVER, “Copyright in the WTO: The Panel Decision on the Three-Step Test”, *Columbia Journal of Law & the Arts* 2001, Vol. 25, nr. 2-3, (119) 133.

⁹³ S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 756, nr. 13.01.

⁹⁴ P. MENELL, M. LEMLEY en R. MERGES, *IP in the New Age*, 22.

auteursrecht dragen bij tot het verzekeren van de creatievrijheid, aangezien deze bepalingen onder andere ruimte laten aan navolgende auteurs om verder te bouwen op reeds bestaande werken.⁹⁵ Gelet op deze functie, worden de beperkingen en uitzonderingen wel eens gekwalificeerd als ‘rechten’ toegekend aan gebruikers en toekomstige auteurs.⁹⁶ De nuance moet hier gemaakt worden dat een uitzondering op de exclusieve rechten van een auteursrechthebbende zelf geen auteursrecht in het leven roept ten gunste van degene die zich op de uitzondering beroept.⁹⁷ Beperkingen en uitzonderingen stellen enkel grenzen aan de vermogensrechten van auteursrechthebbenden.⁹⁸

33. De begrippen “beperkingen” en “uitzonderingen” in de aanhef van de driestappentoets overlappen gedeeltelijk. Volgens het WTO panel verwijst een “uitzondering” naar een afwijking van een exclusief recht waarin de nationale wetgeving voorziet en een “beperking” naar een vermindering van een dergelijk recht tot op zekere hoogte.⁹⁹ Het panel baseert zich hierbij op de gewone betekenis van de termen, waardoor deze lezing bijstand verdient.

34. Ook andere auteurs baseren zich immers in zekere mate op het door het panel gemaakte onderscheid, waarbij CHRISTIE de term “*carve-out*” gebruikt om een “uitzondering” te beschrijven, namelijk een specifieke eliminatie van aansprakelijkheid voor gebruik dat normaliter onder de toepassing van de exclusieve rechten van een auteursrechthebbende zou vallen. Een “beperking” vormt dan een grens aan een intellectueel eigendomsrecht, namelijk een algemene limiet qua toepassingsgebied.¹⁰⁰ Volgens SENFTLEBEN vallen deze begrippen terug te brengen tot de natuurrechtelijke en utilitaristische oorsprong van rechtssystemen. *Civil law* rechtstradities kennen aan auteurs brede exclusieve rechten toe, die in principe alle soorten van gebruik omvatten. Een afwijking op zo een alomvattend recht wordt dan eerder een “uitzondering” dan een “beperking” genoemd. Daarentegen voorzien *common law* rechtstelsels enkel rechten die sterk genoeg zijn om de gewenste productie van intellectuele werken teweeg te brengen. Het toepassingsgebied van de exclusieve rechten van auteurs is niet alomvattend en afwijkingen zijn gebaseerd op flexibele *open-ended*

⁹⁵ C. GEIGER, “Promoting Creativity through Copyright Limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law”, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 2010, Vol. 12, nr. 3, (515) 525-526.

⁹⁶ C. GEIGER en F. SCHONHERR, “[Article 5 of] The Information Society Directive” in I. STAMATOUDI en P. TORREMANS (eds.), *EU Copyright Law. A Commentary*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar, 2014, (395) [434] (hieronder: C. GEIGER en F. SCHONHERR, “Article 5”) 437, nr. 11.63.

⁹⁷ Brussel 9 september 2005, *AM* 2005, nr. 4, 301-304.

⁹⁸ H. VANHEES, *Handboek*, 56.

⁹⁹ Panelverslag Copyright, nr. 6.107.

¹⁰⁰ A. CHRISTIE en R. WRIGHT, “A Comparative Analysis”, (409) 420.

bepalingen. De term “beperking” is in dit geval meer toepasselijk, aangezien beperkingen op de rechten van auteurs niet uitzonderlijk zijn.¹⁰¹

35. Sommige auteurs baseren zich daarnaast voor de afbakening van beide begrippen op het al dan niet verschuldigd zijn van een vergoeding. Een “uitzondering” is dan het vrij gebruik van een auteursrechtelijk beschermd werk, terwijl een “beperking” de vervanging van de exclusieve rechten van een auteursrechthebbende door een vergoeding voor ogen heeft.¹⁰²

c. *Drie criteria*

36. De driestappentoets is een manier om een buitensporige toepassing van beperkingen en uitzonderingen te voorkomen. De beperkingen van en uitzonderingen op de exclusieve rechten mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast (stap één) mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van het werk (stap twee) en de wettige belangen van de auteursrechthebbende niet onredelijk worden geschaad (stap drie). Een comité van gezaghebbende auteursrechtexperts heeft een interpretatieve verklaring uitgevaardigd die pleit voor een evenwichtige interpretatie van de driestappentoets.¹⁰³ Er is immers geen complementair mechanisme dat een te nauwe of restrictieve aanpak van de test verhindert, waardoor het comité een passende en evenwichtige toepassing van de beperkingen en uitzonderingen wil verzekeren.¹⁰⁴

37. Zo wordt vaak aangenomen – inclusief in de rechtspraak van WTO panels – dat de drie voorwaarden van de driestappentoets cumulatief zijn en dus elk onafhankelijk van elkaar vervuld moeten zijn.¹⁰⁵ Een correcte toepassing van de driestappentoets, zo stelt het comité in haar verklaring, vereist echter een algehele beoordeling in plaats van de stapsgewijze test die de gebruikelijke, maar misleidende beschrijving ervan impliceert.¹⁰⁶ De driestappentoets vormt in deze lezing een ondeelbaar geheel en de drie voorwaarden moeten samen in acht worden genomen.¹⁰⁷

¹⁰¹ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 22.

¹⁰² M. FICSOR, *The law of copyright and the internet: the 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*, Oxford, Oxford University Press, 2002 (hieronder: M. FICSOR, *Copyright and internet*), 257, nr. 5.04; S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur*, 426, nr. 545.

¹⁰³ C. GEIGER, R. HILTY, J. GRIFFITHS, U. SUTHERSANEN e.a., “Declaration. A Balanced Interpretation of The ‘Three-Step Test’ in Copyright Law”, *JIPITEC* 2010, 119-122 (hieronder: C. GEIGER e.a., “Declaration”).

¹⁰⁴ C. GEIGER e.a., “Declaration”, (119) 119.

¹⁰⁵ Panelverslag Copyright, nr. 6.97; WIPO, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm June 11 to June 14, 1967*, Vol. 2, Geneve 1974, 1145-1146; M. BUYDENS, “La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information: le régime des exceptions”, *AM* 2001, (429) (hieronder: M. BUYDENS, “La nouvelle directive”) 443, nr. 41; M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 125; S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 763, nr. 13.10; A. CHRISTIE en R. WRIGHT, “A Comparative Analysis”, (409) 427.

¹⁰⁶ C. GEIGER e.a., “Declaration”, (119) 119-120.

¹⁰⁷ *Ibid.*, 120.

2.4 De driestappentoets

a. Bepaalde bijzondere gevallen

i. Bepaalde

38. De gewone betekenis van de term “bepaalde” houdt in dat het concept en de draagwijdte van een beperking of uitzondering in de nationale wetgeving duidelijk en nauwkeurig is omschreven. Een bepaling waarvan de draagwijdte gekend is en gespecificeerd wordt, garandeert voldoende rechtszekerheid volgens het WTO panel. Er is geen vereiste om expliciet elke mogelijke situatie waarop de beperking of uitzondering van toepassing zou kunnen zijn te identificeren.¹⁰⁸ Deze lezing lijkt gerechtvaardigd en vormt een logische gevolgtrekking van het gebruik van het begrip “bepaalde” in de eerste stap.

39. Volgens SENFTLEBEN is de term “bepaalde” gelijk aan “enkele” en is er geen nood aan een duidelijke definitie van een beperking of uitzondering, maar moeten deze van elkaar te onderscheiden zijn. Een onberekenbare, vormeloze bepaling die een groot aantal verschillende vormen van gebruik vrijstelt, is ontoelaatbaar. De bijzondere gevallen moeten gekend en aangeduid zijn zodat het voorzienbaar is of een bepaald gebruik van een werk al dan niet aan de controle van de auteursrechthebbende is onderworpen. Hij voegt hieraan toe dat deze taak niet noodzakelijkerwijs door nationale wetgeving hoeft te worden vervuld, maar ook aan de rechter kan worden overgelaten.¹⁰⁹

ii. Bijzondere

40. De term “bijzondere” wijst op een kwantitatieve en kwalitatieve limiet. Het kwantitatieve aspect houdt in dat een beperking of uitzondering beperkt moet zijn qua toepassingsgebied. Er wordt slechts een klein aantal gebruiken vrijgesteld, die speciaal en bijzonder lijken wanneer ze vergeleken worden met de potentieel oneindige mogelijkheden van normaal gebruik door een auteursrechthebbende. Het zal vaak onmogelijk zijn om kwantitatief vast te stellen hoe vaak een gebruik wordt vrijgesteld door de werking van een specifieke beperking of uitzondering. Kwalitatieve bijzonderheid wijst op een uitzonderlijke of onderscheidende doelstelling die wordt nagestreefd door de beperking of uitzondering. Er moet een voldoende sterke rechtvaardiging voor de vrijstelling van het gebruik zijn.¹¹⁰

¹⁰⁸ Panelverslag Copyright, nr. 6.107 en 6.108.

¹⁰⁹ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 134-135; 137.

¹¹⁰ Panelverslag Copyright, nr. 6.109; M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 137-138.

41. Het WTO panel stelt dat een beperking of uitzondering compatibel kan zijn met de eerste stap zelfs als de onderliggende legitimiteit in een normatieve zin niet kan worden vastgesteld. De eerste stap impliceert dus geen oordeel over de legitimiteit van de beperkingen en uitzonderingen in dispuut. Indien de nationale wetgever een doelstelling van algemeen belang vooropstelt bij het uitvaardigen van een beperking of uitzondering, kan dit wel in feite nuttig zijn bij de beoordeling.¹¹¹ Het panel hanteert hierbij dus een voorzichtige aanpak. Volgens GINSBURG is de aanpak van het WTO panel de juiste. De eerste stap moet niet normatief geïnterpreteerd worden, aangezien de doelstelling van een beperking of uitzondering beoordeeld wordt bij de tweede en derde stap. Zij concludeert dat “bijzondere gevallen” zowel onwaardige als verdienstelijke beperkingen en uitzonderingen kunnen omvatten voor zover deze voldoende nauw omschreven zijn.¹¹² RICKETSON treedt GINSBURG bij en neemt daarbij afstand van zijn eerder ingenomen standpunt,¹¹³ en ook GERVAIS wijst een normatieve beoordeling van de eerste stap af.¹¹⁴ Deze interpretatie is dan ook overtuigend, aangezien de positie van SENFTLEBEN weinig bijstand lijkt te verkrijgen. Hij geeft de voorkeur aan een kwalitatieve test, waarbij er een duidelijke reden van openbare orde ten grondslag moet liggen aan de beperking of uitzondering.¹¹⁵

b. Normale exploitatie

42. De tweede voorwaarde is dat de beperking of uitzondering geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk. Exploiteren houdt in dat een auteursrechthebbende economische waarde aan zijn exclusieve rechten op een werk onttrekt.¹¹⁶ Het begrip “normaal” heeft twee connotaties: een empirische (“regelmatig, gebruikelijk, typisch of gewoon”) en een normatieve (“overeenstemmen met een type of norm”). Het WTO panel beslist om beide connotaties in acht te nemen bij de interpretatie van de driestappentoets.¹¹⁷ Volgens de empirische test maakt een gebruik waarvoor een auteursrechthebbende doorgaans geen compensatie verwacht, geen deel uit van een “normale” exploitatie. De normatieve aanpak omvat *inter alia* een dynamisch element dat technologische en marktontwikkelingen in acht neemt.¹¹⁸ Deze normatieve connotatie van normale exploitatie omvat, naast de exploitatievormen die thans aanzienlijke of tastbare inkomsten genereren, die vormen van exploitatie welke, met een zekere mate van waarschijnlijkheid en aannemelijkheid, een aanzienlijk

¹¹¹ Panelverslag Copyright, nr. 6.112.

¹¹² J. GINSBURG, “Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the ‘Three-Step Test’ for Copyright Exceptions”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur* 2001, Vol. 187, (2) (hieronder: J. GINSBURG, “Supranational Copyright”) 41-42.

¹¹³ S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 766-767, nr. 13.13.

¹¹⁴ D. GERVAIS, “Towards a new core international copyright norm: the reverse three-step test”, *Marquette Intellectual Property Law Review* 2005, Vol. 9, nr. 1, (1) (hieronder: D. GERVAIS, “The reverse three-step test”) 15-16.

¹¹⁵ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 152.

¹¹⁶ Panelverslag Copyright, nr. 6.165.

¹¹⁷ *Ibid.*, nr. 6.166.

¹¹⁸ *Ibid.*, nr. 6.177-6.178.

economisch of praktisch belang kunnen verwerven in de toekomst.¹¹⁹ In het algemeen houdt “normale” exploitatie iets minder in dan het volledige gebruik door de auteursrechthebbende. Indien “normale” exploitatie immers gelijkgesteld zou worden met het volledige gebruik van alle exclusieve rechten die door het auteursrecht worden verleend, zou de driestappentoets zonder betekenis blijven.¹²⁰ Het begrip “werk” wijst op alle exclusieve rechten verbonden met een werk.¹²¹ Het WTO panel concludeert dat een beperking of uitzondering in strijd is met de tweede stap indien deze bepaling de economische concurrentie aangaat met de manieren waarop auteursrechthebbenden normaliter economische waarde aan dat recht op het werk ontleen, en hen daardoor aanzienlijke of tastbare commerciële winst ontnemt.¹²² Het normaal karakter is een variabele standaard en kan evolueren volgens technologische ontwikkelingen of de voorkeur van de consument.¹²³

43. Bij de empirische aanpak is de vraag of het vrijgesteld gebruik anders zou vallen binnen het scala van activiteiten waarvoor de auteursrechthebbende gewoonlijk een vergoeding verwacht.¹²⁴ Deze formulering brengt echter een cirkelredenering met zich mee. Gebruik dat is vrijgesteld op basis van een beperking of uitzondering maakt geen deel uit van de normale exploitatie. Het is evenwel logisch dat auteursrechthebbenden een werk niet exploiteren wanneer er een beperking of uitzondering van toepassing is. Zo kan men te snel concluderen dat een bepaling niet in strijd is met de normale exploitatie omdat auteurs in principe geen inkomsten uit dit vrijgesteld gebied halen.¹²⁵ Een andere manier om de normale exploitatie bij deze aanpak te bepalen start met een empirische test, waarbij de auteursrechthebbende de mogelijkheid heeft om zijn rechten volledig uit te oefenen, zonder geremd te zijn door beperkingen of uitzonderingen. Dan wordt nagegaan of de rechthebbende normaliter het specifiek vrijgestelde gebruik zou verwachten te exploiteren. Dit houdt een beoordeling in van huidige markten en eventueel markten die zich in de nabije toekomst wellicht zullen ontwikkelen, maar niet potentiële manieren van exploitatie die nog niet ontwikkeld of overwogen zijn.¹²⁶

44. De normatieve of dynamische aanpak neemt zaken zoals toekomstige technologische en marktontwikkelingen in acht, ook als deze nog niet realistisch of zelfs ingebeeld zijn op het moment van de beoordeling. De normatieve connotatie van het begrip “normale exploitatie” omvat dus zowel huidige

¹¹⁹ Panelverslag Copyright, nr. 6.180.

¹²⁰ *Ibid.*, nr. 6.167.

¹²¹ *Ibid.*, nr. 6.171.

¹²² *Ibid.*, nr. 6.183.

¹²³ *Ibid.*, nr. 6.187.

¹²⁴ S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 769, nr. 13.17.

¹²⁵ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 172.

¹²⁶ S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 769, nr. 13.17.

als potentiële methoden of wijzen om waarde te onttrekken aan een werk.¹²⁷ De meerderheid van auteurs lijkt het eens dat het begrip “normaal” in een normatieve zin moet worden gelezen, waarbij overtuigend wordt beargumenteerd dat de normale exploitatie ook toekomstige ontwikkelingen in acht behoort te nemen.¹²⁸ Zo ziet SENFTLEBEN een conflict met een normale exploitatie wanneer een auteur een feitelijke of potentiële markt van aanzienlijk economisch of praktisch belang verloren ziet gaan. Enkel de exploitatiemogelijkheden die een typische grote bron van inkomsten zijn en dus tot de economische kern van auteursrecht behoren, zijn van belang voor de analyse. Om deze bronnen van inkomsten te identificeren, moet de gehele commercialisatie van werken van die bepaalde categorie die getroffen is door de beperking of uitzondering in kwestie in acht worden genomen.¹²⁹ DUSOLLIER onderschrijft deze definitie.¹³⁰

45. De beslissing van het WTO panel werd bekritiseerd wegens het hanteren van een zuiver economisch perspectief.¹³¹ Volgens DUSOLLIER valt deze focus niet volledig te verklaren door de handelsgerichte doelstellingen van de TRIPs-overeenkomst en zou het algemeen belang dat de beperking of uitzondering kan rechtvaardigen aan bod moeten komen bij de interpretatie van de driestappentoets. Zij haalt aan dat deze visie de interne logica van het auteursrecht bedreigt, waarbij beperkingen en uitzonderingen niet langer in positieve zin begrensd worden door de wet. Een dergelijke analyse definieert een toegestane beperking of uitzondering immers op negatieve wijze aan de hand van de normale exploitatie van het werk: elk gering gebruik van het werk waarvoor de auteursrechthebbende geen licentiemechanisme kan opzetten, is toegestaan.¹³² GINSBURG legt de economische lezing uit aan de hand van de aard van de beperkingen in het geschil, aangezien het ging om een vrijstelling voor bepaalde commerciële etablissementen. De analyse van beperkingen en uitzonderingen die beantwoorden aan een publiek belang, zoals bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting, zou meer normatieve overwegingen in acht nemen.¹³³ In dergelijke gevallen zal de normaliteit van de exploitatie niet uitsluitend moeten worden beoordeeld aan de hand van de markten die de auteur zou *kunnen* bereiken, maar vooral aan de hand van de gebruiksmogelijkheden die hij zou *moeten* beheersen in een ‘echt’ normatieve zin van het begrip “normaal”.¹³⁴ In deze betekenis

¹²⁷ S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 769, nr. 13.17.

¹²⁸ S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 769, nr. 13.18; M. FICSOR, *Copyright and internet*, 285; D. GERVAIS, “The reverse three-step test”, (1) 16-17.

¹²⁹ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 193-194.

¹³⁰ S. DUSOLLIER, “L’encadrement des exceptions au droit d’auteur par le test des trois étapes”, *IRDI* 2005, (212) (hieronder: S. DUSOLLIER, “L’encadrement des exceptions”) 220.

¹³¹ A. KUR, “Of Oceans”, (287) 339.

¹³² S. DUSOLLIER, *Droit d’auteur*, 445, nr. 569.

¹³³ J. GINSBURG, “Supranational Copyright”, (2) 29.

¹³⁴ S. DUSOLLIER, *Droit d’auteur*, 446, nr. 570.

suggereert het begrip “normaal” een onderzoek dat zowel met niet-economische als economische omstandigheden rekening houdt. De tweede stap is dus open en onzeker, aangezien de woorden “normale exploitatie” geen leidraad bieden voor de relevante niet-economische normatieve overwegingen en de mate waarin deze overwegingen gebruiksmogelijkheden kunnen beperken die anders binnen de exploitatie door de rechthebbende zouden vallen.¹³⁵

46. Ook GEIGER waarschuwt voor de gevolgen van de economische interpretatie van het WTO panel. Deze interpretatie zou een *status quo* kunnen opleggen en elke uitbreiding van de beperkingen en uitzonderingen ten gevolge van nieuwe situaties hypothekeren. Een verwijzing naar toekomstige exploitatiewijzen riskeert een verlamming telkens een technologische evolutie nieuwe exploitatiemogelijkheden creëert.¹³⁶

c. Onredelijk schaden van legitieme belangen

47. De open begrippen van de derde stap (“belangen”, “legitiem” en “onredelijk”) wijzen op een proportionaliteitstest.¹³⁷ Als een beperking of uitzondering stap één en twee doorstaat, is het aan de nationale wetgever om een proportionele beslissing te nemen omtrent de bescherming van de auteursrechthebbende en de gebruikers.¹³⁸ De derde stap houdt een belangenafweging in tussen enerzijds auteurs van reeds bestaande werken, en anderzijds gebruikers, inclusief auteurs die willen verder bouwen op het werk van hun voorgangers. De auteursrechthebbende kan daarom enkel legitieme belangen aankaarten, terwijl gebruikers redelijke grenzen aan de beperkingen en uitzonderingen in hun voordeel erkennen.¹³⁹

i. Belangen

48. In haar gewone betekenis kan de term “belang” een wettelijk recht of eigendomstitel op een goed of het gebruik van een goed omvatten, maar kan het begrip ook verwijzen naar iets dat van betekenis is voor een persoon. Een “belang” is dus niet beperkt tot feitelijke of potentiële economische voordelen.¹⁴⁰ SENFTLEBEN verklaart het gebruik van de term “belangen” in plaats van “rechten” aan de hand van de specifieke achtergrond van de Berner Conventie, waarbij er nood was aan een

¹³⁵ S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 771-773, nr. 13.20-13.22.

¹³⁶ C. GEIGER, “The role of the three-step test in the adaptation of copyright law to the information society”, *UNESCO Copyright Bulletin* 2007, (1) (hieronder: C. GEIGER, “The information society”) 6.

¹³⁷ S. DUSOLLIER, “L’encadrement des exceptions”, (212) 221.

¹³⁸ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 211-212; S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 776, nr. 13.26; C. GEIGER, “The information society”, (1) 18.

¹³⁹ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 227.

¹⁴⁰ Panelverslag Copyright, nr. 6.223.

adequate formule voor toelaatbare beperkingen van en uitzonderingen op het nieuwe reproductierecht. Als een auteur een bepaald gebruik niet kan verbieden wegens de fundamentele waarde ervan voor sociale, culturele of economische doeleinden, moeten niet zijn exclusieve rechten, maar wel zijn belangen in acht worden genomen.¹⁴¹

49. De belangen zijn vooreerst economisch en omvatten ook degene die niet bij de tweede stap in acht werden genomen. Het gaat om het belang in feitelijke en potentiële toekomstige markten, ongeacht hun economisch of praktisch belang. Een “belang” omvat dus elke mogelijkheid om economische waarde van een werk af te leiden via de exclusieve rechten,¹⁴² met name elke exploitatiewijze. Naast deze economische belangen, heeft een auteur op grond van de Berner Conventie ook niet-economische of morele rechten.¹⁴³ De TRIPs-overeenkomst focust echter op het bevorderen van internationale handel en neemt de belangen van rechthebbenden in acht, waardoor niet-economische overwegingen, meer bepaald morele rechten, geen rol spelen bij de interpretatie van de derde stap in dit verdrag.¹⁴⁴

50. De verklaring van gezaghebbende auteursrechtexperts¹⁴⁵ haalt aan dat zowel de belangen van originele auteursrechthebbenden als daarop volgende auteursrechthebbenden in acht moeten worden genomen bij de toepassing van de driestappentoets. Daarnaast menen zij dat de driestappentoets geïnterpreteerd zou moeten worden op een wijze die ook de legitieme belangen van derden in acht neemt.¹⁴⁶

ii. Legitieme belangen

51. De term “legitiem” verwijst volgens het WTO panel naar wettigheid vanuit een juridisch positivistisch perspectief, maar heeft ook de connotatie van legitimiteit vanuit een meer normatief perspectief, in de zin van gerechtvaardigde belangen in het licht van de doelstellingen die aan de bescherming van de exclusieve rechten ten grondslag liggen.¹⁴⁷

¹⁴¹ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 215.

¹⁴² *Ibid.*, 216-217.

¹⁴³ H. SUN, “Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 2007, Vol. 5, (267) (H. SUN, “Achilles Heel of Copyright”) 301.

¹⁴⁴ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 219 e.v.; 224-225; S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 774, nr. 13.24; A. LUCAS, “For a reasonable interpretation of the three-step test”, *European Intellectual Property Review* 2010, Vol. 32, nr. 6, (277) (hieronder: A. LUCAS, “Reasonable interpretation”) 277.

¹⁴⁵ Zie *supra*, nr. 36.

¹⁴⁶ C. GEIGER e.a., “Declaration”, (119) 121.

¹⁴⁷ Panelverslag Copyright, nr. 6.224.

52. In de juridisch positivistische opvatting is de term “legitieme belangen” gelijk aan “juridische belangen”.¹⁴⁸ Een manier om de legitieme belangen te kwantificeren is om te kijken naar de economische waarde van de exclusieve rechten toegekend aan auteursrechthebbenden. Het WTO panel benadrukt dat de legitieme belangen echter niet noodzakelijk beperkt zijn tot deze economische waarde en verwijst naar een uitspraak van een ander WTO panel.¹⁴⁹ Dit panel interpreteerde het begrip “legitieme belangen” in het kader van artikel 30 TRIPs-overeenkomst als een normatieve claim, waarbij belangen beschermd zijn als deze een rechtvaardiging vinden in het publiek beleid of andere sociale normen.¹⁵⁰

53. Daar het WTO panel zelf aangeeft dat het normatief perspectief meer alomvattend is dan het gehanteerde juridisch positivistisch begrip, is er volgens SENFTLEBEN geen reden om legitieme belangen te beperken tot juridische belangen.¹⁵¹ GERVAIS stelt een juridisch-normatieve aanpak voor, waarbij legitieme belangen de belangen zijn zoals deze beschermd worden door het recht.¹⁵² Ook RICKETSON en GINSBURG menen dat er een soort normatieve rechtvaardiging voor de beschermde belangen moet zijn.¹⁵³ De normatieve aanpak lijkt gerechtvaardigd, aangezien een lezing van het begrip “legitiem” louter in de zin van “juridische” belangen te beperkt is voor de belangenafweging onder de derde stap.

iii. Onredelijk schaden

54. Volgens het WTO panel is er onredelijke schade aan de legitieme belangen van een auteursrechthebbende indien een beperking of uitzondering een onredelijk verlies van inkomsten veroorzaakt of kan veroorzaken.¹⁵⁴ Het begrip “onredelijk schaden” vormt de sleutel voor de evenwichtsoefening tussen de belangen van auteursrechthebbenden en gebruikers.¹⁵⁵ SENFTLEBEN stelt twee principes voorop om de onredelijkheid van de schade te bepalen. Volgens de geschiktheidstest moet een beperking van of uitzondering op de exclusieve rechten geschikt zijn om de onderliggende doelstelling te bereiken die ermee wordt nagestreefd. Als deze doelstelling niet wordt bereikt, is de schade aan de legitieme belangen niet gerechtvaardigd. Het andere principe is de

¹⁴⁸ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 227-228; M. FICSOR, *Copyright and internet*, 286-288, nr. 5.57.

¹⁴⁹ Panelverslag Copyright, nr. 6.226-227.

¹⁵⁰ WTO Panelverslag over *Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products*, aangenomen op 17 maart 2000, WT/S114/R, nr. 7.69.

¹⁵¹ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 229.

¹⁵² D. GERVAIS, “The reverse three-step test”, (1) 17.

¹⁵³ S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 774, nr. 13.24.

¹⁵⁴ Panelverslag Copyright, nr. 6.229.

¹⁵⁵ D. GERVAIS, “The reverse three-step test”, (1) 18-19.

noodzakelijkheidstest, die stelt dat een beperking of uitzondering het minst schadelijke van de beschikbare alternatieve middelen moet zijn om een bepaalde doelstelling te bereiken.¹⁵⁶

55. Een belangrijk element bij de evaluatie van het berokken nadeel is de betaling van een evenwichtige vergoeding, al dan niet door middel van een dwanglicentie.¹⁵⁷ In tegenstelling tot wat het geval is voor stap twee, kan de betaling van zo een vergoeding de strijdigheid met stap drie vermijden.¹⁵⁸ Gelet op deze nuance, werd de volgorde van de twee laatste stappen van de driestappentoets in een vroegere versie van de tekst tijdens de Stockholm herzieningsconferentie omgekeerd naar de huidige vorm om een meer logische toets te hanteren.¹⁵⁹ Afhankelijk van het aantal en de soort reproducties, kunnen beperkingen en uitzonderingen de vorm aannemen van vrij gebruik of dwanglicenties.¹⁶⁰

56. Als een beperking of uitzondering conflicteert met een normale exploitatie onder stap twee is deze ontoelaatbaar, ongeacht of er al dan niet een evenwichtige vergoeding is betaald.¹⁶¹ De ontvangst van royalty's via een dwanglicentie maakt immers per definitie geen deel uit van de normale exploitatie van een werk. Bij stap drie kan de betaling van een evenwichtige vergoeding een onredelijk nadeel aan de legitieme belangen van de auteursrechthebbende vermijden.¹⁶² Zo geeft de verslaggeving van de herzieningsconferentie te Stockholm het volgende praktisch voorbeeld omtrent fotokopiëren voor verschillende doeleinden. Het maken van een zeer groot aantal kopieën is niet toegestaan, omdat het in strijd is met een normale exploitatie van het werk. Een redelijk groot aantal kopieën voor gebruik in industriële ondernemingen mag niet op onredelijke wijze schade toebrengen aan de legitieme belangen van de auteursrechthebbende, mits, overeenkomstig de nationale wetgeving, een evenwichtige vergoeding wordt betaald. Het maken van een klein aantal kopieën kan zonder betaling worden toegestaan, met name voor individueel of wetenschappelijk gebruik.¹⁶³ De verklaring van auteursrechtexperts omtrent de interpretatie van de driestappentoets¹⁶⁴ haalt aan dat beperkingen en uitzonderingen niet in conflict treden met een normale exploitatie van het beschermde werk als zij

¹⁵⁶ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 236.

¹⁵⁷ J. OLIVER, "Copyright in the WTO: The Panel Decision on the Three-Step Test", *Columbia Journal of Law & the Arts* 2001, Vol. 25, nr. 2-3, (119) 169.

¹⁵⁸ S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 773, nr. 13.23.

¹⁵⁹ WIPO, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm June 11 to June 14, 1967*, Vol. 2, Geneve 1974, 1145-1146; M. FICSOR, *Copyright and internet*, 288, nr. 5.58.

¹⁶⁰ S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 777, nr. 13.27; A. TAUBMAN, H. WAGER en J. WATAL, *A Handbook on the WTO TRIPs Agreement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 46.

¹⁶¹ A. LUCAS, "Reasonable interpretation", (277) 279.

¹⁶² H. SUN, "Achilles Heel of Copyright", (267) 301.

¹⁶³ WIPO, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm June 11 to June 14, 1967*, Vol. 2, Geneve 1974, 1145-1146; S. RICKETSON en J. GINSBURG, *International Copyright*, 774-775, nr. 13.25.

¹⁶⁴ Zie *supra*, nr. 36.

gebaseerd zijn op belangrijke concurrerende overwegingen, in bijzonder wanneer in adequate compensatie wordt voorzien, al dan niet op contractuele wijze.¹⁶⁵ De vermelding van een vergoeding bij de tweede stap gaat dus in tegen de gangbare opvatting wat deze kwestie betreft.

57. Over wat een evenwichtige vergoeding dan precies is, bestaat enige onduidelijkheid. De tekst van de Berner Conventie en het rapport van de Stockholm herzieningsconferentie bevatten hieromtrent geen aanwijzingen. Volgens FICSOR is een vergoeding evenwichtig als deze correspondeert met de betaling die de auteursrechthebbende zou overeenkomen na onderhandelingen in de afwezigheid van dwanglicenties.¹⁶⁶ SENFTLEBEN is het hiermee niet eens en stelt dat er geen duidelijke grens bestaat tussen gevallen waar er wel en geen evenwichtige vergoeding verschuldigd is. Een evenwichtige vergoeding moet betaald worden *voor zover* de beperking in kwestie niet binnen redelijke limieten valt.¹⁶⁷ DUSOLLIER haalt in de context van een vergelijking tussen de begrippen “evenwichtige vergoeding” en “billijke compensatie”¹⁶⁸ op overtuigende wijze aan dat het begrip “vergoeding” geïnterpreteerd kan worden als een aanduiding van de economische tegenwaarde van het gebruik van het werk.¹⁶⁹ Het Europees Hof van Justitie heeft vooropgesteld dat een vergoeding de tegenprestatie vormt voor het gebruik en impliceert dat de billijkheid ervan met name moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van dit gebruik in het handelsverkeer.¹⁷⁰

¹⁶⁵ C. GEIGER e.a., “Declaration”, (119) 121.

¹⁶⁶ M. FICSOR, *Copyright and internet*, 275, nr. 5.38.

¹⁶⁷ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 237-238.

¹⁶⁸ Zie *infra*, nr. 73-74.

¹⁶⁹ S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur*, 425, nr. 544.

¹⁷⁰ Arrest van 6 februari 2003, *SENA/NOS*, C-245/00, ECLI:EU:C:2003:68, r.o. 37.

Hoofdstuk 3 : De Infosoc-richtlijn

3.1 Algemeen

58. De internationaalrechtelijke driestappentoets werd geïncorporeerd in artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn,¹⁷¹ waardoor deze bepaling ook een Unierechtelijk begrip werd. Dit hoofdstuk zal eerst de totstandkoming en doelstellingen van de Infosoc-richtlijn bespreken, waarna specifiek de analyse van de driestappentoets aan bod komt. Over de draagwijdte van de driestappentoets, zoals geïmplementeerd in het EU-recht, bestaan verschillende opvattingen. Meer bepaald is het vooralsnog onduidelijk of deze bepaling zich louter tot de wetgever richt, dan wel of zowel de wetgever als de nationale rechters de geadresseerden zijn. Hierbij wordt dieper ingegaan op de relevante rechtspraak van het Europees Hof van Justitie en de vooropgestelde argumenten in de doctrine. Tot slot wordt ook de omzetting van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn in de EU-lidstaten België, Nederland en Frankrijk besproken om de draagwijdte van de communautaire driestappentoets na te gaan.

3.2 Beperkingen en uitzonderingen

a. Dubbele doelstelling van de Infosoc-richtlijn

59. Het originele doel van de Infosoc-richtlijn was tweeledig.¹⁷² De eerste doelstelling van de Infosoc-richtlijn was de harmonisatie van de wetgeving van de lidstaten inzake het auteursrecht en de naburige rechten,¹⁷³ waarbij deze richtlijn aantoont dat er ook in de EU invloed is van het utilitaristische gedachtegoed als grondslag voor de bescherming van intellectuele eigendomsrechten.¹⁷⁴ Zo stelt de richtlijn dat geharmoniseerde rechtsregels zullen leiden tot aanzienlijke investeringen in creativiteit en innovatie, hetgeen weer tot groei en vergroting van het concurrentievermogen van de Europese industrie zal leiden.¹⁷⁵ Het feit dat auteurs een passende beloning voor het gebruik van hun werk moeten ontvangen, willen zij hun scheppende en artistieke arbeid kunnen voortzetten, wijst ook op een utilitaristisch karakter.¹⁷⁶ De harmonisatie van de wetgeving van de lidstaten draagt bij tot de totstandbrenging van de interne markt, aangezien een gebrek aan harmonisatie zou kunnen leiden tot aanzienlijke nationale verschillen in bescherming en daarmee tot beperkingen van het vrij verkeer.¹⁷⁷

¹⁷¹ Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *Pb.L* 167, 22 juni 2001, 10-19 (hieronder: Infosoc-richtlijn).

¹⁷² M. VAN EECHOUD e.a., *Harmonizing Copyright*, 2009, 95.

¹⁷³ Overweging 1 Infosoc-richtlijn.

¹⁷⁴ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 254.

¹⁷⁵ Overweging 4 Infosoc-richtlijn.

¹⁷⁶ Overweging 10 Infosoc-richtlijn.

¹⁷⁷ Overwegingen 1 en 6 Infosoc-richtlijn.

Auteursrecht en naburige rechten zijn van wezenlijk belang voor scheppend werk, dus de harmonisatie gaat uit van een hoog beschermingsniveau.¹⁷⁸

60. Het WCT werd samen met het WPPT voorafgaand aan de uitvaardiging van de Infosoc-richtlijn ondertekend door enkele EU-lidstaten en de EU als organisatie, waarbij zij de verplichting aanging om deze internationale normen op een geharmoniseerde wijze te implementeren.¹⁷⁹ Naast harmonisatie was de tweede belangrijke doelstelling van de Infosoc-richtlijn dus de implementatie van deze nieuwe internationale verplichtingen in het communautair *acquis*, met het oog op de gezamenlijke ratificatie van deze verdragen door de EU en de resterende EU-lidstaten¹⁸⁰ waar het verdrag nog niet in werking was getreden.¹⁸¹ Het gebruik van de beperkingen en uitzonderingen dient volgens de Infosoc-richtlijn te geschieden in overeenstemming met de geldende internationale verplichtingen,¹⁸² waarbij artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn een verwijzing vormt naar de internationaalrechtelijke driestappentoets.¹⁸³

b. Lijst van beperkingen en uitzonderingen

61. De lijst van beperkingen en uitzonderingen vormt een uitputtende opsomming, waarbij rekening werd gehouden met de verschillende rechtstradities in de lidstaten en het vereiste van een goed functionerende interne markt.¹⁸⁴ De lidstaten passen deze beperkingen en uitzonderingen op coherente wijze toe op grond van de overwegingen van de Infosoc-richtlijn. Gelet op de bewoordingen van deze bepaling, is louter de uitzondering van artikel 5, lid 1 Infosoc-richtlijn verplicht en zijn de andere beperkingen en uitzonderingen optioneel.¹⁸⁵ De begrippen “beperking” en “uitzondering” worden niet nader gedefinieerd in de richtlijn en lijken op hetzelfde niveau te staan.¹⁸⁶ Een uitzondering verwijst naar een afwijking van een regel of principe, terwijl een beperking aangeeft dat het exclusieve recht zich niet uitstrekt tot een bepaald gebruik van het werk.¹⁸⁷

¹⁷⁸ Overweging 9 Infosoc-richtlijn.

¹⁷⁹ M. VAN EECHOUD e.a., *Harmonizing Copyright*, 9.

¹⁸⁰ Het WCT trad voor de EU en de lidstaten Denemarken, Duitsland, Estland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Ierland, Italië, Luxemburg, Malta, Nederland, Oostenrijk, Portugal, Spanje en Zweden in werking op 14 maart 2010. Voor de andere EU-lidstaten trad het verdrag reeds vroeger in werking.

¹⁸¹ P.B. HUGENHOLTZ, “Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid”, *European Intellectual Property Review* 2000, Vol. 20, nr. 11, 499; M. HART, “The Copyright in the Information Society Directive: an overview”, *European Intellectual Property Review* 2002, Vol. 24, nr. 2, (58) 58; M. VAN EECHOUD e.a., *Harmonizing Copyright*, 98.

¹⁸² Overweging 44 Infosoc-richtlijn.

¹⁸³ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 256.

¹⁸⁴ Overweging 32 Infosoc-richtlijn.

¹⁸⁵ M. BUYDENS, “La nouvelle directive”, (429) 431, nr. 4.

¹⁸⁶ S. DUSOLLIER, *Droit d’auteur*, 427, nr. 546; C. GEIGER en F. SCHONHERR, “Article 5”, (395) [434] 438, nr. 11.64.

¹⁸⁷ C. GEIGER en F. SCHONHERR, “Article 5”, (395) [434] 438-439, nr. 11.64. Zie ook *supra*, nr. 33-34.

62. In tegenstelling tot eerdere richtlijnen die slechts betrekking hadden op bepaalde categorieën van werken of diensten, had de Infosoc-richtlijn een horizontale harmonisatie van de beperkingen van en uitzonderingen op auteursrecht voor ogen, met name voor alle soorten van werken en diensten.¹⁸⁸ Deze beperkingen en uitzonderingen zijn veelal intrinsiek verbonden met de culturele en sociale identiteit van de lidstaten.¹⁸⁹ De breed geformuleerde, exhaustieve lijst met voornamelijk optionele bepalingen werd dan ook bekritiseerd wegens het niet kunnen verwezenlijken van de vooropgestelde harmonisatie.¹⁹⁰ Harmonisatie impliceert immers niet enkel een harmonisatie van de positieve, materiële inhoud van de toegekende rechten, maar ook van de “negatieve inhoud” omtrent de beperkingen van en uitzonderingen op die rechten.¹⁹¹ De lidstaten kunnen vrij kiezen welke beperkingen en uitzonderingen van de lijst van artikel 5 Infosoc-richtlijn zij implementeren en ook op welke wijze zij dit doen.¹⁹² Enige harmonisatie werd wel verwezenlijkt, nu de wetgevers in sommige lidstaten beperkingen en uitzonderingen van de lijst hebben ingevoerd die ze anders niet zouden hebben overwogen.¹⁹³ Het voornaamste nadeel van het uitputtend karakter van de lijst van vaste beperkingen en uitzonderingen is het gebrek aan flexibiliteit om toekomstige technologische ontwikkelingen in acht te nemen,¹⁹⁴ net zoals er weinig ruimte is om de specifieke kenmerken van de nationale rechtstelsels in acht te nemen.¹⁹⁵

63. Aangezien concrete aanwijzingen omtrent de draagwijdte van de beperkingen en uitzonderingen in de richtlijn ontbreken, hebben de meeste EU-lidstaten ervoor geopteerd om de bepalingen van de richtlijn te interpreteren volgens hun eigen rechtstradities.¹⁹⁶ Slechts één lidstaat

¹⁸⁸ A. LUCAS-SCHLOETTER, “European copyright law”, (7) 11, nr. 1.09; S. DUSOLLIER, *Droit d’auteur*, 428-429, nr. 550.

¹⁸⁹ M. VAN EECHOUD e.a., *Harmonizing Copyright*, 94.

¹⁹⁰ C. ALBERDINGK THIJM, “Fair use: het auteursrechtelijk evenwicht hersteld”, *AMI* 1998, Vol. 9, (145) (C. ALBERDINGK THIJM, “Fair use”) 148; M. HART, “The proposed directive for copyright in the information society: nice rights, shame about the exceptions”, *European Intellectual Property Review* 1998, Vol. 20, nr. 5, (169) 169; P.B. HUGENHOLTZ, “Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid”, *European Intellectual Property Review* 2000, Vol. 20, nr. 11, (499) 500-501; T. VINJE, “Should we begin digging copyright’s grave?”, *European Intellectual Property Review* 2000, Vol. 22, nr. 12, (551) 551; M. BUYDENS, “La nouvelle directive”, (429) 432, nr. 6; M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 248; S. DUSOLLIER, *Droit d’auteur*, 430-431, nr. 554; M. FAVALE, “Fine-tuning European copyright law to strike a balance between the rights of owners and users”, *European Law Review* 2008, Vol. 33, nr. 5, (687) 697; A. LUCAS-SCHLOETTER, “European copyright law”, (7) 11, nr. 1.10.

¹⁹¹ M. BUYDENS, “La nouvelle directive”, (429) 432, nr. 6.

¹⁹² L. GUIBAULT e.a., *IViR Study on the implementation and effect in member states’ laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (final report)*, Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam, Februari 2007 (hieronder: L. GUIBAULT e.a., *IViR Study*), 63.

¹⁹³ M. VAN EECHOUD e.a., *Harmonizing Copyright*, 104.

¹⁹⁴ Zie *infra*, nr. 176-179.

¹⁹⁵ T. VINJE, “Should we begin digging copyright’s grave?”, *European Intellectual Property Review* 2000, Vol. 22, nr. 12, (551) 553-554; P.B. HUGENHOLTZ e.a., *IViR Study on the recasting of copyright & related rights for the knowledge economy (final report)*, Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam, November 2006, 66; M. VAN EECHOUD e.a., *Harmonizing Copyright*, 104; C. GEIGER en F. SCHONHERR, “Article 5”, (395) [434] 440, nr. 11.65.

¹⁹⁶ L. GUIBAULT e.a., *IViR Study*, 63; M. VAN EECHOUD e.a., *Harmonizing Copyright*, 105.

heeft de bewoordingen van de Infosoc-richtlijn letterlijk overgenomen, wat de harmonisatie niet ten goede komt.¹⁹⁷

c. De driestappentoets

64. Het Groenboek van de Europese Commissie omtrent auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij kaartte het controversieel karakter van de driestappentoets van de Berner Conventie aan en het feit dat er onzekerheid heerst over de precieze reikwijdte van de Conventie. De verschillende staten hanteren namelijk uiteenlopende interpretaties van de driestappentoets.¹⁹⁸ Gebaseerd op de consultaties van dit Groenboek, vaardigde de Commissie een follow-up document uit, waarin het belang van de harmonisatie van de beperkingen en uitzonderingen met betrekking tot het reproductierecht werd benadrukt. De internationaalrechtelijke driestappentoets werd daarbij aangegeven als een richtinggevend principe.¹⁹⁹

65. Artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn luidt als volgt: “De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.”

66. Ook in andere EU-richtlijnen vinden we versies van de driestappentoets. Zo bevat Richtlijn 96/9 betreffende de rechtsbescherming van databanken reeds een eerdere versie van de driestappentoets, van toepassing op alle uitzonderingen van die richtlijn: “In overeenstemming met de bepalingen van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst mag dit artikel niet zodanig uitgelegd worden dat de toepassing ervan ongerechtvaardigd nadeel voor de rechtmatige belangen van de rechthebbende oplevert of het normale gebruik van de databank schaadt.”²⁰⁰ De Richtlijn 2006/115/EG van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten bevat een kopie van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn,²⁰¹ terwijl men in Richtlijn 2009/24/EG van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s voor de

¹⁹⁷ M. FAVALE, “Fine-tuning European copyright law to strike a balance between the rights of owners and users”, *European Law Review* 2008, Vol. 33, nr. 5, (687) 699.

¹⁹⁸ Groenboek van de Europese Commissie van 19 juli 1995 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, Doc. COM(95) 382 def, 51.

¹⁹⁹ Follow-up van de Europese Commissie van 20 november 1996 op het Groenboek betreffende het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, Doc. COM(96) 586 def, 11-12.

²⁰⁰ Artikel 6, lid 3 Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *Pb.L* 77, 27 maart 1996, 25.

²⁰¹ Artikel 10, lid 3 Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, *Pb.L* 376, 27 december 2006, 31.

uitzondering voor decompilatie een equivalent van de versie van de driestappentoets zoals verwoord in de Richtlijn 96/9 betreffende databanken leest.²⁰² De Richtlijn 2012/28/EU bevestigt dat zij geen afbreuk doet aan de beperkingen en uitzonderingen van artikel 5 Infosoc-richtlijn en herneemt daarbij de driestappentoets.²⁰³ Ook de Richtlijn (EU) 2017/1564 die het Marrakesh-verdrag in het EU-recht implementeert, herneemt de driestappentoets.²⁰⁴ Tot slot verwijst Richtlijn (EU) 2019/790 van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt expliciet naar de toepasselijkheid van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn.²⁰⁵

67. De drie stappen van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn hernemen de internationaalrechtelijke driestappentoets, waardoor de inhoudelijke interpretatie van deze voorwaarden niet opnieuw in detail zal worden behandeld. De volgende bespreking zal voornamelijk focussen op de verschillen tussen de internationaal- en Unierechtelijke driestappentoets en de eigenheden van het EU-recht.

i. Bepaalde bijzondere gevallen

68. De vraag stelt zich of de beperkingen en uitzonderingen van artikel 5 Infosoc-richtlijn te kwalificeren zijn als bijzondere gevallen in de zin van de internationale driestappentoets. Als een beperking of uitzondering correspondeert met een internationaal erkende tegenhanger in de Berner Conventie, is de voorwaarde van het bijzonder karakter automatisch vervuld.²⁰⁶ Daarnaast is er de vraag of de EU-lidstaten op basis van internationale verplichtingen gehouden zijn om de opsomming van artikel 5 Infosoc-richtlijn verder te concretiseren in hun nationale wetgeving. Het antwoord is ontkennend. Een concretisering zou een verdere fragmentatie met zich meebrengen en tegenstrijdig zijn aan de door de richtlijn nagestreefde doelstelling van harmonisatie. Een meer precieze afbakening van de bepalingen in het licht van de driestappentoets zou volgens SENFTLEBEN aan de rechtbanken kunnen worden overgelaten, inclusief het Europees Hof van Justitie.²⁰⁷

²⁰² Artikel 6, lid 3 Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (gecodificeerde versie), *Pb.L* 111, 5 mei 2009, 19.

²⁰³ Richtlijn 2012/28/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 inzake bepaalde toegestane gebruikswijzen van verweesde werken, *Pb.L* 299, 27 oktober 2012, 8.

²⁰⁴ Artikel 3, lid 3 Richtlijn (EU) 2017/1564 van het Europees Parlement en de Raad van 13 september 2017 inzake bepaalde toegestane vormen van gebruik van bepaalde werken en ander materiaal die door het auteursrecht en naburige rechten beschermd zijn ten behoeve van personen die blind zijn, visueel gehandicapt of anderszins een leeshandicap hebben, en tot wijziging van Richtlijn 2001/29/EG betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *Pb.L* 242, 20 september 2017, 11.

²⁰⁵ Artikel 7, lid 2 Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG, *Pb.L* 130, 17 mei 2019, 114.

²⁰⁶ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 258.

²⁰⁷ *Ibid.*, 264 e.v.

ii. Normale exploitatie

69. De beperkingen en uitzonderingen mogen geen afbreuk doen aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal volgens artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn. Het ander materiaal verwijst naar de naburige rechten zoals beschermd door de richtlijn.²⁰⁸ Volgens GEIGER kan de interpretatie van het begrip “normale exploitatie” zoals vooropgesteld door het WTO panel²⁰⁹ niet doorgetrokken worden naar de driestappentoets van de Infosoc-richtlijn, gelet op de economische doelstelling van de TRIPs-overeenkomst die verschilt van de socio-culturele focus in de EU.²¹⁰

70. Artikel 4, lid 1 Infosoc-richtlijn voorziet in een exclusief distributierecht ten behoeve van auteurs om elke vorm van distributie onder het publiek van hun originele werken of kopieën daarvan, door verkoop of anderszins, toe te staan of te verbieden. Artikel 4, lid 2 van die richtlijn voorziet in de uitputting van het distributierecht wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsoverdracht in de Gemeenschap geschiedt door de rechthebbende of met diens toestemming. De vraag kan gesteld worden of deze communautaire uitputtingsleer afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk.

71. Artikel 6 TRIPs-overeenkomst schrijft voor dat de vraag naar uitputting niet behandeld wordt in dit verdrag. Ook artikel 6, lid 2 WCT onttrekt het principe van de uitputtingsleer aan de toepassing van de driestappentoets, aangezien geen enkele bepaling van dat verdrag afbreuk doet aan het recht van de verdragsluitende partijen om de eventuele voorwaarden voor uitputting van het distributierecht te bepalen. Volgens de Gemeenschappelijke Verklaring bij dit verdrag moet dit artikel gelezen worden als exclusief betrekking hebbend op gefixeerde kopieën die kunnen circuleren als tastbare exemplaren,²¹¹ waardoor CABAY lijkt te concluderen dat online uitputting wel onderworpen is aan de toepassing van de driestappentoets.²¹² GEIREGAT stelt dat de uitputting het distributierecht begrenst om het algemeen belang te vrijwaren. De normgever geeft aan dat de bevoegdheden van de rechthebbende ophouden op een bepaald punt: als de uitputting is ingetreden, is er geen recht meer. De uitputtingsregel heeft geen begunstigde in de eigenlijke zin, maar er zijn mogelijks belanghebbende derden die baat hebben bij haar intreden.²¹³ In deze opvatting vallen de beperkingen en uitzonderingen voor specifieke

²⁰⁸ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 268.

²⁰⁹ Zie *supra*, nr. 42.

²¹⁰ C. GEIGER, “The information society”, (1) 6.

²¹¹ Artikel 6 WCT, samen te lezen met de “Agreed statement concerning Articles 6 and 7 WCT”, gelijktijdig met het WCT aangenomen te Genève op 20 december 1996.

²¹² J. CABAY, “L'épuisement en ligne du droit d'auteur”, *AM* 2013, nr. 5, (303) 315-316, nr. 11.b.

²¹³ S. GEIREGAT, *Digitale en analoge distributie van auteurswerken en software. Volume 1: Analoge distributie en uitputting*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 206, nr. 430.

gebruikers duidelijk te onderscheiden van de uitputtingsleer, waardoor de driestappentoets geen toepassing vindt.

iii. Onredelijk schaden van legitieme belangen

72. De derde stap van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn verwijst, zoals de TRIPs-overeenkomst, naar de legitieme belangen van de rechthebbende. Het gebruik van de term “rechthebbende” in de plaats van “auteur” is in lijn met het toepassingsgebied en de grondslag van de Infosoc-richtlijn. Deze richtlijn beschermt immers ook de rechten van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en de eerste vastleggingen van films en omroeporganisaties.²¹⁴ Aangezien morele rechten buiten het toepassingsgebied van de richtlijn vallen,²¹⁵ omvat de term “belangen” louter economische belangen van een rechthebbende, namelijk alle mogelijkheden om economische waarde af te leiden van een werk.²¹⁶

73. Rechthebbenden dienen in bepaalde uitzonderlijke gevallen een “billijke compensatie” te ontvangen om hen naar behoren te compenseren voor het gebruik van hun beschermde werken.²¹⁷ De richtlijn verwijst in drie gevallen naar de betaling van zo een billijke compensatie.²¹⁸ De lidstaten kunnen ook een billijke compensatie voor rechthebbenden voorschrijven wanneer zij de facultatieve bepalingen toepassen inzake beperkingen of uitzonderingen waarvoor zo een compensatie niet verplicht is.²¹⁹ De betaling van een geldelijke vergoeding is dus niet beperkt tot de voornoemde drie gevallen.

74. Het gebruik van een andere term dan het internationaalrechtelijke begrip “evenwichtige vergoeding” wijst op een interne EU-rechtelijke verplichting tot compensatie, die los staat van de internationale verplichtingen.²²⁰ Het begrip “vergoeding” kan geïnterpreteerd worden als een aanduiding van de economische tegenwaarde van het gebruik van het werk, terwijl een “compensatie” veeleer het herstel van het nadeel dat de rechthebbende lijdt ten gevolge van de uitoefening van de beperking of uitzondering voor ogen heeft. Het bedrag van de billijke compensatie is dus afhankelijk van de veroorzaakte schade, terwijl de evenwichtige vergoeding ook verschuldigd kan zijn wanneer aan de rechthebbende geen schade is berokkend.²²¹ Volgens het Hof van Justitie moet de billijke compensatie

²¹⁴ Artikel 2, a) tot e) Infosoc-richtlijn.

²¹⁵ Overweging 18 Infosoc-richtlijn.

²¹⁶ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 273.

²¹⁷ Overweging 35 Infosoc-richtlijn.

²¹⁸ Artikel 5, lid 2, a), b) en e) Infosoc-richtlijn.

²¹⁹ Overweging 36 Infosoc-richtlijn.

²²⁰ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 276. Zie *supra*, nr. 55-57.

²²¹ S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur*, 425, nr. 544.

noodzakelijkerwijs worden berekend op basis van het criterium van de schade geleden door de auteurs van beschermde werken.²²² De Infosoc-richtlijn regelt niet uitdrukkelijk wie deze compensatie moet betalen, zodat de lidstaten hieromtrent een grote marge van vrijheid hebben.²²³

3.3 De draagwijdte van de driestappentoets

a. Algemeen

75. De bewoordingen van de Infosoc-richtlijn hebben geleid tot een discussie omtrent de functie en geadresseerde van de driestappentoets. Volgens artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn mogen de beperkingen en uitzonderingen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden *toegepast* mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad. Ook overweging 44 stelt dat dergelijke beperkingen en uitzonderingen niet op zodanige wijze worden *toegepast* dat de wettige belangen van de rechthebbende worden geschaad of afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van zijn werk of andere zaak.²²⁴ In principe zijn het rechters die de beperkingen van en uitzonderingen op de vermogensrechten toepassen, waardoor al snel de vraag rees naar de geadresseerde van de driestappentoets in de Infosoc-richtlijn.²²⁵ Is de driestappentoets enkel gericht aan de wetgever, of kunnen ook de hoven en rechtbanken bij de voor hen aanhangige geschillen deze test toepassen?

76. Er moet verduidelijkt worden dat deze vraag enkel speelt op het niveau van de Europese Unie. De rechtsleer neemt immers aan dat de geadresseerden van de internationaalrechtelijke driestappentoets, zoals opgenomen in de Berner Conventie en de TRIPs-overeenkomst, de nationale wetgevers zijn.²²⁶

²²² Arrest van 21 oktober 2010, *Padawan/SGAE*, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620, r.o. 40-42.

²²³ Arrest van 16 juni 2011, *Stichting de Thuis kopie/Opus*, C-462/09, ECLI:EU:C:2011:397, r.o. 21-23; 33.

²²⁴ Eigen cursivering.

²²⁵ C. GEIGER, "The information society", (1) 13.

²²⁶ H. COHEN JEHORAM, "Nu de gevolgen van trouw en ontrouw aan de Auteursrechtlijn voor *fair use*, tijdelijke reproductie en driestappentoets", *AMI* 2005, Vol. 5, (153) 159; S. DUSOLLIER, "L'encadrement des exceptions", (212) 215; T.H. LEONARD, "Le test en trois étapes confié au juge: la mise à mort du droit d'auteur et de ses exceptions?" *Revue du Droit des Technologies de l'Information* 2006, Vol. 25, (209) (hieronder: T.H. LEONARD, "Le test confié au juge") 211; C. GEIGER, "The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2006, (683) (hieronder: C. GEIGER, "The Three-Step Test, a Threat?") 689; S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur*, 439; 447, nr. 562 en 571; C. ZOLYNSKI, "Le test en trois étapes, renouvellement des pouvoirs du juge?", *LEGICOM* 2007, Vol. 39, (107) (hieronder: C. ZOLYNSKI, "Pouvoirs du juge") 109; H. COHEN JEHORAM, "Hidden agenda", (408) 409; G. WESTKAMP, "The Three-Step Test and Copyright Limitations in Europe: European Copyright Law between Approximation and National Decision Making", *Journal of the Copyright Society of the USA* 2008, Vol. 56, (1) 6; C. GEIGER, D. GERVAIS, en M. SENFTLEBEN, "The Three-Step Test Revisited: How to use the Test's Flexibility in National Copyright Law", *American University International Law Review* 2014, Vol. 29, nr. 3, (581) (hieronder: C. GEIGER e.a., "The Three-Step Test Revisited") 586; R. ARNOLD en E. ROSATI, "Are national courts the addressees of the Infosoc three-step test?", *JiPLP* 2015, Vol. 10, nr. 10, (741) (hieronder: R. ARNOLD en E. ROSATI, "The addressees") 743.

b. Voorstel van de Infosoc-richtlijn

77. De voorbereidende werken van de Infosoc-richtlijn bieden geen soelaas, waardoor enkele bijkomende vragen rijzen. Zou de Europese wetgever haar bedoeling om dergelijke verandering omtrent de betekenis van de driestappentoets teweeg te brengen, niet geëxpliciteerd hebben in de voorbereidende werken? Werd bij het opstellen van de exhaustieve lijst van beperkingen en uitzonderingen van artikel 5 Infosoc-richtlijn de driestappentoets reeds toegepast? Indien deze lijst van beperkingen en uitzonderingen reeds als conform de driestappentoets werd gezien, waarom werd deze test dan nog opgenomen in artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn? Deze vragen zullen waarschijnlijk pas ten volle beslecht worden indien het Europees Hof van Justitie zich er expliciet over zou uitspreken.²²⁷

78. In het voorstel van de Infosoc-richtlijn werd de driestappentoets als volgt verwoordt: “De in de leden 1, 2 en 3 bedoelde uitzonderingen en beperkingen mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden *toegepast* en mogen niet op zodanige wijze worden *uitgelegd*, dat de toepassing ervan ertoe leidt dat de wettige belangen van de rechthebbenden op ongerechtvaardigde wijze worden geschaad of dat afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van hun werken of andere zaken.”²²⁸ Deze formulering lijkt breder te zijn dan de uiteindelijk aangenomen tekst van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn, gelet op de vermelding van een uitlegging of interpretatie van de beperkingen en uitzonderingen.²²⁹

c. Rechtspraak van het Europees Hof van Justitie

i. Algemene interpretatie

79. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat het optioneel of facultatief karakter van de beperkingen en uitzonderingen van artikel 5 Infosoc-richtlijn niet geheel vrijblijvend kan worden geïnterpreteerd.²³⁰ Het Hof kan essentiële begrippen van de beperkingen en uitzonderingen immers voor de gehele Unie autonoom en uniform interpreteren.²³¹ Lidstaten mogen in lijn met hun rechtstradities vrij kiezen welke van de optionele beperkingen en uitzonderingen zij opnemen in hun

²²⁷ C. GEIGER, “From Berne to National Law, via the Copyright Directive: the Dangerous Mutations of the Three-step Test”, *European Intellectual Property Review* 2007, Vol. 29, nr. 12, (486) (hieronder: C. GEIGER, “Mutations of the Test”) 488.

²²⁸ Artikel 5, lid 4 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (98/C/108/03), *Pb. C* 108, 7 april 1998, 11. Eigen cursivering.

²²⁹ R. ARNOLD en E. ROSATI, “The addressees” (741) 743.

²³⁰ M.C. JANSSENS, “Art. XI.189 WER”, (191) 194.

²³¹ Arrest van 6 februari 2003, *SENA/NOS*, C-245/00, ECLI:EU:C:2003:68, r.o. 23; Arrest van 16 juli 2009, *Infopaq International/Danske Dagblades Forening*, C-5/08, EU:C:2009:465, r.o. 29; Arrest van 21 oktober 2010, *Padawan/SGAE*, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620, r.o. 32-33; Arrest van 30 juni 2011, *VEWA/Belgische Staat*, C-271/10, ECLI:EU:C:2011:442, r.o. 25; Arrest van 4 oktober 2011, *Football Association Premier League/QC Leisure*, C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, r.o. 154; Arrest van 26 april 2012, *DR en TV2 Danmark/NCB*, C-510/10, ECLI:EU:C:2012:244, r.o. 33 e.v.; Arrest van 3 september 2014, *Deckmyn en Vrijheidsfonds/Vandersteen*, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132, r.o. 14-16; Arrest van 29 juli 2019, *Spiegel Online/Volcker Beck*, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625, r.o. 62.

nationale wetgeving, maar zij kunnen de draagwijdte van deze bepalingen niet zelf vaststellen.²³² Eens die keuze is gemaakt, moeten de gehanteerde bewoordingen als autonome bepalingen van Europees auteursrecht worden opgevat.²³³ Het Hof kan zo de interpretatie en implementatie van de beperkingen en uitzonderingen door de lidstaten controleren.²³⁴ De rechtspraak van het Hof van Justitie verkrijgt door deze autonome begripsbepaling niet alleen een invloed op de uitoefening van auteursrecht, maar ook op het bestaan ervan, traditioneel gezien de bevoegdheid van de lidstaten.²³⁵ Toestaan dat nationale wetgevers deze bepalingen op incoherente, niet geharmoniseerde en mogelijkwijze van lidstaat tot lidstaat verschillende wijze nader zouden mogen invullen, zou afbreuk doen aan de doelstelling van het verzekeren van de goede werking van de interne markt.²³⁶

80. Beperkingen van en uitzonderingen op de vermogensrechten worden gewoonlijk strikt geïnterpreteerd. Bepalingen van een richtlijn die afwijken van een bij dezelfde richtlijn vastgesteld algemeen beginsel, moeten strikt worden uitgelegd.²³⁷ Anders dan bij de afbakening van de beperkingen en uitzonderingen, worden er brede rechten verleend aan auteursrechthebbenden. Zo is volgens overweging 21 Infosoc-richtlijn een brede omschrijving van het reproductierecht noodzakelijk voor de rechtszekerheid in de interne markt. Overweging 31 stelt dat er een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen moet worden gewaarborgd tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal. Bij de strikte uitlegging van de voorwaarden van een beperking of uitzondering, zo stelt het Hof van Justitie, moet er evenwel voor worden gezorgd dat de nuttige werking van die vastgestelde beperking of uitzondering wordt beschermd en het doel ervan wordt geëerbiedigd, zoals dat met name voortvloeit uit

²³² R. XALABARDER, "The role of the CJEU in Harmonizing EU Copyright Law", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2016, Vol. 47, (635) 638.

²³³ M.C. JANSSENS, "Art. XI.189 WER", (191) 195.

²³⁴ C. GEIGER, "Mutations of the Test", (486) 488.

²³⁵ A. LUCAS-SCHLOETTER, "European copyright law", (7) 12, nr. 1.13.

²³⁶ Arrest van 21 oktober 2010, *Padawan/SGAE*, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620, r.o. 35-36; Arrest van 26 april 2012, *DR en TV2 Danmark/NCB*, C-510/10, ECLI:EU:C:2012:244, r.o. 36; Arrest van 3 september 2014, *Deckmyn en Vrijheidsfonds/Vandersteen*, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132, r.o. 14-16; Arrest van 10 april 2014, *ACI Adam/Stichting de ThuisKopie*, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254, r.o. 34.

²³⁷ Arrest van 16 juli 2009, *Infopaq International/Danske Dagblades Forening*, C-5/08, EU:C:2009:465, r.o. 56; Arrest van 4 oktober 2011, *Football Association Premier League/QC Leisure*, C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, r.o. 162; Arrest van 1 december 2011, *Eva-Maria Painer/Standard VerlagsGmbH*, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, r.o. 109; Arrest van 9 februari 2012, *Luksan/van der Let*, C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65, r.o. 101; Beschikking van 17 januari 2012, *Infopaq International/Danske Dagblades Forening*, C-302/10, ECLI:EU:C:2012:16, r.o. 27; Arrest van 10 april 2014, *ACI Adam/Stichting de ThuisKopie*, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254, r.o. 22-23; Arrest van 5 juni 2014, *Public Relations Consultants/Newspaper Licensing Agency*, C-360/13, ECLI:EU:C:2014:1195, r.o. 23; Arrest van 26 april 2017, *Stichting Brein/Wullems*, C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300, r.o. 62; Arrest van 29 november 2017, *VCAST/RTI*, C-265/16, ECLI:EU:C:2017:913, r.o. 32; Arrest van 29 juli 2019, *Spiegel Online/Volcker Beck*, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625, r.o. 53.

overweging 31.²³⁸ Deze algemene regel van strikte interpretatie werd bekritiseerd in de rechtsleer wegens haar ondemocratisch karakter, aangezien het gaat om zaken die niet in de Infosoc-richtlijn zelf werden vooropgesteld en er een systematische bevoordeling van één partij in alle mogelijke omstandigheden plaatsvindt.²³⁹

ii. Rechtspraak omtrent de driestappentoets

81. Gelet op haar rechtstreekse incorporatie in de Infosoc-richtlijn, is de driestappentoets een communautair begrip dat het Hof van Justitie eenvormig kan uitleggen.²⁴⁰ Het Hof heeft melding gemaakt van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn bij de beantwoording van een aantal prejudiciële vragen omtrent de beperkingen en uitzonderingen van die richtlijn. Zo heeft het Hof benadrukt dat artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn cumulatieve voorwaarden vaststelt voor de toepassing van de beperkingen en uitzonderingen.²⁴¹ Vooralsnog heeft het Hof geen duidelijk antwoord geformuleerd op de vraag naar de draagwijdte en geadresseerde(n) van de driestappentoets van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn. De uitspraken van het Hof en de conclusies van de advocaten-generaal bevatten wel enkele aanwijzingen hieromtrent.

. De driestappentoets bakent het stelsel van beperkingen en uitzonderingen strikt af

82. De eerste vermelding van de driestappentoets vinden we in de zaak *Laserdisken*.²⁴² In deze zaak verwijst het Hof naar de driestappentoets als één van de argumenten om te concluderen dat de communautaire instellingen bij de uitwerking en de vaststelling van de Infosoc-richtlijn ten volle rekening hebben gehouden met de culturele aspecten die eigen zijn aan de lidstaten, alsmede met het recht op onderwijs. De prejudiciële vraag omtrent de toelating van nationale wetgeving inzake internationale uitputting in het licht van artikel 4, lid 2 Infosoc-richtlijn wordt in negatieve zin beantwoord. Het Hof stelt

²³⁸ Arrest van 4 oktober 2011, *Football Association Premier League/QC Leisure*, C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, r.o. 163; Arrest van 16 juni 2011, *Stichting de ThuisKopie/Opus*, C-462/09, ECLI:EU:C:2011:397, r.o. 22-23; 53-57; Arrest van 1 december 2011, *Eva-Maria Painer/Standard VerlagsGmbH*, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, r.o. 109; 132-133; Arrest van 5 juni 2014, *Public Relations Consultants/NewsPaper Licensing Agency*, C-360/13, ECLI:EU:C:2014:1195, r.o. 23; Arrest van 3 september 2014, *Deckmyn en Vrijheidsfonds/Vandersteen*, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132, r.o. 23; Arrest van 5 maart 2015, *Copydan/Nokia*, C-463/12, ECLI:EU:C:2015:144, 86; Arrest van 29 juli 2019, *Funke Medien/Bundesrepublik Deutschland*, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623, r.o. 51; 71; Arrest van 29 juli 2019, *Spiegel Online/Volcker Beck*, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625, r.o. 36; 55.

²³⁹ J. GRIFFITHS, "Unsticking the centre-piece – the liberation of European copyright law?", *JIPITEC* 2010, (87) (hieronder: J. GRIFFITHS, "Unsticking the centre-piece") 88, nr. 6.

²⁴⁰ C. ZOLYNSKI, "Pouvoirs du juge", (107) 109; G. WESTKAMP, "The Three-Step Test and Copyright Limitations in Europe: European Copyright Law between Approximation and National Decision Making", *Journal of the Copyright Society of the USA* 2008, Vol. 56, (1) 27.

²⁴¹ Arrest van 16 juni 2011, *Stichting de ThuisKopie/Opus*, C-462/09, ECLI:EU:C:2011:397, r.o. 31.

²⁴² Arrest van 12 september 2006, *Laserdisken/Kulturministeriet*, C-479/04, ECLI:EU:C:2006:549 (hieronder: *Laserdisken*).

dat het stelsel van beperkingen en uitzonderingen strikt wordt afgebakend door artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn.²⁴³ Deze formulering werd hernomen in twee conclusies van advocaten-generaal in latere zaken. Artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn verplicht uitdrukkelijk tot een restrictieve uitlegging²⁴⁴ en bakent de regeling van beperkingen en uitzonderingen strikt af.²⁴⁵

- . Beperkingen en uitzonderingen moeten worden uitgelegd in het licht van de driestappentoets

83. Het Hof van Justitie maakt in een aantal uitspraken melding van het feit dat de beperkingen en uitzonderingen in het licht van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn moeten worden uitgelegd. Het Hof stelt dit beginsel voor het eerst voorop in de zaak *Infopaq I*,²⁴⁶ waar de verzoeker van mening was dat voor de reproductie van persartikels door middel van een geautomatiseerd procedé geen toestemming van de auteursrechthebbende vereist was, gelet op de uitzondering voor tijdelijke reproductiehandelingen.²⁴⁷ Volgens vaste rechtspraak beslist het Hof tot een strikte uitlegging van artikel 5, lid 1 Infosoc-richtlijn, aangezien deze bepaling afwijkt van het algemene beginsel dat voor elke reproductie van een beschermd werk de toestemming van de auteursrechthebbende vereist is. Het Hof voegt daaraan toe dat dit des te meer “klemt” omdat de uitzondering moet worden uitgelegd in het licht van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn.²⁴⁸ Dit principe werd met betrekking tot tijdelijke reproductiehandelingen herhaald in de conclusie van de advocaat-generaal in de zaak *Premier League*, met een verwijzing naar *Infopaq I*.²⁴⁹ Het Hof bevestigt dit principe in de zaak *Stichting Brein*,²⁵⁰ waarbij de handeling in kwestie bestond uit een tijdelijke reproductie van een auteursrechtelijk beschermd werk op een mediaspeler, verkregen bij het streamen van een website waarop dit werk zonder toestemming van de auteursrechthebbende werd aangeboden.²⁵¹ De vijf cumulatieve voorwaarden voor de uitzondering van artikel 5, lid 1 Infosoc-richtlijn moeten volgens vaste rechtspraak van het Hof eng worden uitgelegd. Dit geldt des te meer omdat deze uitzondering moet worden uitgelegd in het licht van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn.²⁵²

²⁴³ *Laserdisken*, r.o. 78-80.

²⁴⁴ Conclusie van advocaat-generaal E. Sharpston van 24 januari 2013 in het arrest *VG Wort*, C-457/11 tot en met C-460/11, ECLI:EU:C:2013:34, nr. 68.

²⁴⁵ Conclusie van advocaat-generaal M. Wathelet van 7 juli 2016 in het arrest *Soulier en Doke*, C-301/15, ECLI:EU:C:2016:536, nr. 29.

²⁴⁶ Arrest van 16 juli 2009, *Infopaq International/Danske Dagblades Forening*, C-5/08, EU:C:2009:465 (hieronder: *Infopaq I*).

²⁴⁷ *Infopaq I*, r.o. 2.

²⁴⁸ *Ibid.*, r.o. 57-58.

²⁴⁹ Conclusie van advocaat-generaal J. Kokott van 3 februari 2011 in het arrest *Premier League*, C-403/08 en C-429/08, ECLI:EU:C:2011:43, nr. 91.

²⁵⁰ Arrest van 26 april 2017, *Stichting Brein/Wullems*, C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 (hieronder: *Stichting Brein*).

²⁵¹ *Stichting Brein*, r.o. 59.

²⁵² *Ibid.*, r.o. 60-63.

84. Tot slot vinden we een vermelding van dit principe in de zaak *Ulmer*,²⁵³ waarbij het Hof concludeert dat een lidstaat aan publiek toegankelijke bibliotheken het recht mag verlenen om werken uit hun verzameling te digitaliseren, indien deze reproductiehandeling noodzakelijk is om die werken via speciale terminals beschikbaar te stellen voor de gebruikers.²⁵⁴ De omvang van het accessoire recht op digitalisering moet nader worden vastgesteld door de uitlegging van artikel 5, lid 2, sub c) Infosoc-richtlijn tegen de achtergrond van artikel 5, lid 5 van die richtlijn.²⁵⁵ De advocaat-generaal had in zijn conclusie ook de regel van *Infopaq I* aangehaald, namelijk dat de beperkingen en uitzonderingen moeten worden uitgelegd in het licht van de bij artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn vastgestelde algemene regel.²⁵⁶

85. Deze rechtspraak roept gedachten op aan de verklaring van het comité van gezaghebbende auteurs, waarin zij benadrukken dat de driestappentoets niet vereist dat beperkingen en uitzonderingen nauw worden geïnterpreteerd, maar dat deze bepalingen een interpretatie volgens hun doelstellingen vergen.²⁵⁷

- . Beperkingen en uitzonderingen moeten bovendien voldoen aan de voorwaarden van de driestappentoets

86. In het merendeel van de uitspraken waarin het Hof melding maakt van de driestappentoets, wordt vooropgesteld dat beperkingen en uitzonderingen ook conform de voorwaarden van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn moeten zijn. De advocaat-generaal in de zaak *Infopaq I* komt tot de conclusie dat er niet voldaan is aan de voorwaarden van artikel 5, lid 1 Infosoc-richtlijn omtrent tijdelijke reproductiehandelingen. Volgens haar stelt artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn nadere voorwaarden waaraan reproductiehandelingen moeten voldoen indien zij de toets aan artikel 5, lid 1 van die richtlijn doorstaan.²⁵⁸ De advocaat-generaal voert vervolgens een concrete analyse uit omtrent de voorwaarden van de driestappentoets.²⁵⁹

²⁵³ Arrest van 11 september 2014, *Technische Universität Darmstadt/Ulmer*, C-117/13, ECLI:EU:C:2014:2196 (hieronder: *Ulmer*).

²⁵⁴ *Ulmer*, r.o. 49.

²⁵⁵ *Ibid.*, r.o. 47.

²⁵⁶ Conclusie van advocaat-generaal N. Jääskinen van 5 juni 2014 in het arrest *Ulmer*, C-117/13, ECLI:EU:C:2014:1795, nr. 38.

²⁵⁷ C. GEIGER e.a., "Declaration", (119) 120-121. Zie *supra*, nr. 36.

²⁵⁸ Conclusie van advocaat-generaal V. Trstenjak van 12 februari 2009 in het arrest *Infopaq I*, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:89 (hieronder: *Conclusie Infopaq I*), nr. 132.

²⁵⁹ *Conclusie Infopaq I*, nr. 134-142.

87. Het Hof spreekt zich ook in de zaak *Premier League*²⁶⁰ uit over de uitzondering voor tijdelijke reproductiehandelingen van artikel 5, lid 1 Infosoc-richtlijn. De vijf voorwaarden van voornoemd artikel zijn vervuld,²⁶¹ maar om zich te kunnen beroepen op deze uitzondering, moeten die handelingen ook nog voldoen aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn. “Dienaangaande volstaat de vaststelling dat”, gelet op de voorgaande overwegingen die de conformiteit met artikel 5, lid 1 nagaan, “de handelingen ook aan die voorwaarden voldoen.”²⁶² De betrokken reproductiehandelingen in het geheugen van een satellietdecoder en op een televisiescherm mogen dus zonder toestemming van de auteursrechthebbende worden verricht.²⁶³

88. Deze bewoordingen van de *Premier League* uitspraak worden overgenomen in de beschikking *Infopaq II*,²⁶⁴ waarbij het Hof wordt verzocht om een uitspraak te doen over tijdelijke reproductiehandelingen in het kader van een data-captureprocedé. Het Hof stelt immers als volgt: “Dienaangaande kan worden volstaan met de vaststelling dat wanneer deze reproductiehandelingen voldoen aan alle voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 zoals die in de rechtspraak van het Hof zijn uitgelegd, moet worden geoordeeld dat zij geen afbreuk doen aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk schaden”.²⁶⁵

89. Dit principe wordt met betrekking tot tijdelijke reproductiehandelingen opnieuw bevestigd in de zaak *Public Relations*,²⁶⁶ waar het Hof tot de conclusie komt dat kopieën op het computerscherm en in het internetcachegeheugen van de harde schijf die door een eindgebruiker bij het raadplegen van een internetsite worden gemaakt, voldoen aan de voorwaarden van artikel 5, lid 1 Infosoc-richtlijn. Het Hof stelt vervolgens dat op deze uitzondering slechts een beroep kan worden gedaan indien die kopieën bovendien voldoen aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn en verwijst daarbij naar de zaak *Premier League*.²⁶⁷ Vervolgens verricht het Hof een analyse *in concreto* om na te gaan of er voldaan is aan de voorwaarden van de driestappentoets. De kopieën op het scherm en in de cache worden uitsluitend gemaakt om internetsites te raadplegen en vormen derhalve een bijzonder geval.²⁶⁸

²⁶⁰ Arrest van 4 oktober 2011, *Football Association Premier League/QC Leisure*, C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631 (hieronder: *Premier League*).

²⁶¹ *Premier League*, r.o. 165 e.v.

²⁶² *Ibid.*, r.o. 181.

²⁶³ *Ibid.*, r.o. 182.

²⁶⁴ Beschikking van 17 januari 2012, *Infopaq International/Danske Dagblades Forening*, C-302/10, ECLI:EU:C:2012:16 (hieronder: *Infopaq II*).

²⁶⁵ *Infopaq II*, r.o. 55-57.

²⁶⁶ Arrest van 5 juni 2014, *Public Relations Consultants/Newsaper Licensing Agency*, C-360/13, ECLI:EU:C:2014:1195 (hieronder: *Public Relations*).

²⁶⁷ *Public Relations*, r.o. 53.

²⁶⁸ *Ibid.*, r.o. 55.

Voorts schaden de kopieën de wettige belangen van auteursrechthebbenden niet onredelijk, aangezien de uitgevers van de internetsites reeds toestemming moeten verkrijgen voor de publieke mededelingen die zij verrichten en het niet gerechtvaardigd is om van de internetgebruikers te eisen dat zij een andere toestemming verkrijgen.²⁶⁹ Ten slotte vormt het maken van de kopieën een deel van het raadplegen van internetsites en doet dit geen afbreuk aan de normale exploitatie van de werken. Het maken van kopieën op het scherm en in de cache voldoet dus aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn.²⁷⁰

90. Het Hof oordeelt in de zaak *ACI Adam*²⁷¹ dat artikel 5, lid 2, sub b) *juncto* lid 5 Infosoc-richtlijn in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling die geen onderscheid maakt tussen de situatie waarin de bron van een voor privégebruik vervaardigde reproductie geoorloofd is, en de situatie waarin deze bron ongeoorloofd is.²⁷² In deze zaak past het Hof de tweede en derde voorwaarde van de driestappentoets rechtstreeks toe op de nationale wettelijke regeling. Met betrekking tot de tweede stap zou deze regeling de verspreiding van nagemaakte of vervalste werken kunnen aanmoedigen en daardoor noodzakelijkerwijze de omvang van legale transacties verminderen, zodat afbreuk zou worden gedaan aan de normale exploitatie van de beschermde werken. Gelet op de derde stap kan de toepassing van een dergelijke regeling een ongerechtvaardigd nadeel opleveren voor de houders van het auteursrecht.²⁷³

91. In de zaak *VCAST*²⁷⁴ komt het Hof tot de conclusie dat artikel 5, lid 2, sub b) Infosoc-richtlijn in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling die toelaat dat een commerciële onderneming het opslaan van privékopieën van auteursrechtelijk beschermde werken in de *cloud* aanbiedt aan particulieren zonder toestemming van de auteursrechthebbende. Bijgevolg moet niet meer worden nagegaan of er voldaan is aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn.²⁷⁵

92. In de zaak *Ulmer* vermeldt het Hof opnieuw dat de beperkingen en uitzonderingen bovendien de voorwaarden van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn moeten eerbiedigen.²⁷⁶ Ook in een aantal latere conclusies van verschillende advocaten-generaal wordt het principe herhaald dat de beperkingen en

²⁶⁹ *Public Relations*, r.o. 56-59.

²⁷⁰ *Ibid.*, r.o. 62.

²⁷¹ Arrest van 10 april 2014, *ACI Adam e.a./Stichting de Thuis kopie*, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 (hieronder: *ACI Adam*).

²⁷² *ACI Adam*, r.o. 58.

²⁷³ *Ibid.*, r.o. 38-40.

²⁷⁴ Arrest van 29 november 2017, *VCAST/RTI*, C-265/16, ECLI:EU:C:2017:913 (hieronder: *VCAST*).

²⁷⁵ *VCAST*, r.o. 53-54.

²⁷⁶ *Ulmer*, r.o. 56-57.

uitzonderingen bovendien aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn moeten voldoen.²⁷⁷ Een aantal advocaten-generaal maken in hun conclusies een concrete afweging of er al dan niet is voldaan aan de voorwaarden van de driestappentoets.²⁷⁸

. De driestappentoets is relevant op het niveau van nationale implementatie

93. Het Hof heeft in een aantal uitspraken verwezen naar de relevantie van de driestappentoets bij de implementatie van de beperkingen en uitzonderingen van de Infosoc-richtlijn in de lidstaten. De advocaat-generaal in de zaak *Stichting de ThuisKopie*²⁷⁹ formuleert als eerste een expliciet antwoord op de vraag naar de geadresseerde van de driestappentoets. De driestappentoets is in zijn algemeenheid gericht tot de nationale wetgevers, die deze moeten uitvoeren bij de implementatie van de in artikel 5 Infosoc-richtlijn opgenomen beperkingen en uitzonderingen in het nationale recht.²⁸⁰ Wanneer nationale bepalingen echter dubbelzinnig zijn of ruimte laten voor verschillende uitkomsten, moet de nationale rechter ze uitleggen in het licht van die test. Hoewel het dus in de eerste plaats om een tot de wetgever gericht voorschrift gaat, moet ook de nationale rechter de driestappentoets toepassen om te verzekeren dat de praktische toepassing van de in het nationale recht overgenomen beperkingen en uitzonderingen binnen de bij artikel 5 vastgestelde grenzen blijft.²⁸¹ Het nationale recht moet zodanig worden uitgelegd dat de naleving van de driestappentoets is gegarandeerd.²⁸² Het Hof heeft voorsnog dit antwoord op de vraag naar de geadresseerden niet expliciet overgenomen in zijn rechtspraak.

94. Volgens de conclusie van de advocaat-generaal in de zaak *ACI Adam* is de uitlegging van de uitzondering voor privégebruik van artikel 5, lid 2, sub b) Infosoc-richtlijn onlosmakelijk verbonden met die van artikel 5, lid 5 van deze richtlijn. Deze bepaling stelt de invoering van de beperkingen en

²⁷⁷ Conclusie van advocaat-generaal V. Trstenjak van 12 april 2011 in het arrest *Painer*, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:239, nr. 148; Conclusie van advocaat-generaal M. Wathelet van 7 juli 2016 in het arrest *Soulier en Doke*, C-301/15, ECLI:EU:C:2016:536, nr. 29; Conclusie van advocaat-generaal M. Campos Sánchez-Bordona van 8 december 2016 in het arrest *Stichting Brein*, C-527/15, ECLI:EU:C:2016:938, nr. 73, Conclusie van advocaat-generaal M. Campos Sánchez-Bordona van 25 april 2018 in het arrest *Renckhoff*, C-161/17, ECLI:EU:C:2018:279, nr. 122.

²⁷⁸ Conclusie van advocaat-generaal P. Cruz Villalón van 9 januari 2014 in het arrest *ACI Adam*, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:1, nr. 83; Conclusie van advocaat-generaal M. Campos Sánchez-Bordona van 8 december 2016 in het arrest *Stichting Brein*, C-527/15, ECLI:EU:C:2016:938, nr. 75-81; Conclusie van advocaat-generaal M. Campos Sánchez-Bordona van 25 april 2018 in het arrest *Renckhoff*, C-161/17, ECLI:EU:C:2018:279, nr. 122-128.

²⁷⁹ Arrest van 16 juni 2011, *Stichting de ThuisKopie/Opus*, C-462/09, ECLI:EU:C:2011:397 (hieronder: *Stichting de ThuisKopie*).

²⁸⁰ Conclusie van advocaat-generaal N. Jääskinen van 10 maart 2011 in het arrest *Stichting de ThuisKopie*, C-462/09, ECLI:EU:C:2011:133 (hieronder: Conclusie *Stichting de ThuisKopie*), nr. 41.

²⁸¹ Conclusie *Stichting de ThuisKopie*, nr. 42.

²⁸² *Ibid.*, nr. 59.

uitzonderingen afhankelijk van een driedubbele voorwaarde.²⁸³ De invoering door de nationale wetgevers van de uitzondering voor privégebruik moet in ieder geval in overeenstemming zijn met de voorschriften van deze uitzondering zelf, maar ook, en tegelijkertijd, beantwoorden aan de vereisten van de driestappentoets, met inachtneming van de internationale verplichtingen. De advocaat-generaal stelt dat dit ook geldt voor de toepassing van deze uitzondering door de nationale rechters. “In tegenstelling tot hetgeen de Nederlandse regering betoogt, richten de bepalingen van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn zich niet enkel tot de nationale wetgever.”²⁸⁴ Volgens de advocaat-generaal moet de zeer nauwkeurige afbakening van de beperkingen en uitzonderingen in artikel 5 Infosoc-richtlijn worden opgevat als de tenuitvoerlegging van de driestappentoets zelf. De nauwkeurige definitie van deze bepalingen streeft ernaar te beantwoorden aan de eerste stap van de driestappentoets. De uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik dient derhalve door de lidstaten te worden gemodelleerd en door de nationale rechterlijke instanties te worden toegepast met inachtneming van de vereisten die voortvloeien uit de beperking van haar werkingsfeer tot bijzondere gevallen.²⁸⁵ Wanneer de lidstaten de uitzondering voor privégebruik in hun nationale recht invoeren, dienen zij te voorzien in de betaling van een billijke compensatie aan de rechthebbenden. Dit vereiste past binnen de derde stap van de driestappentoets. Daartegenover moet worden vastgesteld dat de Infosoc-richtlijn geen enkele expliciete verwijzing bevat naar de tweede stap van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn, waardoor het Hof de kans kreeg om zich over dit punt uit te spreken, en zich in de mate waarin mogelijk te laten inspireren door de internationale praktijk.²⁸⁶ Het Hof heeft echter van deze gelegenheid geen gebruik gemaakt om duidelijkheid te scheppen omtrent de geadresseerde van de driestappentoets.

95. Het Hof en enkele advocaten-generaal hebben in een aantal zaken herhaald dat de invoering van de beperkingen en uitzonderingen in de nationale rechtsordes afhankelijk is van de drie voorwaarden van de driestappentoets. Zo stelt de advocaat-generaal in de zaak *Painer*²⁸⁷ dat de beperkingen en uitzonderingen van artikel 5, lid 3 Infosoc-richtlijn facultatief zijn. De lidstaten zijn vrij om te beslissen of zij de genoemde beperkingen en uitzonderingen invoeren in hun nationale wetgeving en kunnen in beginsel ook zelf uitmaken hoe zij deze bepalingen vormgeven. Daarbij dienen zij echter wel bepaalde voorwaarden en minimumeisen in acht te nemen. De beperkingen en uitzonderingen moeten hoe dan ook aan de driestappentoets van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn voldoen, wat de

²⁸³ Conclusie van advocaat-generaal P. Cruz Villalón van 9 januari 2014 in het arrest *ACI Adam*, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:1 (hieronder: Conclusie *ACI Adam*), nr. 37 en 46.

²⁸⁴ Conclusie *ACI Adam*, nr. 48.

²⁸⁵ *Ibid.*, nr. 50-53.

²⁸⁶ *Ibid.*, nr. 54-55.

²⁸⁷ Arrest van 1 december 2011, *Eva-Maria Painer/Standard VerlagsGmbH*, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (hieronder: *Painer*).

verwijzende rechter moet nagaan indien aan de voorwaarden van de beperking of uitzondering zelf is voldaan.²⁸⁸

96. De verwijzende rechter in de zaak *Stichting de Thuiskopie* wenste te vernemen of de bepalingen van de Infosoc-richtlijn criteria bevatten op grond waarvan kan worden vastgesteld wie de schuldenaar van de billijke compensatie is voor de uitzondering voor privégebruik.²⁸⁹ Volgens het Hof stelt artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn de invoering van deze uitzondering evenwel afhankelijk van drie voorwaarden, wat herhaald wordt in de conclusie van de advocaat-generaal in de zaak *Copydan*.²⁹⁰ Gelet op de derde stap dienen de lidstaten die deze uitzondering in hun nationale recht invoeren volgens artikel 5, lid 2, sub b) Infosoc-richtlijn te voorzien in de betaling van een billijke compensatie aan de rechthebbenden. De Infosoc-richtlijn regelt niet uitdrukkelijk wie deze compensatie moet betalen, zodat de lidstaten hieromtrent een grote marge van vrijheid hebben.²⁹¹ De advocaat-generaal in de zaak *Copydan* voegt hieraan toe dat de lidstaten bij het bepalen van deze compensatie binnen de door het recht van de Unie vastgestelde grenzen moeten blijven, en dus onder andere de voorwaarden van de bij artikel 5, lid 5 vastgestelde driestappentoets moeten eerbiedigen.²⁹²

97. Ook een aantal navolgende zaken stellen uitdrukkelijk voorop dat de driestappentoets de beoordelingsmarge van de lidstaten beperkt wat betreft het invoeren van beperkingen en uitzonderingen in hun nationale wetgeving. De zaak *Painer* handelt onder meer over de uitzondering van artikel 5, lid 3, sub e) Infosoc-richtlijn omtrent het gebruik van een auteursrechtelijk beschermd werk ten behoeve van de openbare veiligheid. Aangezien de Infosoc-richtlijn niet aangeeft in welke omstandigheden een belang van de openbare veiligheid kan worden ingeroepen, beschikken de lidstaten die besluiten een dergelijke uitzondering vast te leggen over een ruime beoordelingsmarge.²⁹³ Deze beoordelingsmarge van de lidstaten wanneer zij gebruikmaken van de optionele uitzonderingen moet echter worden uitgeoefend binnen de door het recht van de Unie opgelegde grenzen, meer bepaald met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel en het hoog beschermingsniveau ten gunste van de auteurs. Daarnaast moet er rekening worden gehouden met het vereiste van rechtszekerheid voor auteurs en worden de beperkingen en uitzonderingen volgens vaste rechtspraak

²⁸⁸ Conclusie van advocaat-generaal V. Trstenjak van 12 april 2011 in het arrest *Painer*, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:239, nr. 148; 158.

²⁸⁹ *Stichting de Thuiskopie*, r.o. 18.

²⁹⁰ Conclusie van advocaat-generaal P. Cruz Villalón van 18 juni 2014 in het arrest *Copydan*, C-463/12, ECLI:EU:C:2014:2001 (hieronder: Conclusie *Copydan*), nr. 25

²⁹¹ *Stichting de Thuiskopie*, r.o. 21-23; 33.

²⁹² Conclusie *Copydan*, nr. 30.

²⁹³ *Painer*, r.o. 101-103.

eng uitgelegd.²⁹⁴ Tot slot wordt de aan de lidstaten toekomende beoordelingsvrijheid beperkt door artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn, dat aan de invoering van de uitzondering van artikel 5, lid 3, sub e) van die richtlijn drie voorwaarden koppelt.²⁹⁵ Het Hof concludeert dat alleen de Staat door het treffen van passende maatregelen gemachtigd is om een dergelijk doel van algemeen belang te bereiken. Een uitgever mag dus niet op eigen initiatief een auteursrechtelijk beschermd werk gebruiken door een beroep te doen op een doel van openbare veiligheid.²⁹⁶

98. In haar Advies 3/15 stelt het Hof dat de beoordelingsmarge van de lidstaten om een beperking of uitzondering ten behoeve van mensen met een handicap in te voeren onder andere beperkt wordt door de drie voorwaarden van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn.²⁹⁷ In de zaken *Funke Medien*²⁹⁸ en *Spiegel Online*²⁹⁹ bevestigt het Hof dat de discretionaire ruimte van de lidstaten bij de tenuitvoerlegging van de beperkingen en uitzonderingen wordt afgebakend door artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn dat de toepassing van dergelijke beperkingen of uitzonderingen aan drie voorwaarden onderwerpt.³⁰⁰

. De driestappentoets bevat slechts een precisering van de reikwijdte van de beperkingen en uitzonderingen en definieert niet hun materiële inhoud

99. In een reeks van uitspraken stelt het Hof van Justitie dat artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn slechts de reikwijdte van de beperkingen en uitzonderingen preciseert. In de zaak *OSA*³⁰¹ komt het Hof tot de conclusie dat een regeling die het recht van auteurs uitsluit om de mededeling van hun werken via radio of televisie in een commerciële kuurinrichting toe te staan of te verbieden, niet toegelaten is onder het publieke mededelingsrecht van artikel 3, lid 1 Infosoc-richtlijn. Artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn kan geen afbreuk doen aan deze uitlegging. De driestappentoets legt ten slotte niet de beperkingen of uitzonderingen vast die de lidstaten kunnen stellen ten aanzien van het publieke mededelingsrecht, maar bevat slechts een precisering van de reikwijdte van deze beperkingen en uitzonderingen.³⁰² De advocaat-generaal in deze zaak had benadrukt dat artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn niet relevant is voor

²⁹⁴ *Painer*, r.o. 104-109.

²⁹⁵ *Ibid.*, r.o. 110.

²⁹⁶ *Ibid.*, r.o. 111-112.

²⁹⁷ Advies 3/15 van 14 februari 2017, EU:C:2017:114, r.o. 125.

²⁹⁸ Arrest van 29 juli 2019, *Funke Medien/Bundesrepublik Deutschland*, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 (hieronder: *Funke Medien*).

²⁹⁹ Arrest van 29 juli 2019, *Spiegel Online/Volker Beck*, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (hieronder: *Spiegel Online*).

³⁰⁰ *Funke Medien*, r.o. 52, *Spiegel Online*, r.o. 30; 37; 39.

³⁰¹ Arrest van 27 februari 2014, *OSA/Léčebné lázně*, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 (hieronder: *OSA*).

³⁰² *OSA*, r.o. 40-41.

zover de beperkingen en uitzonderingen van de Infosoc-richtlijn geen toepassing vinden, aangezien de driestappentoets louter het toepassingsgebied van deze bepalingen verengt.³⁰³

100. Volgend uit haar bewoordingen, zo stelt het Hof in de zaak *ACI Adam*, geeft de driestappentoets van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn enkel een nadere precisering van de voorwaarden voor toepassing van de door artikel 5, lid 2 toegestane beperkingen van en uitzonderingen op het reproductierecht. Artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn definieert dus niet de materiële inhoud van de verschillende uitzonderingen en beperkingen, maar speelt pas een rol op het moment waarop deze door de lidstaten worden toegepast. Bijgevolg is de driestappentoets niet bedoeld om effect te hebben op de materiële inhoud van de onder artikel 5, lid 2 vallende bepalingen, en met name niet om de reikwijdte van de daarin voorziene uitzonderingen en beperkingen uit te breiden.³⁰⁴ De advocaat-generaal in deze zaak had vermeld dat artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn niet toestaat dat de reikwijdte van de uitzondering voor privégebruik wordt uitgebreid.³⁰⁵

101. Het principe vooropgesteld in *ACI Adam* wordt door het Hof vervolgens herhaald in een aantal uitspraken. In de zaak *Copydan*³⁰⁶ valt één van de prejudiciële vragen omtrent de uitzondering voor kopiëren voor privégebruik niet binnen de werkingssfeer van artikel 5, lid 2, sub b) Infosoc-richtlijn. Deze bepaling moet derhalve niet worden gelezen in het licht van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn. De driestappentoets is immers niet bedoeld om effect te hebben op de materiële inhoud van de onder artikel 5, lid 2 vallende bepalingen, en met name niet om de reikwijdte van de daarin voorziene beperkingen en uitzonderingen uit te breiden.³⁰⁷ Ook in *Ulmer* bevestigt het Hof dat artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn niet bedoeld is om de reikwijdte van de in artikel 5, lid 2 Infosoc-richtlijn voorziene beperkingen en uitzonderingen uit te breiden.³⁰⁸

102. Het Hof verwijst in de zaken *Pelham*³⁰⁹ en *Spiegel Online* naar haar vorige rechtspraak en stelt dat geen enkele bepaling van de Infosoc-richtlijn voorziet in de mogelijkheid voor de lidstaten om het toepassingsgebied van de beperkingen en uitzonderingen uit te breiden.³¹⁰ De advocaat-generaal in *Pelham* herhaalt ook dat de driestappentoets van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn de beperkingen en

³⁰³ Conclusie van advocaat-generaal E. Sharpston van 14 november 2013 in het arrest *OSA*, C-351/12, ECLI:EU:C:2013:749, nr. 35.

³⁰⁴ *ACI Adam*, r.o. 24-26.

³⁰⁵ Conclusie *ACI Adam*, nr. 49.

³⁰⁶ Arrest van 5 maart 2015, *Copydan/Nokia*, C-463/12, ECLI:EU:C:2015:144 (hieronder: *Copydan*).

³⁰⁷ *Copydan*, r.o. 88-89.

³⁰⁸ *Ulmer*, r.o. 47.

³⁰⁹ Arrest van 29 juli 2019, *Pelham/Hütter*, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (hieronder: *Pelham*).

³¹⁰ *Pelham*, r.o.62-64; *Spiegel Online*, r.o. 48.

uitzonderingen die van toepassing zijn op de uitsluitende rechten beperkt. De test kan daarentegen niet worden opgevat als toestemming om beperkingen of uitzonderingen in te voeren waarin niet is voorzien, of om de reikwijdte van bestaande beperkingen of uitzonderingen uit te breiden op grond dat die geen ongunstige invloed hebben op de normale exploitatie van werken of ander materiaal, of op de legitieme belangen van de rechthebbenden.³¹¹

103. De advocaat-generaal in de zaak *VCAST* stelt dat artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn een beperking inhoudt van het recht van de lidstaten om de beperkingen en uitzonderingen in hun nationale wetgeving op te nemen.³¹² Artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn moet ook in aanmerking worden genomen bij de beantwoording van de vraag of een dienst zoals aangeboden door *VCAST* naar het nationale recht kan vallen onder de uitzondering op het reproductierecht van artikel 5, lid 2, sub b) van die richtlijn.³¹³ Na een concrete afweging is de advocaat-generaal van mening dat deze diensten niet in overeenstemming zijn met de vereisten van de driestappentoets.³¹⁴

. De driestappentoets draagt bij aan een rechtvaardig evenwicht tussen conflicterende belangen

104. In haar meest recente rechtspraak benadrukt het Hof van Justitie dat artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn bijdraagt aan een rechtvaardig evenwicht tussen uiteenlopende belangen. Deze evolutie is ook weergegeven in Richtlijn (EU) 2019/790 van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt.³¹⁵ Overweging 6 stelt immers: “De bij deze richtlijn ingestelde uitzonderingen en beperkingen beogen een billijk evenwicht te bewerkstelligen tussen de rechten en belangen van auteurs en andere rechthebbenden enerzijds, en die van gebruikers anderzijds. Zij kunnen alleen worden toegepast in bepaalde bijzondere gevallen die geen afbreuk doen aan de normale exploitatie van de werken of andere materialen en die de rechtmatige belangen van de rechthebbenden niet onredelijk schaden.”

105. Het Hof vermeldt voor het eerst in de zaak *Funke Medien* dat artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn bijdraagt aan het rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen tussen de verschillende categorieën

³¹¹ Conclusie van advocaat-generaal M. Szpunar van 12 december 2019 in het arrest *Pelham*, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002, nr. 58.

³¹² Conclusie van advocaat-generaal M. Szpunar van 7 september 2017, in het arrest *VCAST*, C-265/16, ECLI:EU:C:2017:649 (hieronder: Conclusie *VCAST*), nr. 57.

³¹³ Conclusie *VCAST*, nr. 59.

³¹⁴ *Ibid.*, nr. 60-69.

³¹⁵ Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG, *Pb.L* 130, 17 mei 2019, 92-125.

rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal, zoals in overweging 31 van de Infosoc-richtlijn wordt gespecificeerd.³¹⁶ Het Hof bevestigt dit in de uitspraak *Spiegel Online* en voegt daaraan toe dat de lidstaten bij de tenuitvoerlegging van de Infosoc-richtlijn de nuttige werking van de beperkingen en uitzonderingen dienen te handhaven en het doel daarvan in acht te nemen teneinde dit rechtvaardig evenwicht te waarborgen.³¹⁷

106. In de zaak *Pelham* komt het Hof tot de conclusie dat een lidstaat in geen andere beperkingen van of uitzonderingen op het in artikel 2, sub c) Infosoc-richtlijn neergelegde recht van fonogramproducenten mag voorzien dan diegene die vastgesteld zijn in artikel 5 van die richtlijn.³¹⁸ In *Pelham* en *Spiegel Online* stelt het Hof dat de harmonisatie die de Infosoc-richtlijn tot stand brengt, gericht is op de waarborging van een rechtvaardig evenwicht tussen enerzijds de belangen van auteursrechthebbenden bij bescherming van hun door artikel 17, lid 2 van het Handvest van de Grondrechten gewaarborgde recht op intellectuele eigendom en anderzijds de bescherming van de belangen en fundamentele rechten van de gebruikers van beschermd materiaal, in het bijzonder hun door artikel 11 van het Handvest gewaarborgde vrijheid van meningsuiting en informatievrijheid, alsmede van het algemeen belang.³¹⁹ Artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn draagt ook bij aan dit rechtvaardige evenwicht en de lidstaten zijn gehouden om deze beperkingen en uitzonderingen op coherente wijze toe te passen.³²⁰

107. In zijn conclusie in de zaak *Spiegel Online* had de advocaat-generaal aangehaald dat het toestaan dat een citaat de plaats inneemt van het origineel in strijd is met de vereisten van de driestappentoets waarin zowel artikel 9, lid 2 Berner Conventie als artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn voorzien.³²¹

d. Discussie in de rechtsleer

108. In de Europese literatuur is reeds veel inkt gevloeid over de vraag naar de geadresseerde van de driestappentoets van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn. Welke autoriteiten moeten de conformiteit van een beperking of uitzondering met de voorwaarden van de driestappentoets nagaan? Sommige auteurs

³¹⁶ *Funke Medien*, r.o. 61.

³¹⁷ *Spiegel Online*, r.o. 36; 46.

³¹⁸ *Pelham*, r.o. 65.

³¹⁹ *Pelham*, r.o. 32; *Spiegel Online*, r.o. 42.

³²⁰ *Pelham*, r.o. 62; *Spiegel Online*, r.o. 46-48.

³²¹ Conclusie van advocaat-generaal M. Szpunar van 10 januari 2019 in het arrest *Spiegel Online*, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:16, nr. 50.

menen dat dit louter een bevoegdheid van de wetgever is wanneer deze een nieuwe uitzondering in de wet introduceert. Anderen menen dat ook de hoven en rechtbanken op grond van de driestappentoets de legitimiteit van een uitzondering met de test kunnen nagaan. Op nationaal vlak wordt veelal gesproken over uitzonderingen op het auteursrecht,³²² dus zal in het volgende deel van de tekst het begrip “uitzondering” verwijzen naar de implementatie van de beperkingen en uitzonderingen van de Infosoc-richtlijn in nationaal recht.

i. De wetgever is de enige geadresseerde van de driestappentoets

109. Indien de driestappentoets louter aan de wetgever is gericht, komt deze test pas tussenbeide wanneer een bepaalde hypothese als uitzondering in de wet wordt vastgelegd.³²³ De driestappentoets is dan in wezen een instrument van de wetgever om het noodzakelijke evenwicht tussen de belangen van auteurs, naast de belangen van gebruikers en de maatschappij te bereiken. De wetgever ijkt de conformiteit van de uitzonderingen met de toets *a priori* op abstracte wijze, buiten elk reëel en concreet conflict tussen auteursrechthebbenden en toekomstige begunstigden van de uitzondering om.³²⁴ Wanneer een uitzondering voldoet aan de wettelijke voorwaarden, kan de rechter in een later geschil de conformiteit van deze bepaling met de driestappentoets niet meer betwisten.³²⁵

110. Enkele auteurs zijn – op grond van uiteenlopende argumenten – van mening dat de wetgever de enige geadresseerde van de driestappentoets is. De driestappentoets is historisch gezien een compromis tussen staten met verschillende rechtstradities en vormde de bevestiging van de geldigheid van de bestaande uitzonderingen in het licht van de Berner Conventie en de TRIPs-overeenkomst.³²⁶ Dit intentioneel vaag diplomatisch compromis is derhalve volgens sommigen niet geschikt voor een toepassing door de rechter.³²⁷ Volgens LEONARD wijst het begrip “toepassen” van artikel 5, lid 5 en overweging 44 Infosoc-richtlijn in de eerste plaats op een invoeging van een regel van EU-recht in de nationale rechtsordes. Hij ziet geen aanwijzingen voor een ruime lezing, waarbij een toepasselijke regel rechtstreeks zou erkend worden in de nationale wetgeving onder toezicht van de rechter.³²⁸ Het onderscheid naar geadresseerde kan ook gemaakt worden naargelang de verschillende stappen van

³²² S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur*, 426-427, nr. 545-546.

³²³ S. DUSOLLIER, “L'encadrement des exceptions”, (212) 214.

³²⁴ T.H. LEONARD, “Le test confié au juge”, (209) 211.

³²⁵ S. DUSOLLIER, “L'encadrement des exceptions”, (212) 214.

³²⁶ P.B. HUGENHOLTZ en R. OKEDIJI, *Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright* (final report), Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam en University of Minnesota Law School, 6 maart 2008, (1) 18.

³²⁷ K. KOELMAN, “Fixing the three step test”, *European Intellectual Property Review* 2006, Vol. 28, nr. 8, (407) (hieronder: K. KOELMAN, “Fixing the three step test”) 407; R. BURRELL en A. COLEMAN, *Copyright Exceptions. The Digital Impact*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 (hieronder: R. BURRELL en A. COLEMAN, *Copyright Exceptions*), 298.

³²⁸ T.H. LEONARD, “Le test confié au juge”, (209) 214-215.

de toets. Zo wordt verdedigd dat de eerste stap zich enkel tot de wetgever richt, maar dat de tweede en derde stap door de rechter mogen worden toegepast.³²⁹

ii. De wetgever en de rechter zijn de geadresseerden van de driestappentoets

111. Een aantal auteurs hechten veel belang aan het gebruik van het begrip “toepassen” in de Infosoc-richtlijn en concluderen op basis van dit tekstueel argument dat de rechter de geadresseerde van de driestappentoets is.³³⁰ Deze stelling zou het best stroken met de wil van de Europese wetgever, die van de driestappentoets een soort van “*garde-fou permanent*” wil maken.³³¹ ARNOLD en ROSATI leiden uit de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie af dat de driestappentoets van de Infosoc-richtlijn, in tegenstelling tot de internationaalrechtelijke driestappentoets, ook gericht is aan de nationale hoven en rechtbanken bij hun beoordeling of een bepaald gebruik vatbaar is voor bescherming onder de relevante nationale uitzonderingen, en dit onafhankelijk van het feit of het toepasselijke nationale recht expliciet melding maakt van de driestappentoets.³³²

112. Volgens SASSERATH lijkt een concrete toepassing van de driestappentoets door de rechter vereist. Het nationale recht kan slechts worden toegepast in overeenstemming met het EU-recht, waaronder ook de driestappentoets van de Infosoc-richtlijn. De nationale rechter kan dus niet van deze toets afzien en moet de conformiteit van een uitzondering met de driestappentoets in een concreet geval nagaan, althans voor zover de regels betreffende de beginselen van uitlegging in overeenstemming met het EU-recht dat toestaan. Een richtlijnconforme uitlegging is namelijk niet mogelijk *contra legem*.³³³

113. Volgens een bepaalde strekking in de rechtsleer lijkt enkel een benadering *in abstracto* gerechtvaardigd indien de rechter, evenals de wetgever, de adressant is van de driestappentoets.³³⁴ De rechter kan de legitimiteit van een door de wet erkende uitzondering enkel op een algemene en abstracte wijze beoordelen. Wanneer een bepaald gebruik aan de wettelijke voorwaarden van een uitzondering voldoet, kan de rechter dit gebruik niet langer aan de criteria van de driestappentoets

³²⁹ H. VANHEES, *Handboek*, 57-58.

³³⁰ M. BUYDENS, “La nouvelle directive”, (429) 442, nr. 39; H. COHEN JEHORAM, “Nu de gevolgen van trouw en ontrouw aan de Auteursrechtlijn voor fair use, tijdelijke reproductie en driestappentoets”, *AMI* 2005, Vol. 5, (153) 159; S. DUSOLLIER, *Droit d’auteur*, 440-441, nr. 463; C. ZOLYNSKI, “Pouvoirs du juge”, (107) 110.

³³¹ J-P. TRIAILLE, “La directive sur le droit d’auteur du 22 mai 2001 et l’acquis communautaire” *AM* 2002, (8) 11.

³³² R. ARNOLD en E. ROSATI, “The addressees”, (741) 747.

³³³ O. SASSERATH, “Les exceptions au droit de communication au public”, *IRDI* 2015, nr. 4, (290) 304.

³³⁴ S. DUSOLLIER, “L’encadrement des exceptions”, (212) 222; H. VANHEES, *Handboek*, 57-58.

afwegen.³³⁵ De hoven en rechtbanken kunnen de test louter gebruiken om bij wijze van uitlegging vast te stellen of een wettelijke uitzonderingsbepaling al dan niet van toepassing is. Een dergelijke tussenkomst van de rechter bij de interpretatie van de draagwijdte van een uitzondering is dus enkel mogelijk wanneer de tekst van de wet niet duidelijk is en een interpretatie door de rechter verlangt.³³⁶ De rechter kan de driestappentoets niet laten meespelen bij de beoordeling of een uitzondering in een concrete situatie toepassing kan vinden en kan niet aan de voorwaarden van de wet toevoegen dat er *in concreto* geen sprake was van een inbreuk op de criteria van de driestappentoets.³³⁷ Volgens deze strekking geldt deze redenering ook voor de hoven en rechtbanken in rechtstelsels waar de wetgever de driestappentoets niet in de nationale wetgeving heeft geïncorporeerd.³³⁸

114. Een aantal auteurs waarschuwen voor de toepassing van een algemene beoordeling *in abstracto* door de hoven en rechtbanken, waarbij de rechter op algemene wijze een oordeel velst over de validiteit van een uitzondering zonder zich te beperken tot het voorliggende geval.³³⁹ Het is niet ongebruikelijk dat de hoven en rechtbanken de draagwijdte van een rechtsregel verduidelijken, maar de rechterlijke toepassing van de driestappentoets zou echter verder gaan dan de gebruikelijke uitlegging van een bepaald woord of een bepaalde uitdrukking om de draagwijdte van de rechtsregel te begrijpen. Het gevaar bestaat erin dat rechters de draagwijdte van subjectieve rechten wijzigen op grond van een algemene en abstracte economische beoordeling *a posteriori*. De rechter die de wet interpreteert, zou op dat moment veranderen in een rechter die wetten uitvaardigt.³⁴⁰

. Nadelen van een rechterlijke toepassing van de driestappentoets

115. De rechterlijke toepassing van de driestappentoets heeft enkele nadelige gevolgen. Zo wordt de werkingssfeer van de uitzonderingen beperkt indien deze afhankelijk zijn van de criteria van de driestappentoets.³⁴¹ Indien de beperkingen en uitzonderingen van de Infosoc-richtlijn worden opgenomen en nader gespecificeerd in de nationale wetgeving, kunnen deze specifieke nationale uitzonderingen nog steeds worden aangevochten op grond dat zij onverenigbaar zijn met de

³³⁵ S. DUSOLLIER, "L'encadrement des exceptions", (212) 214; 222.

³³⁶ H. VANHEES, *Handboek*, 57-58.

³³⁷ J-P. TRIAILLE, "La directive sur le droit d'auteur du 22 mai 2001 et l'acquis communautaire" *AM* 2002, (8) 11; S. DUSOLLIER, "L'encadrement des exceptions", (212) 216-217; 222; H. VANHEES, *Handboek*, 57-58.

³³⁸ S. DUSOLLIER, "L'encadrement des exceptions", (212) 222.

³³⁹ C. GEIGER, "The Three-Step Test, a Threat?" (683) 694.

³⁴⁰ T.H. LEONARD, "Le test confié au juge", (209) 219-220.

³⁴¹ S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur*, 441, nr. 563.

driestappentoets.³⁴² Bepalingen die reeds in een rigide nationaal kader zijn ingebed, kunnen nog verder worden beperkt door een beroep te doen op de driestappentoets.³⁴³ Aangezien niet met zekerheid vast te stellen valt of een beoogd gebruik al dan niet vrijgesteld wordt door de werking van een uitzondering, is er ook een gebrek aan rechtszekerheid.³⁴⁴ Een gebruik dat volgens de letter van de wet onder de toepassing van een uitzondering valt, zou door de hoven en rechtbanken *a posteriori* ongeldig kunnen worden verklaard op grond van de driestappentoets. De rechter zou geval per geval de reikwijdte van de auteursrechtelijke bescherming kunnen bepalen, naast de betekenis en draagwijdte van de driestappentoets zelf.³⁴⁵

. Voordelen van een rechterlijke toepassing van de driestappentoets

116. Naast de nadelen, werden ook de mogelijkheden en positieve aspecten van een rechterlijke toepassing van de driestappentoets besproken in de Europese literatuur. Deze test zou immers een instrument van flexibiliteit kunnen zijn om technologische ontwikkelingen in acht te nemen.³⁴⁶ Nationale wetgevers en waar van toepassing, nationale hoven en rechtbanken, zouden de driestappentoets in een flexibele en toekomstgerichte wijze kunnen hanteren.³⁴⁷ De rechter kan de wetgever niet vervangen, maar kan wel een evenwichtige toepassing van de beperkingen en uitzonderingen verzekeren. Een flexibele lezing van de driestappentoets zou weliswaar opnieuw kunnen leiden tot rechtsonzekerheid. Enkel in uitzonderlijke omstandigheden zou een bepaalde openheid en flexibiliteit verkieslijk kunnen zijn om het systeem van beperkingen en uitzonderingen te verfijnen en aan te passen aan nieuwe omstandigheden.³⁴⁸ De mogelijkheid van een lezing van de driestappentoets als middel om flexibiliteit in het Europees auteursrechtlandschap te introduceren wordt verder besproken in het laatste hoofdstuk van deze verhandeling.³⁴⁹

³⁴² S. DUSOLLIER, "L'encadrement des exceptions", (212) 214.

³⁴³ M. SENFTLEBEN, "Overprotection and Protection Overlaps in Intellectual Property Law – the Need for Horizontal Fair Use Defences" in A. KUR en V. MIZARAS (eds.), *The Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All?*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011 (hieronder: M. SENFTLEBEN, "Horizontal Fair Use", elektronische kopie beschikbaar op <https://ssrn.com/abstract=1597123>).

³⁴⁴ S. DUSOLLIER, "L'encadrement des exceptions", (212) 214-215.

³⁴⁵ T.H. LEONARD, "Le test confié au juge", (209) 218-219.

³⁴⁶ S. DUSOLLIER, "L'encadrement des exceptions", (212) 216.

³⁴⁷ L. GUIBAULT e.a., *IViR Study*, 59.

³⁴⁸ C. GEIGER, "The Three-Step Test, a Threat?", (683) 698.

³⁴⁹ Zie *infra*, Hoofdstuk 4.4, nr. 186-192.

e. Omzetting in de lidstaten

117. Op het niveau van de EU-lidstaten zijn er verschillen qua implementatie van de driestappentoets van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn. Bepaalde lidstaten hebben de test niet in hun nationale wetgeving omgezet, andere hebben de driestappentoets rechtstreeks in hun nationale rechtsordes geïncorporeerd.³⁵⁰ Als een algemeen internationaal- en Unierechtelijk beginsel, is een omzetting in nationaal recht van de driestappentoets niet per se vereist vooraleer deze van toepassing is.³⁵¹ Een gebrek aan een expliciete implementatie van deze norm doet ook geen afbreuk aan het feit dat rechters het nationale recht richtlijnconform moeten interpreteren in het licht van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn.³⁵² Volgens een studie verricht door het Instituut voor Informatierecht erkent meer dan de helft van de lidstaten al dan niet expliciet dat de driestappentoets een norm is die de rechtbanken kunnen toepassen bij hun interpretatie van de beperkingen en uitzonderingen die erkend zijn in hun nationaal recht.³⁵³

i. België

118. De Belgische wetgever maakte de bewuste keuze om de driestappentoets niet om te zetten in nationaal recht, maar om louter naar de test te verwijzen in de memorie van toelichting van het wetsontwerp. Volgens het verslag namens de Commissie noodzaakt de driestappentoets op zich geen wijziging van de wetgeving op het vlak van de uitzonderingen. Wel is het zo dat, indien men nieuwe uitzonderingen zou invoeren in de Belgische wetgeving, men de driestappentoets dient te respecteren. De driestappentoets van de Infosoc-richtlijn is volgens het verslag in eerste instantie gericht aan de wetgever, wat echter niet belet dat hij ook als richtsnoer kan dienen voor de hoven en rechtbanken bij de toepassing van de wet.³⁵⁴

119. De wetgever spreekt zich hierbij dus expliciet uit over de vraag naar de geadresseerde van de driestappentoets, maar maakt geen resolute keuze tussen de wetgever en/of de rechter als adressant van de test. Deze stelling van de wetgever werd in de rechtsleer goedgekeurd, gelet op de rechtszekerheid van de keuze,³⁵⁵ maar ook bekritiseerd. Enerzijds lijken de opstellers van de wet zeker te zijn van de legitimiteit van de opgenomen wettelijke uitzonderingen. De gevolgtrekking is dat zij derhalve geen rechterlijke toepassing van de driestappentoets met betrekking tot deze wettelijke

³⁵⁰ K. KOELMAN, "Fixing the three step test", (407) 408.

³⁵¹ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 281.

³⁵² A. LUCAS, "Reasonable interpretation", (277) 277. Zie ook *supra*, nr. 18.

³⁵³ L. GUIBAULT e.a., *IViR Study*, 57.

³⁵⁴ Verslag namens de Commissie, *Parl. St. Kamer 2003-04*, nr. 51-1137/013, 15-16; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer 2003-04*, nr. 51-1137/001, 14-15.

³⁵⁵ S. DUSOLLIER, "L'encadrement des exceptions au droit d'auteur", (212) 216.

uitzonderingen voor ogen hadden. Anderzijds laten zij het aan de hoven en rechtbanken over om deze vastgestelde uitzonderingen te beoordelen door te stellen dat de driestappentoets, afwezig in het Belgische recht, maar aanwezig in de Infosoc-richtlijn, als richtsnoer kan dienen bij de toepassing van de wet.³⁵⁶

120. Voorts stelt het verslag dat het een slecht signaal zou zijn als de wetgever de driestappentoets in de wet zou opnemen. Dit zou erop kunnen wijzen dat de wetgever zelf niet zeker is dat de nationale uitzonderingen in overeenstemming zijn met de driestappentoets, met rechtsonzekerheid tot gevolg. Bovendien kan de rechter de nationale uitzonderingen rechtstreeks toetsen aan de Infosoc-richtlijn en is de test reeds opgenomen in de TRIPs-overeenkomst en de Berner Conventie. Het verslag bespreekt ook de vraag of de incorporatie van de driestappentoets zou neerkomen op een omkering van de bewijslast ten opzichte van de personen die genieten van de uitzonderingen. Thans dient een rechthebbende die betwist dat een gebruiker van een werk of een prestatie zich in de voorwaarden van een uitzondering bevindt, zulks ook aan te tonen aan de rechter. Indien de driestappentoets in de wet zelf zou ingevoegd worden, zou de vraag dienen gesteld te worden of iedereen die zich in een situatie bevindt die krachtens de wet van een uitzondering geniet, ook zou dienen te bewijzen dat die situatie de driestappentoets respecteert. Dat kan niet de bedoeling zijn volgens de wetgever. Het invoeren van de driestappentoets in de wet zou rechtsonzekerheid creëren of in elk geval het systeem van de uitzonderingen veel meer betwistbaar maken.³⁵⁷

121. Tijdens de debatten formuleerden bepaalde Kamerleden hun opvattingen over de incorporatie van de driestappentoets. Zo was een Kamerlid van mening dat wanneer de lidstaten ervoor kiezen om de optionele uitzonderingen in hun wetgeving te voorzien, zij volgens artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn ook verplicht zijn om de driestappentoets in hun wetgeving op te nemen.³⁵⁸ Een ander Kamerlid nam een tegenstrijdige stelling in, waarbij het niet zou volstaan om de driestappentoets gewoon over te nemen. De test is immers een stok achter de deur om te voorkomen dat de lidstaten te ver zouden gaan. Hij meende dat België niet te ver ging en de test dus niet in het intern recht moest opnemen. De driestappentoets in de richtlijn geldt enkel als controlemiddel.³⁵⁹ Beide stellingen komen terloops ter sprake en lijken niet onderbouwd te zijn door enige juridische argumentatie.

³⁵⁶ T.H. LEONARD, "Le test confié au juge", (209) 216.

³⁵⁷ Verslag, *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 51-1137/013, 15-16; 22.

³⁵⁸ Melchior Wathelet (cdH), Verslag, *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 51-1137/013, 45-46.

³⁵⁹ Philippe Monfils (MR), Verslag, *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 51-1137/013, 46.

122. Het wetsontwerp maakte slechts bij een aantal uitzonderingen melding van (elementen van) de driestappentoets. Een Kamerlid diende daarop een amendement in om een algemeen artikel in te voegen in het wetsontwerp waardoor alle uitzonderingen op het auteursrecht moesten voldoen aan de driestappentoets. Als verantwoording stelde zij dat de driestappentoets van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn uitdrukkelijk diende opgenomen te worden in het wetsontwerp.³⁶⁰ De invoering van een algemeen artikel zou de rechtszekerheid bevorderen en kunnen anticiperen op toekomstige ontwikkelingen. Toch werd de driestappentoets niet op algemene wijze geïncorporeerd in de Belgische wettekst. De verantwoordelijke minister meende dat de driestappentoets gebaseerd was op internationale wetgeving en dat volgens het adagium "*Pacta sunt servanda*" internationaal recht voorrang heeft op nationaal recht. De driestappentoets moet dus op basis van deze redenering in België nageleefd worden, zonder dat dit in Belgische wetgeving moet opgenomen worden. Een algemene incorporatie van de driestappentoets zou bovendien aanleiding kunnen geven tot interpretaties *a contrario* door de rechtbanken. Het Kamerlid was het oneens met deze argumentatie en meende dat de sporadische vermelding van de driestappentoets onhoudbaar was. Ofwel werd de driestappentoets bij geen enkele uitzondering vermeld, ofwel werd zij ondergebracht in een algemeen artikel van toepassing op alle uitzonderingen. Volgens de minister was de vermelding van bepaalde stappen van de driestappentoets in de Auteurswet een keuze van de toenmalige minister van Justitie. Bij een eventuele latere herziening van de Auteurswet kon er een coördinatie gebeuren op dit vlak. Dit was toen echter niet aan de orde omdat de minister zich wenste te beperken tot een loutere omzetting van de EU-richtlijn. De minister merkte ook op dat overleg met de Europese Commissie en met andere lidstaten had uitgewezen dat de driestappentoets best niet werd opgenomen in het intern recht.³⁶¹

123. Ondertussen is deze disparate aanpak van de wetgever, waarbij sommige uitzonderingen delen van de driestappentoets bevatten en andere niet, anno 2021 onveranderd gebleven. Enerzijds stellen drie uitzonderingen dat de reproductie en/of mededeling geen afbreuk mag doen aan de normale exploitatie van het werk en geen onredelijke schade mag berokkenen aan de wettige belangen van de auteur. Het gaat om de panorama-uitzondering³⁶² en de uitzondering ten behoeve van mensen met een handicap³⁶³ voor reproducties en mededelingen, naast de uitzondering voor reproducties met het oog op het bewaren van het culturele en wetenschappelijke patrimonium.³⁶⁴ Het valt op dat de derde stap de belangen van de auteur in acht neemt, en niet de rechthebbende zoals de Infosoc-richtlijn. Anderzijds

³⁶⁰ Amendement nr. 56, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 51-1137/004, 28.

³⁶¹ Verslag, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 51-1137/013, 27-28; 45-46.

³⁶² Artikel XI.190, 2/1° WER.

³⁶³ Artikel XI.190, 15° WER.

³⁶⁴ Artikel XI.190, 12° WER.

vermelden drie andere uitzonderingen enkel dat de reproductie en/of mededeling geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk. Het gaat om de reprografie-uitzondering³⁶⁵ en reproducties en mededelingen ter illustratie bij onderwijs of voor wetenschappelijk onderzoek.³⁶⁶

124. De andere uitzonderingen in de Belgische wetgeving maken geen gewag van de driestappentoets. Deze norm is evenwel van toepassing op alle uitzonderingen in het Belgische recht, gelet op het bindend karakter van de internationaalrechtelijke driestappentoets en de Infosoc-richtlijn.³⁶⁷ Het valt het te betreuren dat deze incoherente aanpak van de wetgever nog steeds niet weggewerkt is. Bepaalde rechtsleer heeft immers geconcludeerd dat de wetgever aan de hand van deze specifieke bewoordingen van elementen van de driestappentoets de rechter mandateert om de bepalingen *in concreto* toe te passen op elk geval waarover hij moet oordelen.³⁶⁸ De Belgische auteursrechtwetgeving lijkt aldus vatbaar voor uiteenlopende interpretaties en kan aanleiding geven tot argumentaties *a contrario*, meer bepaald voor uitzonderingen zonder vermelding van de driestappentoets. Men zou kunnen redeneren dat waar de wetgever uitdrukkelijk stappen van de driestappentoets heeft opgenomen, rechters hier wel – en in andere gevallen niet – moeten onderzoeken of aan de voorwaarden van de driestappentoets is voldaan.³⁶⁹ Zoals beargumenteerd tijdens de totstandkoming van de wetgeving, maar niet aanvaard, haalt JANSSENS aan dat betreffende de driestappentoets “een keuze tussen ofwel een uitdrukkelijke vermelding in één enkel artikel dat geldt voor alle uitzonderingen ofwel een stilzwijgen in alle uitzonderingsbepalingen vanuit de overtuiging dat die toets in ieder geval geldt, [...] de coherentie van de uitzonderingsbepalingen ten goede [zou zijn] gekomen”.³⁷⁰

ii. Nederland

125. De Nederlandse wetgever besloot om de driestappentoets niet in de wettekst op te nemen en meent dat de test fungeert als een algemeen toetsingskader gericht tot de wetgever. Het artikel scheidt een normatief kader waaraan de wetgever de beperkingen op de rechten toetst. Tegelijkertijd biedt dit kader voor de rechter een houvast bij de interpretatie van een bepaalde beperking en met name de toepassing in de praktijk.³⁷¹ Het verslag van de vaste commissie voor Justitie toont aan dat er een

³⁶⁵ Artikel XI.190, 5° WER.

³⁶⁶ Artikel XI.191, §1, 3° en 4° WER.

³⁶⁷ M.C. JANSSENS, “Art. XI.189 WER”, (191) 199.

³⁶⁸ Met betrekking tot de “panorama-uitzondering”: S. GEIREGAT, “Nieuw in het auteursrecht: de panorama-uitzondering”, *IRDI* 2016, nr. 3, (229) 231, nr. 11; A. FIERENS en K. VAN DELM, “Meer vrijheid aan de horizon”, *Juristenkrant* 29 juni 2016, afl. 332, (2) 2.

³⁶⁹ M.C. JANSSENS, “De uitzonderingen op het auteursrecht anno 2005. Een eerste analyse”, *AM* 2005/06, Vol. 5-6, (482) 484, nr. 5-6.

³⁷⁰ *Ibid.* Zie ook *supra*, nr. 122.

³⁷¹ Memorie van Toelichting, *Tweede Kamer*, vergaderjaar 2001-2002, 28482, nr. 3, 20.

discussie was tussen de verschillende fracties omtrent de opname van de driestappentoets in de wet. Ondanks een andersluidend advies van de Raad van State en het nadrukkelijk verzoek van de Nederlandse vereniging van producenten en importeurs van beeld- en geluid dragers, bleef de Nederlandse wetgever bij haar keuze om de driestappentoets niet te expliciteren in de wet.³⁷²

iii. Frankrijk

126. Frankrijk heeft de driestappentoets wel omgezet in nationaal recht in de *Code de la propriété intellectuelle*. Zo stelt artikel L.122-5 met betrekking tot auteursrecht als volgt: “Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.”

127. Volgens de rechtsleer bevestigt deze incorporatie de delegatie van de wetgever aan de rechter, waarbij de rechter geval per geval de driestappentoets kan toepassen bij geschillen over de uitzonderingen op het auteursrecht. Dankzij de uitdrukkelijke omzetting in de wet zou gesteld kunnen worden dat aan de eis van rechtszekerheid is voldaan, aangezien gebruikers op de hoogte zijn van deze nieuwe uitlegging van de driestappentoets.³⁷³ De Franse wetgever heeft de voorwaarden van de driestappentoets niet gedefinieerd en maakt volgens ZOLYNSKI gebruik van de klassieke wetgevingstechniek van delegatie aan de rechter, waarbij het aan de hoven en rechtbanken wordt gelaten om vage begrippen te definiëren. Het lijkt erop dat de wetgever de taak naar de rechter doorschuift om van geval tot geval een belangenafweging te maken. De rechtmatigheid van de uitzonderingen onder Frans recht is dus onderworpen aan een dubbel criterium. Ten eerste zijn er de specifieke criteria die voor elke uitzondering *a priori* worden vastgesteld. Ten tweede zijn er economische criteria die erin bestaan *a posteriori* te beoordelen of de uitoefening van de uitzondering de driestappentoets doorstaat.³⁷⁴

f. Eigen appreciatie

128. Het Hof van Justitie heeft zich nog niet expliciet uitgesproken over de vraag naar de geadresseerde(n) en functie van de driestappentoets. Het is ook onwaarschijnlijk dat het Hof een expliciet standpunt zal innemen over de vraag naar de geadresseerde, gelet op het huidige amalgaam aan rechtspraak waarbij melding wordt gemaakt van de driestappentoets. De advocaat-generaal in de zaak *VCAST* vat voorgaande rechtspraak van het Hof als volgt samen: “Het is juist dat artikel 5, lid 5

³⁷² Verslag, *Tweede Kamer*, vergaderjaar 2002-2003, 28482, nr. 4, 7.

³⁷³ C. ZOLYNSKI, “Pouvoirs du juge”, (107) 110.

³⁷⁴ *Ibid.*, 110-111.

Infosoc-richtlijn volgens het Hof geen wijziging brengt in de inhoud van de in dat artikel vervatte uitzonderingen. Het Hof heeft echter tegelijkertijd geoordeeld dat die bepaling een rol speelt op het moment waarop de uitzonderingen door de lidstaten worden toegepast. Deze bepaling dient dus als aanknopingspunt voor de uitlegging van de uitzonderingen bij de toepassing ervan in het nationale recht van de lidstaten, maar ook voor de uitlegging van de bepalingen van de Infosoc-richtlijn door het Hof.”³⁷⁵ Het Hof lijkt te concluderen in zijn rechtspraak dat de driestappentoets moet worden gezien als een toets die bovenop de verschillende beperkingen en uitzonderingen komt. De toets maakt een interpretatie van de in de richtlijn voorziene bepalingen mogelijk, maar staat ook los van deze voorwaarden en moet daaraan worden toegevoegd.³⁷⁶ Volgens het Hof moet dus zowel aan de specifieke voorwaarden van de beperking of uitzondering als aan de voorwaarden van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn voldaan zijn. Toch gaat het Hof zelf slechts sporadisch over tot een toets *in concreto* van de drie stappen, waarbij deze beoordeling niet determinerend lijkt voor de uiteindelijke uitkomst van de zaak. De vraag blijft of het Hof aan de hand van deze rechtspraak een verplichting voor de nationale rechter heeft willen introduceren om in elke concrete zaak de conformiteit van een uitzondering met de voorwaarden van de driestappentoets na te gaan.

129. Op nationaal niveau lijkt het niet aangewezen dat de rechter in elke voorliggende zaak een toets *in concreto* verricht om na te gaan of de uitzondering ook de voorwaarden van de driestappentoets respecteert. De stelling in de rechtsleer die benadrukt dat een toepassing van de driestappentoets bij de interpretatie van een uitzondering enkel *in abstracto* mogelijk is wanneer de wettekst niet duidelijk is,³⁷⁷ verdient bijstand. Indien aan alle wettelijke voorwaarden is voldaan, kan de rechter niet op grond van de driestappentoets een bepaald vrijgesteld gebruik toch ongeldig verklaren. Dit geldt des te meer wegens de nog steeds heersende onduidelijkheid over de precieze inhoud van de drie stappen. Deze strekking vindt ook steun in de conclusie van de advocaat-generaal in de zaak *Stichting de Thuiskopie*, waarbij vooropgesteld werd dat de nationale rechter dubbelzinnige bepalingen kan uitleggen in het licht van de driestappentoets. Hierbij wordt verzekerd dat de praktische toepassing van de beperkingen en uitzonderingen in het nationale recht binnen de grenzen van artikel 5 Infosoc-richtlijn blijft.³⁷⁸ Het merendeel van de rechtspraak van het Hof van Justitie kan ook worden verenigd met deze stelling. Vooreerst bakent de driestappentoets het stelsel van beperkingen en uitzonderingen strikt af en vormt deze test louter een precisering van de reikwijdte van deze bepalingen, waardoor beperkingen en

³⁷⁵ Conclusie *VCAST*, nr. 58.

³⁷⁶ O. SASSERATH, “Les exceptions au droit de communication au public”, *IRDI* 2015, nr. 4, (290) 304.

³⁷⁷ S. DUSOLLIER, “L’encadrement des exceptions”, (212) 214; 222; H. VANHEES, *Handboek*, 57-58.

³⁷⁸ Conclusie *Stichting de Thuiskopie*, nr. 42 en 59.

uitzonderingen in het licht van de driestappentoets moeten worden uitgelegd. Daarnaast is de driestappentoets relevant op het niveau van de implementatie van de optionele beperkingen en uitzonderingen in de nationale rechtsordes, waarbij deze rechtspraak eerder de wetgever als geadresseerde in gedachten lijkt te hebben.

130. België koos ervoor om bij de omzetting van de Infosoc-richtlijn de driestappentoets niet te expliciteren in de wet. De Belgische auteursrechtwetgeving bevat wel elementen van de driestappentoets in sommige uitzonderingsbepalingen. Voor deze bepalingen kan moeilijk geconcludeerd worden dat de Belgische rechter niét de geadresseerde van deze Belgische wettekst zou zijn. Uit de voorbereidende werken blijkt echter dat deze disparate aanpak eerder een slordigheid van de Belgische wetgever vormt, waardoor een interpretatie *a contrario* met betrekking tot bepalingen die al dan niet stappen van de driestappentoets bevatten mijns inziens niet gerechtvaardigd lijkt.

Hoofdstuk 4 : *Fair use in de VS*

4.1 Algemeen

131. De Amerikaanse Copyright Act bevat naast een aantal specifieke uitzonderingen³⁷⁹ op *copyright* een algemene uitzondering genaamd *fair use*. Deze bepaling met elastische termen is *open-ended* en laat ruimte voor invulling door de rechter die geval per geval moet oordelen of een bepaald gebruik al dan niet *fair* is. De vraag is gerezen of *fair use* in overeenstemming is met de internationaalrechtelijke driestappentoets. In de Amerikaanse en Europese rechtsleer is enig debat hieromtrent, voornamelijk toegespitst op de conformiteit van *fair use* met de eerste stap van de driestappentoets. Op hetzelfde moment gaan er echter ook stemmen op in de Europese rechtsleer die pleiten voor een aanpassing van het restrictieve, gesloten systeem van beperkingen en uitzonderingen in de EU in de zin van een flexibele bepaling, gelijkend op *fair use*. Dit hoofdstuk zal eerst nagaan wat onder *fair use* begrepen wordt, om vervolgens de conformiteit met de internationaalrechtelijke driestappentoets na te gaan. Tot slot zullen de mogelijkheden van een *fair use*-bepaling in de EU besproken worden, naast andere opties om het Europees auteursrechtlandschap te voorzien van meer flexibiliteit.

4.2 De uitzondering voor *fair use*

a. *Copyright bescherming en fair use*

132. Het Amerikaans Hooggerechtshof heeft benadrukt dat *copyright* bescherming het publieke belang nastreeft.³⁸⁰ Congress kent aan auteurs een beperkt monopolie toe met het oog op het bereiken van een gewichtige doelstelling van algemeen belang. Door te voorzien in een beperkte periode van exclusieve rechten, wordt de creatieve activiteit van auteurs immers aangemoedigd. Na het verstrijken van deze periode, krijgt het publiek toegang tot hun werken.³⁸¹ Zoals blijkt uit de Grondwet,³⁸² is het de taak van Congress om de moeilijke evenwichtsoefening te maken tussen de belangen van auteurs, die bestaan uit het exploiteren van hun werk enerzijds, en de concurrerende maatschappelijke belangen in

³⁷⁹ Deze specifieke uitzonderingen zijn terug te vinden in 17 U.S.C. §§108 tot 122 en omvatten onder andere uitzonderingen voor reproducties door bibliotheken en archieven (17 U.S.C. §108) en reproducties voor blinden of andere visueel beperkte personen (17 U.S.C. §121 en §121A).

³⁸⁰ Zie bv. *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774 (1984); *Harper & Row, Publrs. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 105 S. Ct. 2218 (1985).

³⁸¹ *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 429 (1984); *Harper & Row, Publrs. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 546 (1985).

³⁸² U.S. CONST., art. I, §8, cl. 8: "To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries."

de vrije stroom van ideeën en informatie anderzijds.³⁸³ *Fair use* is een correctiemechanisme op het feit dat intellectuele creativiteit minstens deels afgeleid is van en gebaseerd op eerder werk, aangezien een strikt monopolie voor auteurs dit creatieve proces van navolgende werken teniet zou doen.³⁸⁴ *Fair use* vormt een *affirmative defense* in een gerechtelijke procedure, waarbij een geslaagd beroep op dit verweermiddel de aansprakelijkheid van een inbreukmaker op *copyright* kan vermijden.³⁸⁵

b. Oorsprong van *fair use*

133. De *fair use doctrine* in de VS is gebaseerd op reeds in de 19^{de} eeuw gevestigde rechtspraak.³⁸⁶ De oorsprong van deze leer valt terug te leiden tot het jaar 1841 en de uitspraak *Folsom v. Marsh* van het Circuit Court for the District of Massachusetts. In deze uitspraak stelde de befaamde Supreme Court Justice Story, zetelend als Circuit Judge, in zijn *opinio* het volgende: “*In short, we must often [...] look to the nature and objects of the selections made, the quantity and value of the materials used, and the degree in which the use may prejudice the sale, or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work.*”³⁸⁷ In deze bewoordingen zijn reeds de vier huidige factoren³⁸⁸ die in acht worden genomen bij de beoordeling van *fair use* terug te vinden. In vele navolgende zaken werd de uitzondering voor *fair use* verfijnd, uitgebreid en toegepast. Toch wordt vaak gezegd dat *fair use* tot onvoorspelbare resultaten blijft leiden.³⁸⁹ Zo waarschuwde de bekende jurist en rechter Learned Hand meer dan een eeuw na de eerste conceptualisatie van *fair use* dat “*the issue of fair use [...] is the most troublesome in the whole law of copyright.*”³⁹⁰

³⁸³ *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 429 (1984); *Harper & Row, Publs. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 580 (Brennan, J., dissenting) (1985).

³⁸⁴ P. LEVAL, “Toward a Fair Use Standard”, *Harvard Law Review* 1990, Vol. 103, nr. 5, (1105) 1109-1110.

³⁸⁵ P. AUFDERHEIDE en P. JASZI, *Reclaiming Fair Use: How to Put Balance Back in Copyright*, Chicago, The University of Chicago Press, 2011, 18.

³⁸⁶ P. MENELL, M. LEMLEY en R. MERGES, *IP in the New Age*, 760.

³⁸⁷ *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 348 (C.C.D. Mass. 1841). In een voorafgaande zaak *Gray v. Russell*, 10 F. Cas. 1035, 1038-1039 (C.C.D. Mass. 1839) had Justice Story deze criteria reeds vooropgesteld als *obiter dictum* (voor een definitie van het begrip *obiter dictum* zie *infra*, nr. 138).

³⁸⁸ Zie *infra*, nr. 135-136.

³⁸⁹ P. MENELL, M. LEMLEY en R. MERGES, *IP in the New Age*, 761.

³⁹⁰ *Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.*, 104 F.2d 661, 662 (2d Cir. 1939). Volgens Learned Hand zou *fair use* enkel moeten worden toegepast in gevallen waar deze leer duidelijk speelt. Deze zinsnede werd herhaald door Justice Blackmun in *Sony*, 464 U.S. 417, 475-476 (Blackmun, J., dissenting) (1984) (zie *infra*, nr. 137-138 voor een bespreking van de zaak *Sony*), waarbij het gebrek aan vaste criteria om *fair use* te bepalen werd gezien als “*troublesome*”.

c. *Codificatie van fair use*

134. Congress heeft de *fair use doctrine*, zoals ontwikkeld in de rechtspraak, gecodificeerd in de Copyright Act van 1976.³⁹¹ Uit de voorbereidende werken van deze wet blijkt dat de formulering van een algemeen toepasselijke, vaste definitie van *fair use* niet mogelijk was, gelet op de eindeloze mogelijke variaties in feitelijke omstandigheden. Elke zaak zal dus geval per geval behandeld worden en de hoven en rechtbanken moeten vrij zijn om *fair use* aan te passen aan specifieke situaties. Gelet op de periode van snelle technische veranderingen, was het niet de bedoeling van Congress om het bestaande *corpus* van rechtspraak over *fair use* te bevriezen in de wet. De relevante bepaling, Sectie 107 van de Copyright Act, was bedoeld om de toenmalige leer van *fair use* te codificeren, niet om deze te veranderen, te beperken of uit te breiden.³⁹²

135. 17 U.S.C. §107 stelt:

“Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include —

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole;
- and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.”

136. Gelet op het gebruik van de term “*include*” zijn de vier factoren van Sectie 107 niet exhaustief. Uit empirisch onderzoek blijkt echter dat de hoven en rechtbanken niet geneigd zijn om andere factoren in overweging te nemen. De focus van zowel rechters als rechtsleer ligt bij de vier factoren en niet bij

³⁹¹ An Act for the general revision of the Copyright Law, Title 17 of the United States Code, and for other purposes, *Pub. L. No. 94-553*, 90 Stat. 2541 (1976) (hieronder: Copyright Act).

³⁹² H.R. REP. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. 65-66 (1976).

de preambule of de toevoeging omtrent ongepubliceerde werken.³⁹³ De inbreukmaker die zich op *fair use* beroept, moet niet bewijzen dat elk van deze vier factoren in het voordeel van een bevinding van *fair use* zou pleiten. De factoren maken ook geen mathematische vergelijking uit: indien het resultaat onder drie factoren tegen *fair use* zou wegen, is een uitkomst van *fair use* in die zaak nog steeds mogelijk. De rechter weegt in elk geval alle factoren en de resultaten van hun beoordeling tegen elkaar af.³⁹⁴

d. Rechtspraak van het Amerikaans Hooggerechtshof

i. *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*

137. De eerste zaak waarin het Amerikaans Hooggerechtshof een uitspraak doet over het gecodificeerde *fair use* is *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*³⁹⁵ Het Hof moet zich uitspreken over de vraag of Sony een onrechtstreekse inbreuk op *copyright* heeft begaan door aan consumenten videorecorders te verkopen waarmee deze beschermde werken van Universal City Studios kunnen opnemen en op een later moment bekijken, zogenaamd "*time shifting*".³⁹⁶

138. Het Hof beschrijft *fair use* als een "*equitable rule of reason*" en verwijst daarbij naar de voorbereidende werken van de Copyright Act.³⁹⁷ Het Hof heeft deze formulering hernomen in latere rechtspraak: de leer van *fair use* laat rechters toe om een rigide toepassing van de Copyright Act te vermijden in gevallen waar deze toepassing net de creativiteit onderdrukt die de wet zou moeten aanmoedigen.³⁹⁸ Omtrent de eerste factor van *fair use* stelt het Hof een vermoeden voorop dat gebruik met een commercieel of winstgevend doel onfair is. Dit vermoeden moet echter gekwalificeerd worden als een *obiter dictum*.³⁹⁹ Dit is een vermelding in een rechterlijke uitspraak die niet uitlegt waarom de rechtbank uiteindelijk beslist in het voordeel van de ene of de andere partij. Het oordeel van de rechter en diens redenering zouden onveranderd blijven ongeacht deze vermelding. *Dicta* zijn overbodig ten aanzien van de beslissing zelf en zijn een soort van commentaar over hoe de rechter over een andere,

³⁹³ B. BEEBE, "An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions Updated, 1978-2019", *NYU Journal of Intellectual Property and Entertainment Law* 2020, Vol. 10, nr. 1, (1) (hieronder: B. BEEBE, "An Empirical Study") 6-7.

³⁹⁴ N. ELKIN-KOREN en N. WEINSTOCK NETANEL, "Transplanting Fair Use Across the Globe: A Case Study Testing the Credibility of U.S. Opposition", aanstaande *Hastings Law Journal* 2021, Vol. 72, ontwerp 2020, elektronische kopie beschikbaar op https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3598160, (1) (hieronder: N. ELKIN-KOREN en N. WEINSTOCK NETANEL, "Transplanting Fair Use") 11.

³⁹⁵ *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774 (1984) (hieronder: *Sony*).

³⁹⁶ *Sony*, 464 U.S. 417, 423.

³⁹⁷ *Ibid.*, 448.

³⁹⁸ Zie bv. *Stewart v. Abend*, 495 U.S. 207, 236, 110 S. Ct. 1750 (1990); *Google LLC v. Oracle Am., Inc.*, 141 S. Ct. 1183, 1196 (2021).

³⁹⁹ N. WEINSTOCK NETANEL, "Making sense of fair use", *Lewis & Clark Law Review* 2011, Vol. 15, nr. 3, (715) (hieronder: N. WEINSTOCK NETANEL, "Making sense of fair use") 721; P. SAMUELSON, "Possible Futures of Fair Use", *Washington Law Review* 2015, Vol. 90, nr. 2, (815) (hieronder: P. SAMUELSON, "Futures of Fair Use") 818.

verschillende zaak zou beslissen.⁴⁰⁰ In deze zaak was er sprake van een tegenovergesteld vermoeden, aangezien het ging om privégebruik en dus gebruik voor een niet-commercieel doel. Met betrekking tot de tweede factor stelt het Hof dat het om een audiovisueel werk gaat dat beschermd is via *copyright* en wordt uitgezonden op de televisie. De tweede factor wordt in deze zaak samen gelezen met de derde factor, waarbij in acht wordt genomen dat een gebruiker via “*time shifting*” louter het beschermde werk, dat hij reeds volledig en gratis kon zien, op een later tijdstip kan bekijken. Deze overwegingen leiden tot de conclusie dat de reproductie van het volledige werk niet het normale effect heeft om tegen een bevinding van *fair use* te wegen.⁴⁰¹ Omtrent de vierde factor suggereert het Hof een vermoeden als *obiter dictum* dat elk commercieel gebruik van beschermd materiaal een onfaire exploitatie van het monopolieprivilege vormt.⁴⁰² Universal kon tot slot geen schade aantonen onder de vierde factor en het Hof concludeert dat Sony zich met succes kan beroepen op het verweer van *fair use*.⁴⁰³

ii. *Harper & Row, Publishers v. Nation Enterprises*

139. Slechts een jaar na *Sony* spreekt het Amerikaanse Hooggerechtshof zich opnieuw uit over *fair use* in *Harper & Row, Publishers v. Nation Enterprises*.⁴⁰⁴ De feiten van deze zaak hebben betrekking op Gerald Ford, voormalig president van de VS, die een contract heeft met de uitgever Harper & Row om zijn memoires te publiceren. Harper & Row komt daarop overeen met Time Magazine dat zij exclusief voorafgaand aan de uitgave van de memoires reeds enkele fragmenten mogen publiceren. Terwijl Time deze prepublicatie aan het voorbereiden is, brengt Nation Magazine echter op basis van een onrechtmatig verkregen kopie van het manuscript een artikel in de omloop waarin het meest markante aspect van de memoires – de reden van president Ford om president Nixon te pardonneren – verklapt wordt. Als gevolg van deze primeur, weigert Time om de resterende overeengekomen som aan Harper & Row te betalen, waarop deze uitgever een gerechtelijke procedure start tegen Nation Magazine.⁴⁰⁵ Nation claimt *fair use*, onder andere gelet op het nieuwswaardig karakter van het artikel.

140. Het Amerikaans Hooggerechtshof stelt vooreerst dat de vier factoren van Sectie 107 niet exhaustief zijn.⁴⁰⁶ Met betrekking tot de eerste factor ging Nation verder dan louter verslag uitbrengen van informatie. Het magazine had actief de exploitatie van de “*headline value*” van hun inbreuk

⁴⁰⁰ P. LEVAL, “Judging under the Constitution: Dicta about Dicta”, *NYU Law Review* 2006, Vol. 81, nr. 4, (1249) 1256.

⁴⁰¹ *Sony*, 464 U.S. 417, 448-450.

⁴⁰² N. WEINSTOCK NETANEL, “Making sense of fair use”, (715) 721; P. SAMUELSON, “Futures of Fair Use”, (815) 818.

⁴⁰³ *Sony*, 464 U.S. 471, 451; 455.

⁴⁰⁴ *Harper & Row, Publr. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 105 S. Ct. 2218 (1985) (hieronder: *Nation*).

⁴⁰⁵ *Nation*, 471 U.S. 539, 542-543.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, 560.

opgezocht en maakte een nieuwsevent van hun niet geautoriseerde eerste publicatie. Het feit dat het om een commerciële publicatie ging, in tegenstelling tot non-profit gebruik, vormt een aanwijzing die weegt tegen een bevinding van *fair use*.⁴⁰⁷ Het Hof hecht met betrekking tot de tweede factor veel belang aan het feit dat de memoires nog niet gepubliceerd waren. Het ongepubliceerd karakter is een cruciaal element van de aard van het beschermde werk, waardoor de reikwijdte van *fair use* beperkter is wanneer het gaat om werken die (nog) niet gepubliceerd zijn.⁴⁰⁸ Bij de bespreking van de derde factor benadrukt het Hof dat niet alleen de kwantiteit, maar ook de kwaliteit van de gekopieerde beschermde expressie van belang is. De expressie die Nation gekopieerd had, hoewel een kleine hoeveelheid in vergelijking met de omvang van de memoires, maakte het “hart van het boek” uit: dit waren de meest interessante en aangrijpende delen van het manuscript. Tot slot benadrukt het Hof dat de vierde factor ongetwijfeld het meest belangrijke element van *fair use* is,⁴⁰⁹ wat volgens de literatuur als een *obiter dictum* moet gekwalificeerd worden.⁴¹⁰ In deze zaak was er duidelijk sprake van schade, gelet op de annulering van de reeks gepland door Time en hun weigering om de resterende som van 12,500 USD te betalen gelet op de “scoop” door Nation.⁴¹¹ Het gebruik door Nation van *verbatim* uittreksels van het ongepubliceerde manuscript is derhalve geen *fair use*.⁴¹²

e. *Transformatief gebruik*

141. Een belangrijk element bij de beoordeling van *fair use* is het “transformatief” karakter van het gebruik ten opzichte van het beschermde werk. Dit concept werd voor het eerst vooropgesteld door de rechter LEVAL in een spraakmakend tijdschriftartikel als een operationalisatie van de eerste *fair use* factor.⁴¹³ Omtrent de aard en het doel van het gebruik stelt hij dat het niet voldoende is om na te gaan of er al dan niet een rechtvaardiging bestaat voor het gebruik. De vraag is hoe overtuigend die rechtvaardiging is, aangezien de rechter de kracht hiervan moet afwegen tegen de belangen van de auteur. Het antwoord op deze vraag naar verantwoording, zo stelt LEVAL, berust bij de afweging of en in welke mate het gebruik “transformatief” is. Dit houdt in dat het gebruik productief moet zijn en de beschermde materie op een andere wijze of voor een ander doel moet gebruiken dan het origineel.⁴¹⁴ Gebruik door navolgende auteurs van voorgaande werken als basis voor de creatie van nieuwe

⁴⁰⁷ *Nation*, 471 U.S. 539, 561-562.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, 564.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, 566.

⁴¹⁰ B. BEEBE, “An Empirical Study” (1) 35.

⁴¹¹ *Nation*, 471 U.S. 539, 567.

⁴¹² *Ibid.*, 569.

⁴¹³ P. LEVAL, “Toward a Fair Use Standard”, *Harvard Law Review* 1990, Vol. 103, nr. 5, 1105-1136 (hieronder: P. LEVAL, “Toward a Fair Use Standard”).

⁴¹⁴ P. LEVAL, “Toward a Fair Use Standard”, (1105) 1111.

informatie, nieuwe esthetiek of nieuwe inzichten voegt waarde toe aan het origineel en is net dat soort gebruik dat *fair use* wil beschermen met het oog op de verrijking van de samenleving.⁴¹⁵

142. De eerste factor vormt “de ziel van *fair use*” en een rechtvaardiging onder deze factor lijkt onontbeerlijk om een geslaagd beroep op dit verweermiddel te kunnen doen. Het resultaat van de beoordeling van de eerste factor moet worden afgewogen tegen de resterende factoren.⁴¹⁶ Zo zou de tweede factor volgens LEVAL de auteur van een werk meer moeten bevoordelen indien dit werk gecreëerd werd met het oog op publicatie. Originële auteurs hebben er immers belang bij om de omstandigheden van de eerste publieke openbaarmaking van het werk te bepalen en hebben ook het recht om een werk niet te publiceren.⁴¹⁷ Hét bepalende element in de zaak *Nation*, zo schijft LEVAL, was het feit dat de memoires geschreven werden met hun publicatie in gedachten en ook onderweg waren naar publicatie op het moment dat *Nation* de primeur publiceerde.⁴¹⁸ Onder factor nummer drie is er minder kans op slagen van het verweermiddel van *fair use* naargelang de gekopieerde hoeveelheid of het belang ervan groter is.⁴¹⁹ De vierde factor kan volgens LEVAL de vereiste rechtvaardiging onder de eerste factor niet overschaduwen. Indien het gebruik op substantiële wijze een impact heeft op de markt voor het beschermde werk, weegt deze factor duidelijk tegen een bevinding van *fair use*. Het omgekeerde volgt niet: het gebruik dat de markt voor het origineel niet schaadt, is niet per se gerechtvaardigd.⁴²⁰

143. In de uitspraak *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*⁴²¹ heeft het Amerikaans Hoogerechtshof in 1994 het belang van het “transformatief” karakter van het gebruik onder de eerste factor expliciet aanvaard. Deze zaak ging over een parodie op het bekende lied “Pretty Woman” van Roy Orbison. Vooreerst stelt het Hof dat de vier criteria die worden aangereikt in Sectie 107 van de Copyright Act niet in isolatie van elkaar moeten behandeld worden. Zij moeten samen worden beoordeeld, net zoals hun resultaten samen in overweging moeten worden genomen, in het licht van het doel van *copyright*.⁴²² Het Hof wil hierbij loskomen van haar overweging in *Nation* dat de vierde factor de meest belangrijke factor is bij de beoordeling van *fair use*.⁴²³

⁴¹⁵ P. LEVAL, “Toward a Fair Use Standard”, (1105) 1111.

⁴¹⁶ *Ibid.*, 1116.

⁴¹⁷ *Ibid.*, 1117-1118.

⁴¹⁸ *Ibid.*, 1120.

⁴¹⁹ *Ibid.*, 1122.

⁴²⁰ *Ibid.*, 1124.

⁴²¹ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 114 S. Ct. 1164 (1994) (hieronder: *Campbell*).

⁴²² *Campbell*, 510 U.S. 569, 578.

⁴²³ B. BEEBE, “An Empirical Study”, (1) 35.

144. Het Hof geeft aan dat de lijst van voorbeelden in de preambule van Sectie 107 een leidraad vormt voor de beoordeling van de eerste factor.⁴²⁴ Het centrale doel van het onderzoek onder deze factor is nagaan of het nieuwe werk slechts het oorspronkelijke werk vervangt, dan wel iets nieuws toevoegt, met een ander doel of een ander karakter, en het eerste werk aanpast door het toevoegen van een nieuwe uitdrukking, betekenis of boodschap. Er wordt met andere woorden overwogen of en in hoeverre het nieuwe werk "transformatief" is, waarbij het Hof expliciet naar de bijdrage van LEVAL verwijst. Alhoewel een dergelijk transformatief gebruik niet absoluut noodzakelijk is om te kunnen spreken van *fair use*, bevordert de creatie van deze werken het doel van *copyright* in het algemeen. Hoe meer het nieuwe werk transformatief is, hoe minder de andere factoren, die tegen de conclusie van *fair use* zouden pleiten, van betekenis zullen zijn.⁴²⁵ Het Hof stelt dat het commercieel karakter van het gebruik slechts één element van de beoordeling onder de eerste factor uitmaakt en komt daarbij terug op *Sony*, wat bevestigt dat het vermoeden van onfair commercieel gebruik slechts een *obiter dictum* was.⁴²⁶ Een lezing die uit deze uitspraak een *per se* regel afleidt, waarbij elk commercieel gebruik onfair zou zijn, wordt bekritiseerd.⁴²⁷ De vierde factor verlangt van de rechterlijke instanties dat zij de omvang van de door de specifieke handelingen van de vermeende inbreukmaker veroorzaakte marktschade onderzoeken. Daarnaast behoren zij ook na te gaan of onbeperkt en wijdverbreid gedrag van het soort dat de verweerder heeft vertoond, zou leiden tot een wezenlijk ongunstige invloed op de potentiële markt voor het origineel.⁴²⁸ Het Hof wijst ook onder de vierde factor een *per se* vermoeden van schade bij een commercieel gebruik af. Om te kunnen spreken van schade onder deze factor, moet het gebruik een substituut van het originele werk zijn. Een daling van de vraag voor het origineel, bijvoorbeeld als gevolg van een vernietigende recensie of een geslaagde parodie, komt niet in aanmerking als schade. Een parodie en een origineel werk vervullen immers verschillende marktfuncties.⁴²⁹

145. Een gebruik is dus "transformatief" indien de vermeende inbreukmaker het beschermde werk voor een fundamenteel verschillend expressief doel heeft gebruikt dan dat van de auteur van het originele werk. Een gebruik kan ook transformatief zijn wanneer de vermeende inbreukmaker het werk volledig kopieert zonder aanpassingen te doen.⁴³⁰ Zo werd de digitalisering van boeken door Google

⁴²⁴ *Campbell*, 510 U.S. 569, 578.

⁴²⁵ *Ibid.*, 578-579.

⁴²⁶ Zie *supra*, nr. 138.

⁴²⁷ *Campbell*, 510 U.S. 569, 585.

⁴²⁸ *Ibid.*, 590.

⁴²⁹ *Ibid.*, 591-592.

⁴³⁰ N. ELKIN-KOREN en N. WEINSTOCK NETANEL, "Transplanting Fair Use", (1) 14.

gezien als “*highly transformative*”, aangezien deze boeken werden gekopieerd om vervolgens korte fragmenten of “*snippets*” van relevante tekst te tonen gerelateerd aan een zoekopdracht in een online zoekmachine. Het doel van het gebruik was dus de identificatie van boeken die de relevante zoekterm bevatten, en niet het publiek beschikbaar stellen van deze boeken als lectuur.⁴³¹

146. Empirisch onderzoek toont aan dat het transformatief karakter sinds *Campbell* één van de meest belangrijke criteria is geworden bij de algemene beoordeling van *fair use*.⁴³² Ondanks het feit dat dit karakter bijna voldoende is om tot *fair use* te besluiten, is een conclusie van transformatief gebruik niet noodzakelijk. Dit criterium heeft dus niet de algemene analyse van de vier wettelijke factoren vervangen.⁴³³

f. *Fair use als marktfaalen*

147. Naast het transformatief gebruik, werd in de literatuur ook gefocust op een marktgericht paradigma om *fair use* te beoordelen, dat tegenwoordig naar de achtergrond is verdwenen. *Fair use* is in dit geval een afwijking, enkel van toepassing in het geval van een onherstelbaar falen van de markt. Het paradigma dat focust op transformatief gebruik ziet *fair use* daarentegen als een integraal deel van *copyright* dat bijdraagt aan de verwezenlijking van haar doel, namelijk het bevorderen van creatieve expressie.⁴³⁴

148. Het marktgericht paradigma werd vooral beargumenteerd door professor GORDON. Zij stelt dat zowel Congress als rechters *fair use* gebruiken om sociaal wenselijke, niet-gecompenseerde overdrachten toe te staan die niet via de markt kunnen worden gerealiseerd. Zij incorporeert de vier wettelijke factoren in één model om de resultaten van *fair use* te kunnen voorspellen.⁴³⁵ In sommige gevallen kunnen tekortkomingen in de markt verhinderen dat een gewenste overdracht tot stand komt, bijvoorbeeld bij een extreem hoge kost van onderhandelingen of een onmogelijke handhaving van *copyright*. In die gevallen kan er niet op de markt vertrouwd worden om private belangen met publieke belangen te verzoenen.⁴³⁶ GORDON concludeert dat *fair use* toegestaan zou moeten worden wanneer er drie elementen aanwezig zijn. Ten eerste is er sprake van een falen van de markt: de inbreukmaker

⁴³¹ *Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202, 216-218 (2nd Cir. 2015).

⁴³² B. BEEBE, “An Empirical Study”, (1) 25; M. SAG, “Predicting Fair Use”, *Ohio State Law Journal* 2012, Vol. 73, nr. 1, (47) (hieronder: M. SAG “Predicting Fair Use”) 84.

⁴³³ B. BEEBE, “An Empirical Study”, (1) 27; N. WEINSTOCK NETANEL, “Making sense of fair use”, (715) 736.

⁴³⁴ N. WEINSTOCK NETANEL, “Making sense of fair use”, (715) 734-736; 768.

⁴³⁵ W. GORDON, “Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the *Betamax* Case and its Predecessors”, *Columbia Law Review* 1982, Vol. 82, nr. 8, (1600) (hieronder: W. GORDON, “Fair Use as Market Failure”) 1601-1602.

⁴³⁶ W. GORDON, “Fair Use as Market Failure”, (1600) 1613.

kon niet op gepaste wijze het gewenste gebruik aankopen via de markt. Ten tweede is het beoogde gebruik sociaal wenselijk en tot slot zou het toelaten van *fair use* geen aanzienlijke schade veroorzaken aan de stimulansen voor creatie door de auteur.⁴³⁷ In een navolgend artikel twintig jaar later stelt GORDON dat haar standpunt verkeerd werd toegepast en te nauw werd geïnterpreteerd door rechters en commentatoren in de literatuur. Het concept “marktfalen” is niet beperkt tot louter het geval waar de transactiekosten zo hoog zijn dat een potentiële verkoper en koper elkaar niet ontmoeten.⁴³⁸

4.3 De conformiteit van *fair use* met de internationaalrechtelijke driestappentoets

a. Algemeen

149. In de rechtsleer is enig debat over de vraag of het Amerikaanse systeem van *fair use* al dan niet in overeenstemming is met de internationaalrechtelijke driestappentoets. De discussie focust zich vooral op de eerste stap, die stelt dat de beperkingen en uitzonderingen enkel in bepaalde bijzondere gevallen mogen worden toegepast. De leer van *fair use* behoort in overeenstemming te zijn met de internationaalrechtelijke driestappentoets, maar vertoont ook enkele gelijkenissen met deze bepaling qua vorm en functie. Zo bevatten beide normen abstracte criteria in vage bewoordingen, die een grote mate van beoordelingsvrijheid verlenen bij de invulling van hun voorwaarden.⁴³⁹ Zowel *fair use* als de driestappentoets zijn een test om na te gaan of een bepaald gebruik van een beschermd werk al dan niet toegelaten is.⁴⁴⁰

b. Nationaal vs. internationaal recht

150. Volgens de Amerikaanse Grondwet zullen die Grondwet en de wetten gemaakt krachtens de Grondwet, samen met verdragen van de Verenigde Staten, het hoogste recht van het land zijn, en rechters in elke staat hierdoor gebonden.⁴⁴¹ Het Amerikaans Hooggerechtshof heeft vooropgesteld dat de hoven en rechtbanken internationale verdragen en federaal recht, voor zover mogelijk, consequent

⁴³⁷ *Ibid.*, 1614.

⁴³⁸ W. GORDON, “Excuse and justification in the law of fair use: Transaction costs have always been part of the story”, *Journal, Copyright Society of the U.S.A.* 2003, Vol. 50, (149) 150-151.

⁴³⁹ R. OKEDIJI, “Toward an International Fair Use Doctrine”, *Columbia Journal of Transnational Law* 2000, Vol. 39, nr. 1, (75) (hieronder: R. OKEDIJI, “International Fair Use”) 113; R. PELTZ, “Global Warming Trend? The Creeping Indulgence of Fair Use in International Copyright Law”, *Texas Intellectual Property Law Journal* 2009, Vol. 27, (267) (hieronder: R. PELTZ, “Global Warming Trend”) 273; P. SAMUELSON en K. HASHIMOTO, “Is the U.S. Fair Use Doctrine Compatible with Berne and TRIPs Obligations?”, artikel in het kader van presentatie voor University of Cyprus Law School conferentie “Universalism or Pluralism in International Copyright Law”, 31 mei tot 1 juni 2018, elektronische kopie beschikbaar op https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3228052 (1) (hieronder: P. SAMUELSON en K. HASHIMOTO, “Is Fair Use Compatible?”) (1) 8.

⁴⁴⁰ D. GERVAIS, “The reverse three-step test”, (1) 28; P. SAMUELSON en K. HASHIMOTO, “Is Fair Use Compatible?”, (1) 8.

⁴⁴¹ U.S. CONST. art. VI, cl. 2: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.”

met elkaar moeten interpreteren.⁴⁴² Wanneer deze normen met elkaar in conflict treden, prevaleert de laatste in tijd volgens nationaal recht.⁴⁴³

151. De Berner Conventie werd in de VS geïmplementeerd aan de hand van de Berne Convention Implementation Act.⁴⁴⁴ In deze wet legt Congress een aantal verklaringen af over de verhouding tussen internationaal en nationaal recht. Zo wordt bevestigd dat de Berner Conventie een *not self-executing* karakter heeft,⁴⁴⁵ waardoor het verdrag een implementatie in nationaal recht vereist vooraleer het kan worden uitgevoerd.⁴⁴⁶ De verplichtingen van de VS onder de Berner Conventie kunnen volgens Congress dan ook enkel worden uitgevoerd in navolging van het toepasselijke nationale recht.⁴⁴⁷ Meer nog, Congress neemt zelfs expliciet de stelling in dat de aanpassingen aan het Amerikaanse rechtstelsel in navolging van de Berne Convention Implementation Act toereikend zijn voor de VS om aan haar internationale verplichtingen onder de Berner Conventie te voldoen.⁴⁴⁸ Deze verklaringen in de wettekst hebben echter geen effect op internationale verplichtingen en leggen dus louter een intern effect aan de dag.⁴⁴⁹ Ook de wetgeving die de TRIPs-overeenkomst in de VS implementeert, spreekt zich uit over de wisselwerking tussen nationaal en internationaal recht.⁴⁵⁰ Zo stelt de wet dat geen enkele bepaling van de Uruguay Overeenkomsten die niet in overeenstemming is met het nationale recht, uitwerking zal krijgen.⁴⁵¹ De nationale toepassing van de TRIPs-overeenkomst in de VS is dus beperkt tot de bewoordingen van deze implementerende wetgeving.⁴⁵²

c. Context en standpunt van de VS

152. Een vaak gehoord argument is dat de diplomatische context weerlegt dat het Amerikaanse rechtstelsel in strijd zou zijn met de internationale driestappentoets.⁴⁵³ De VS heeft immers haar wetgeving omtrent *fair use* niet aangepast na de ratificatie van de Berner Conventie, wat niet in vraag

⁴⁴² *Murray v. The Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804).

⁴⁴³ *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1, 18 (1957).

⁴⁴⁴ An Act to amend title 17, United States Code, to implement the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, as revised at Paris on July 24, 1971, and for other purposes, *Pub. L. No. 100-568*, 102 Stat. 2853 (1988) (Berne Convention Implementation Act).

⁴⁴⁵ Berne Convention Implementation Act, §2 (1).

⁴⁴⁶ Zie Restatement (Third) of Foreign Relations Law of The United States §111(4) (1987).

⁴⁴⁷ Berne Convention Implementation Act, §2 (2).

⁴⁴⁸ Berne Convention Implementation Act, §2 (3).

⁴⁴⁹ Zie Restatement (Third) of Foreign Relations Law of The United States §314, comment e) (1987).

⁴⁵⁰ An Act to approve and implement the trade agreements concluded in the Uruguay Round of multilateral trade negotiations, *Pub. L. No. 103-465*, 108 Stat. 4809 (1994) (Uruguay Round Agreements Act).

⁴⁵¹ Uruguay Round Agreements Act, §102 (a) (1).

⁴⁵² R. OKEDIJI, "International Fair Use", (75) 140.

⁴⁵³ C. GEIGER, "The information society", (1) 5-6; P. SAMUELSON en K. HASHIMOTO, "Is Fair Use Compatible?", (1) 2-3.

werd gesteld of betwist ten tijde van deze toetreding.⁴⁵⁴ Daarnaast speelde de VS bij de totstandkoming van de TRIPs-overeenkomst een voortrekkersrol.⁴⁵⁵ Het lijkt dan ook onwaarschijnlijk dat *fair use*, een fundamenteel beginsel van het Amerikaanse *copyright law*, incompatibel zou zijn met dit actief door de VS gepromote verdrag.⁴⁵⁶ Daarnaast is het opvallend dat de handelspartners van de VS de *fair use doctrine* niet hebben aangevochten onder het TRIPs-geschillenbeslechtsmechanisme,⁴⁵⁷ maar deze schroom kan ook aan andere (politieke) factoren te wijten zijn.⁴⁵⁸ Tot slot moet worden opgemerkt dat *fair use* een populaire “*legal transplant*” is, aangezien verschillende landen in navolging van de VS een *fair use*-bepaling in hun nationale wetgeving hebben ingevoerd.⁴⁵⁹ Het is opvallend dat *copyright industries* in de VS – zoals filmstudio’s, platenmaatschappijen en uitgevers, net zoals de Amerikaanse autoriteiten van tijd tot tijd, zich verzetten tegen de overname van *fair use* in andere landen.⁴⁶⁰ Zij menen kortom dat *fair use* in de VS in overeenstemming is met de driestappentoets, gelet op de nauwe interpretatie die rechters aan deze uitzondering verlenen.⁴⁶¹ Gelet op het gebrek aan een relevant *corpus* van rechtspraak en precedentes, zou een transplantatie van deze Amerikaanse leer naar andere jurisdicties leiden tot een te liberale interpretatie, waarbij zowel de conformiteit met de driestappentoets als de rechtszekerheid in gedrang kunnen komen.⁴⁶²

153. De Amerikaanse autoriteiten hebben in het kader van de TRIPs Council Review of Legislation benadrukt dat *fair use* wel degelijk in overeenstemming is met artikel 13 TRIPs-overeenkomst, nadat enkele handelspartners dit in vraag hadden gesteld.⁴⁶³ Zo belichaamt *fair use* volgens hen in wezen dezelfde doelstellingen als artikel 13 TRIPs-overeenkomst, waarbij deze leer volledig in overeenstemming met de door de driestappentoets vastgestelde normen wordt toegepast en

⁴⁵⁴ R. OKEDIJI, “International Fair Use”, (75) 114; P. SAMUELSON en K. HASHIMOTO, “Is Fair Use Compatible?”, (1) 4.

⁴⁵⁵ E. CARTER, “Harmonization of Copyright Law in Response to Technological Change: Lessons from Europe about Fair Use and Free Expression”, *The University of La Verne Law Review* 2009, Vol. 30, (312) 314; B. MALKAWI, “A long “TRIP” home: how the Berne Convention, TRIPS Agreement, and other instruments complement the international copyright system”, *European Intellectual Property Review* 2013, Vol. 35, nr. 2, (93) 102; 106; P. SAMUELSON en K. HASHIMOTO, “Is Fair Use Compatible?”, (1) 12.

⁴⁵⁶ C. ALBERDINGK THIJM, “Fair use”, (145) 153; R. OKEDIJI, “International Fair Use” (75) 80; 85; C. GEIGER, “The information society”, (1) 5-6; J. GINSBURG, “Letter from the U.S.: Exclusive Rights, Exceptions, and Uncertain Compliance with International Norms – Part II (Fair Use)”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur* 2014, Vol. 242, Columbia Law & Economics Working Paper nr. 503, elektronische kopie beschikbaar op https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1897/?utm_source=scholarship.law.columbia.edu%2Ffaculty_scholarship%2F1897&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages, (1) (hieronder: J. GINSBURG, “Letter from the U.S.”) 22.

⁴⁵⁷ R. PELTZ, “Global Warming Trend”, (267) 276; P. SAMUELSON en K. HASHIMOTO, “Is Fair Use Compatible?”, (1) 12-13.

⁴⁵⁸ H. COHEN JEHORAM, “Hidden agenda”, (408) 408.

⁴⁵⁹ Zie voor een lijst van deze landen N. ELKIN-KOREN en N. WEINSTOCK NETANEL, “Transplanting Fair Use”, (1) 2-5 en P. GOOLD, “The Interpretive Argument for a Balanced Three-Step Test?” *American University International Law Review* 2018, Vol. 33, (187) 188.

⁴⁶⁰ N. ELKIN-KOREN en N. WEINSTOCK NETANEL, “Transplanting Fair Use”, (1) 6.

⁴⁶¹ *Ibid.*, (1) 26.

⁴⁶² *Ibid.*, (1) 28; 31; 33-34.

⁴⁶³ Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, *Review of Legislation on Copyright and Related Rights, United States*, 30 oktober 1996, IP/Q/USA/1.

geïnterpreteerd. De evenwichtsoefening onder de vier wettelijke factoren laat ruimte om na te gaan of het gebruik in kwestie al dan niet conflicteert met de normale exploitatie van het werk en of de belangen van de rechthebbende onredelijk worden geschaad. De hoven en rechtbanken, zo menen de autoriteiten, hebben in hun uitspraken omtrent *fair use* op consistente wijze geweigerd om soorten van gebruik vrij te stellen die te verregaand zijn en die interfereren met de normale markt voor het werk.⁴⁶⁴ De Amerikaanse autoriteiten beweren dus dat de toepassing van *fair use* in de praktijk conform de internationale normen is. Dit antwoord werd bekritiseerd wegens het niet op accurate wijze voorstellen van de werking van *fair use* in de hoven en rechtbanken, aangezien de onzekerheid van de rechtspraak werd geminimaliseerd.⁴⁶⁵

d. *Fair use en de driestappentoets*

i. Bepaalde bijzondere gevallen

154. De focus van de vraag of *fair use* conform de driestappentoets is, ligt voornamelijk bij de eerste stap van deze internationaalrechtelijke bepaling. Gelet op het algemene toepassingsgebied van *fair use*, wordt er getwijfeld aan de overeenstemming met het vereiste dat de beperkingen en uitzonderingen gelimiteerd moeten zijn tot “bepaalde bijzondere gevallen”. Deze analyse kadert in de verschillende benadering tussen *civil* en *common law* rechtstradities, waarbij beperkingen van en uitzonderingen op auteursrecht respectievelijk strikt afgebakend of eerder *open-ended* zijn. Omtrent de conformiteit van de Infosoc-richtlijn met de internationale driestappentoets is immers veel minder discussie. De algemene structuur van artikel 5 Infosoc-richtlijn lijkt meer in overeenstemming te zijn met de driestappentoets dan de Amerikaanse aanpak.⁴⁶⁶ Toch blijft het mogelijk dat een bepaling, opgenomen in de lijst, niet aan de aparte voorwaarden van de driestappentoets voldoet.⁴⁶⁷

. Internationale interpretatie

155. Het rapport van de Zweedse/BIRPI studiegroep voorafgaand aan de herzieningsconferentie van de Berner Conventie in Stockholm bevat een interessante voorloper op het verschil tussen de uitzonderingen en beperkingen in *civil* en *common law* rechtstelsels. Deze studiegroep had overwogen om een restrictieve lijst van beperkingen en uitzonderingen in de Conventie op te nemen in plaats van

⁴⁶⁴ Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Review of Legislation on Copyright and Related Rights, United States, 30 oktober 1996, IP/Q/USA/1, 4.

⁴⁶⁵ R. OKEDIJI, “International Fair Use”, (75) 117-118.

⁴⁶⁶ S. RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, Standing Committee on Copyright and Related Rights, Ninth Session, 23 tot 27 juni 2003, Geneve, SCCR/9/7, 72-73.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, 72.

de driestappentoets, maar besloot na een lange discussie om deze oplossing niet aan te nemen. Dergelijke lijst – zelfs als deze enkel de belangrijkste beperkingen en uitzonderingen bevat – zou namelijk zeer lang zijn en *de facto* de rechten van auteurs aanzienlijk beperken. Op het moment van het opmaken van het rapport erkenden de meeste landen zeer gevarieerde beperkingen en uitzonderingen in hun rechtstelsels en kenden sommige landen een vergoeding toe aan auteurs voor het gebruik. Er was een vrees dat de introductie van een dergelijke restrictieve lijst de opname van álle toegelaten beperkingen en uitzonderingen in de lidstaten zou aanmoedigen en het recht tot vergoeding zou afschaffen. Daarnaast zou elke lijst, ongeacht de lengte, inadequaaf zijn en nooit alle bijzondere gevallen van de nationale wetgeving kunnen omvatten.⁴⁶⁸

156. De interpretatie van de eerste stap zoals vooropgesteld door het WTO panel werd reeds hierboven besproken.⁴⁶⁹ Het begrip “bepaalde” vereist volgens het panel niet dat elke mogelijke situatie waarop de beperking of uitzondering van toepassing zou kunnen zijn, expliciet geïdentificeerd wordt, zolang de draagwijdte van de bepaling gekend is en gespecificeerd wordt. Dit garandeert een voldoende mate van rechtszekerheid.⁴⁷⁰

. Discussie in de rechtsleer

157. Volgens een aantal auteurs is *fair use* in overeenstemming met de eerste stap van de internationale driestappentoets. Gelet op haar internationaalrechtelijk karakter, laat de test volgens hen voldoende ruimte voor zowel *common* als *civil law* rechtstradities.⁴⁷¹ De driestappentoets zelf uit geen voorkeur voor één van beide rechtstradities en lijkt dus zowel een restrictieve lijst als een *open-ended* formule toe te laten.⁴⁷² De formulering van de eerste stap houdt op zich geen verwijzing in naar de continentaal Europese traditie van strikt gedefinieerde en afgebakende bepalingen.⁴⁷³ De afbakening van de verschillende soorten van gebruik moet niet per se door de wetgever gebeuren, maar mag aan de rechtbanken overgelaten worden.⁴⁷⁴ De driestappentoets mag dus volgens SENFTLEBEN niet misbruikt worden om *common law* landen en hun *copyright* tradities meteen via de eerste stap buiten

⁴⁶⁸ Zweedse/BIRPI Studiegroep, Algemeen rapport van 1 juli 1964, Document DA/22/2, 49, voetnoot 24.

⁴⁶⁹ Zie *supra*, nr. 38.

⁴⁷⁰ Panelverslag Copyright, nr. 6.108.

⁴⁷¹ G. WESTKAMP, “The Three-Step Test and Copyright Limitations in Europe: European Copyright Law between Approximation and National Decision Making”, *Journal of the Copyright Society of the USA* 2008, Vol. 56, (1) 12.

⁴⁷² P. GOLDSTEIN en P.B. HUGENHOLTZ, *International Copyright*, 377.

⁴⁷³ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 134-135; 137.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, 163.

spel te zetten.⁴⁷⁵ Een aantal auteurs halen aan dat een open norm die in de wetgeving wordt geformuleerd, zoals *fair use*, toegestaan is.⁴⁷⁶ Sectie 107 bevat namelijk specifieke criteria die een leidraad vormen bij de interpretatie van *fair use*, waardoor de rechtspraak op vaste wijze is geëvolueerd.⁴⁷⁷ Daarnaast zijn in andere jurisdicties vaak via specifieke wettelijke bepalingen bepaalde soorten van gebruik vrijgesteld, die in de VS aan de hand van *fair use* geen toestemming van de auteursrechthebbende behoeven, met dus hetzelfde resultaat tot gevolg.⁴⁷⁸

158. De verklaring van gezaghebbende auteursrechtexperts⁴⁷⁹ haalt specifiek aan dat het vereiste van de eerste stap niet verhindert dat wetgevers *open-ended* beperkingen en uitzonderingen introduceren, voor zover de draagwijdte van deze bepalingen redelijkerwijze voorzienbaar is.⁴⁸⁰ Vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens beschouwt een regel als voorzienbaar indien deze is geformuleerd met voldoende nauwkeurigheid om elk individu – desnoods mits aangepast advies – in staat te stellen zijn gedrag aan te passen.⁴⁸¹ Overeenkomstig de verklaring zouden de hoven en rechtbanken ook *mutatis mutandis* wettelijke beperkingen en uitzonderingen kunnen toepassen op gelijkaardige feitelijke omstandigheden of verdere beperkingen en uitzonderingen kunnen creëren.⁴⁸²

159. De definitieve formulering van de driestappentoets tijdens de herzieningsconferentie van de Berner Conventie te Stockholm werd voorgesteld door het Verenigd Koninkrijk.⁴⁸³ Gelet op deze oorsprong, is *fair use* volgens GEIGER compatibel met de internationaalrechtelijke driestappentoets, aangezien het VK zelf een *fair dealing* uitzondering heeft.⁴⁸⁴ SAMUELSON en HASHIMOTO menen dat *fair use* zelfs meer specifiek is dan *fair dealing*, aangezien de Amerikaanse versie meerdere factoren vooropstelt naast het doel van het gebruik.⁴⁸⁵ Het moet opgemerkt worden dat *fair dealing* niet hetzelfde is als het Amerikaanse *fair use*. De toepassing van *fair dealing* is immers beperkt tot een limitatief aantal doeleinden, met name het gebruik voor kritiek of beoordeling, naast het citeren van een werk en nieuwsverslaggeving van huidige gebeurtenissen.⁴⁸⁶ Louter het gebruik voor deze specifieke doeleinden geniet het voordeel van de uitzondering: andere soorten van gebruik, hoe “fair” ze ook zijn,

⁴⁷⁵ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 279.

⁴⁷⁶ C. ALBERDINGK THIJM, “Fair use”, (145) 152; P. SAMUELSON en K. HASHIMOTO, “Is Fair Use Compatible?”, (1) 1-3.

⁴⁷⁷ P. SAMUELSON en K. HASHIMOTO, “Is Fair Use Compatible?”, (1) 2-3.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, (1) 7.

⁴⁷⁹ Zie *supra*, nr. 36.

⁴⁸⁰ C. GEIGER e.a., “Declaration”, (119) 121.

⁴⁸¹ Zie bv. EHRM 16 februari 2000, nr. 27798/95, *Amann/Zwitserland*, §56.

⁴⁸² C. GEIGER e.a., “Declaration”, (119) 121.

⁴⁸³ WIPO, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm June 11 to June 14, 1967*, Vol. 2, Geneve 1974, 1146.

⁴⁸⁴ C. GEIGER, “The information society”, (1) 5.

⁴⁸⁵ P. SAMUELSON en K. HASHIMOTO, “Is Fair Use Compatible?”, (1) 6.

⁴⁸⁶ Section 30 (1) Copyright, Designs and Patents Act 1988.

zullen niet vrijgesteld worden door de werking van *fair dealing*.⁴⁸⁷ *Fair use* is dus een breder concept dan *fair dealing* en verleent aan gebruikers een algemeen en onbeperkt privilege.⁴⁸⁸

160. Anderen zijn van oordeel dat *fair use* duidelijk niet verenigbaar is met de eerste stap van de driestappentoets en weerleggen de argumenten van auteurs die menen dat *fair use* conform is.⁴⁸⁹ De onbepaaldheid en breedte van deze uitzondering, waardoor *fair use* van toepassing is op allerlei soorten van gebruik van een beschermd werk, leidt tot de conclusie dat deze leer niet gelimiteerd is tot “bijzondere” gevallen.⁴⁹⁰ Ook is de reikwijdte van mogelijke gebruikers onbeperkt, aangezien het gaat om een potentieel verweermiddel in elke procedure voor een inbreuk op *copyright*.⁴⁹¹ Het feit dat de *fair use* test een evenwichtsoefening uitmaakt met verschillende factoren, waarbij geen enkele factor determinerend is, draagt bij aan de onvoorspelbaarheid van deze leer.⁴⁹² Uit het begrip “bepaalde” van de eerste stap wordt een vereiste van rechtszekerheid afgeleid, dat zou ingaan tegen de grote marge die *fair use* toekent aan de rechter. COHEN JEHORAM spreekt duidelijke taal: “*It is clear that the well-known general American Copyright exception of "fair use" does not comply with these requirements, but no government would start a row over this and appeal to a TRIPs panel in order to have this general American exception stricken from the law.*”⁴⁹³

161. RICKETSON hanteert een genuanceerd standpunt en maakt in een studie voor WIPO een onderscheid naargelang de doeleinden van gebruik al dan niet vermeld worden in de preambule van Sectie 107 van de Copyright Act.⁴⁹⁴ De gebruiksmogelijkheden in de preambule zijn louter illustraties die mogelijks als *fair use* kunnen kwalificeren, maar zijn op het eerste zicht wel nauw genoeg gedefinieerd qua toepassingsgebied en draagwijdte. De rechter kan echter andere soorten van gebruik, die niet vermeld worden in de preambule, ook bestempelen als *fair use*. RICKETSON vraagt zich af of een gebruik voor een doel dat niet in de preambule wordt gespecificeerd een “bepaald bijzonder geval” is en of er voldaan is aan de voorwaarde van de eerste stap louter omdat het gebruik “fair” is. De vraag is dus of het concept van “fairheid” op zich voldoende nauw gedefinieerd is en afgebakend qua

⁴⁸⁷ R. BURRELL en A. COLEMAN, *Copyright Exceptions*, 43; N. ELKIN-KOREN en N. WEINSTOCK NETANEL, “Transplanting Fair Use”, (1) 20.

⁴⁸⁸ C. ALBERDINGK THIJM, “Fair use”, (145) 149.

⁴⁸⁹ A. LUCAS, “Reasonable interpretation”, (277) 278-279.

⁴⁹⁰ R. OKEDIJI, “International Fair Use”, (75) 119-120; H. SUN, “Achilles Heel of Copyright”, (267) 291.

⁴⁹¹ R. OKEDIJI, “International Fair Use”, (75) 127-128.

⁴⁹² R. PELTZ, “Global Warming Trend”, (267) 274-275.

⁴⁹³ H. COHEN JEHORAM, “Hidden agenda”, (408) 408.

⁴⁹⁴ S. RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, Standing Committee on Copyright and Related Rights, Ninth Session, 23 tot 27 juni 2003, Geneve, SCCR/9/7 (hieronder: S. RICKETSON, *WIPO Study*).

toepassingsgebied en draagwijdte.⁴⁹⁵ Op het eerste zicht lijkt het antwoord negatief te zijn: het begrip “fairheid” is onvoldoende duidelijk om op voorhand na te gaan welke soorten van gebruik, anders dan specifiek vermeld in de preambule, aan dit criterium zullen voldoen. RICKETSON concludeert dat de niet-gespecificeerde doelstellingen en soorten van gebruik die onder Sectie 107 vallen, waarschijnlijk niet voldoen aan de vereisten van de eerste stap van de driestappentoets. Wel is het mogelijk dat deze omstandigheden steun vinden in andere, specifieke uitzonderingen van de Berner Conventie.⁴⁹⁶

162. Volgens GINSBURG lijkt Sectie 107 van de Copyright Act op het eerste zicht niet gelimiteerd tot “bepaalde bijzondere gevallen”. Niettemin is zij van mening dat de eerste stap eerder begrepen moet worden in termen van de uitkomst van de beoordeling dan van de mogelijkheid om *fair use* als verweermiddel in te roepen. Het potentieel toepassingsgebied van *fair use* is dan wel onbepaald, maar in feite zullen enkel de soorten van gebruik die nauw afgebakend zijn de test doorstaan. De nuance moet wel worden gemaakt dat evoluties in de rechtspraak het toepassingsgebied van *fair use* sterk kunnen uitbreiden, waardoor de compatibiliteit met de eerste stap opnieuw in vraag kan worden gesteld.⁴⁹⁷

ii. Normale exploitatie

163. De tweede stap van de driestappentoets verhindert een conflict met de normale exploitatie van het werk. De vierde factor van *fair use*, die het effect van het gebruik op de potentiële markt voor of waarde van het beschermde werk in acht neemt, lijkt structureel consistent met de tweede stap.⁴⁹⁸ Toch zal een *de facto* overeenstemming met de driestappentoets volgens OKEDIJI niet voldoende zijn voor de VS om aan haar internationale verplichtingen te voldoen, aangezien *fair use* geval per geval wordt beslist en de resultaten van deze evenwichtsoefening zullen verschillen binnen elk hof en elke rechtbank.⁴⁹⁹ GINSBURG merkt op dat bepaalde rechtspraak de beoordeling van de vierde factor kortwikt indien er sprake is van “transformatief” gebruik. Rechtspraak die uit het loutere feit dat het gebruik transformatief is, afleidt dat deze transformatieve markt geen substituut vormt van de markt voor het originele werk, lijkt problematisch onder de tweede stap.⁵⁰⁰

⁴⁹⁵ S. RICKETSON, *WIPO Study*, 68.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, 68-69.

⁴⁹⁷ J. GINSBURG, “Letter from the U.S.”, (1) 22.

⁴⁹⁸ S. RICKETSON, *WIPO Study*, 69; P. SAMUELSON en K. HASHIMOTO, “Is Fair Use Compatible?”, (1) 7-8.

⁴⁹⁹ R. OKEDIJI, “International Fair Use”, (75) 131.

⁵⁰⁰ J. GINSBURG, “Letter from the U.S.”, (1) 22-23.

iii. Onredelijk schaden van legitieme belangen

164. Sectie 107 van de Copyright Act maakt geen expliciete melding van de niet-geldelijke belangen van auteurs. Deze belangen zijn relevant onder de Berner Conventie, maar spelen niet bij de beoordeling onder de TRIPs-overeenkomst. De verwijzing naar niet-gepubliceerde werken in de laatste zinsnede van Sectie 107 geeft wel een belangrijk aspect hieromtrent aan, maar RICKETSON merkt op dat deze bepaling niet determinerend is indien de rechter na een beoordeling van de vier factoren tot *fair use* besluit.⁵⁰¹ Hier moet de nuance gemaakt worden dat het ongepubliceerd karakter van het werk in acht wordt genomen als subfactor onder de tweede factor en dus wel rechtstreeks op de beoordeling van *fair use* kan wegen.⁵⁰² RICKETSON merkt op dat er geen vermelding is in de wet van een nood om te verzekeren dat het al dan niet economisch nadeel aan een auteur proportioneel is of binnen redelijke grenzen valt, maar dergelijke gevallen kunnen eventueel bij de eerste factor van *fair use* in acht worden genomen.⁵⁰³

165. Volgens GINSBURG ligt het grootste probleem van *fair use* niet bij de eerste, maar wel bij de derde stap van de internationaalrechtelijke driestappentoets. Onder deze stap kunnen lidstaten een onredelijk nadeel neutraliseren door in een vergoedingsstelsel te voorzien, inclusief dwanglicenties.⁵⁰⁴ Sectie 107 van de Copyright Act bevat geen equivalent van deze derde stap die de controle van de auteursrechthebbende vervangt door een vergoeding. De uitkomst van een *fair use* beoordeling is immers “*all or nothing*”: ofwel is het gebruik een inbreuk op *copyright*, ofwel is er sprake van *fair use* en dus toegelaten gebruik. In het eerste geval kan de auteursrechthebbende het gebruik stopzetten en/of een schadevergoeding krijgen, in het tweede geval is er geen toestemming van de auteursrechthebbende vereist voor het gebruik én is er ook geen vergoeding verschuldigd. De uitzondering voor *fair use* bevat dus geen mogelijkheid om gebruik te compenseren, alhoewel dat bijvoorbeeld wenselijk zou kunnen zijn om sociale redenen.⁵⁰⁵

e. *Eigen appreciatie*

166. In tegenstelling tot wat wordt betoogd door bepaalde auteurs,⁵⁰⁶ lijkt het van belang om na te gaan of de specifieke rechterlijke toepassing van Sectie 107 in de praktijk overeenstemt met de driestappentoets. Heel wat commentatoren staren zich blind op het feit dat de wettelijke formulering van

⁵⁰¹ S RICKETSON, *WIPO Study*, 69.

⁵⁰² P. SAMUELSON en K. HASHIMOTO, “Is Fair Use Compatible?”, 8.

⁵⁰³ S RICKETSON, *WIPO Study*, 69.

⁵⁰⁴ Zie *supra*, nr. 55-57.

⁵⁰⁵ J. GINSBURG, “Letter from the U.S.”, (1) 3; 23; A. KUR, “Of Oceans”, (287) 299.

⁵⁰⁶ S RICKETSON, *WIPO Study*, 69; R. OKEDIJI, “International Fair Use”, (75) 131.

fair use algemeen en *open-ended* is.⁵⁰⁷ Recente empirische studies tonen echter aan dat het onzeker karakter van de *fair use* rechtspraak te nuanceren valt.⁵⁰⁸ In feite zullen enkel de soorten van gebruik die nauw afgebakend zijn de *fair use* test doorstaan en vrijgesteld worden door de werking van deze uitzondering.⁵⁰⁹ *Fair use* lijkt dan ook in overeenstemming met de internationaalrechtelijke driestappentoets.

167. Wat betreft de eerste stap is de interpretatie van het WTO panel determinerend om te concluderen dat *fair use* conform is, aangezien niet elke gebruiksmogelijkheid geëxpliciteerd moet worden zolang de draagwijdte van de bepaling duidelijk is.⁵¹⁰ Ook de verklaring van gezaghebbende auteursrechtexperts⁵¹¹ lijkt geïnspireerd door deze interpretatie en stelt dat het vereiste van de eerste stap niet verhindert dat wetgevers *open-ended* beperkingen en uitzonderingen introduceren.⁵¹² Het is bovendien denkbaar dat jurisdicties met verschillende rechtstradities gelijkaardige resultaten zullen bekomen omtrent de soorten van gebruik die worden vrijgesteld in de rechtspraak.⁵¹³ Bij de beoordeling van de conformiteit van *fair use* moet ook het bestaan van de verschillende specifieke wettelijke uitzonderingen in de Copyright Act in acht worden genomen.

168. Met betrekking tot de tweede stap kan worden gesteld dat *fair use* conform de driestappentoets is, aangezien in elke zaak de eventuele strijdigheid met de vierde factor wordt overwogen. Gelet op het debat omtrent de geadresseerde van de driestappentoets van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn,⁵¹⁴ is het onduidelijk in welke mate rechters in de EU de concrete afweging van de tweede stap (moeten) maken.

169. Omtrent de derde stap heeft GINSBURG een overtuigend argument wanneer zij het “*all or nothing*” karakter van *fair use* in vraag stelt, waarbij er geen vergoeding verschuldigd is voor gebruik dat als “fair” wordt gekwalificeerd. Toch moet benadrukt worden dat ook de Infosoc-richtlijn slechts in drie gevallen verwijst naar de verplichte betaling van een billijke compensatie,⁵¹⁵ terwijl voor de andere

⁵⁰⁷ Zie *supra*, nr. 160.

⁵⁰⁸ P. SAMUELSON, “Unbundling Fair Uses”, *Fordham Law Review* 2009, Vol. 77, nr. 5, (2537) 2621; M. SAG, “Predicting Fair Use”, *Ohio State Law Journal* 2012, Vol. 73, nr. 1, 47-91; B. BEEBE, “An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions Updated, 1978-2019”, *NYU Journal of Intellectual Property and Entertainment Law* 2020, Vol. 10, nr. 1, 1-39. Zie *infra*, nr. 173-175.

⁵⁰⁹ J. GINSBURG, “Letter from the U.S.”, (1) 22. Zie *supra*, nr. 162.

⁵¹⁰ Zie *supra*, nr. 38 en 156.

⁵¹¹ Zie *supra*, nr. 36 en 158.

⁵¹² C. GEIGER e.a., “Declaration”, (119) 121.

⁵¹³ P. SAMUELSON en K. HASHIMOTO, “Is Fair Use Compatible?”, (1) 1-3; 7.

⁵¹⁴ Zie *supra*, Hoofdstuk 3.3.

⁵¹⁵ Artikel 5, lid 2, a), b) en e) Infosoc-richtlijn.

beperkingen en uitzonderingen de loutere mogelijkheid voor de lidstaten om hierin te voorzien geldt, waardoor een vergoeding onder EU-recht niet altijd gegarandeerd is.

170. De nuance moet tot slot worden gemaakt dat er omtrent de inhoud en interpretatie van de driestappentoets zelf geen eensgezindheid is.⁵¹⁶ GRIFFITHS verwoordt de spanning tussen de conformiteitsbeoordeling van *fair use* en de norm waaraan deze leer getoetst wordt op treffende wijze: *“Is it seriously to be suggested that the carefully evolved, minutely-scrutinised body of fair use doctrine under s 107 is to be invalidated by reference to a “test” which came into being as an intentionally vague political compromise formula and whose meaning and requirements remain almost entirely uncertain. It would certainly be ironic if this were the case. Any unpredictability resulting from the open-ended nature of the fair use doctrine is dwarfed by comparison with that attributable to the impact of the uncertain “three-step test” formula.”*⁵¹⁷

4.4 Fair use in de EU?

a. Algemeen

171. In de Europese rechtsleer gaan sinds enige tijd stemmen op die pleiten voor de invoering van een flexibele *fair-use* bepaling in de EU-wetgeving in de plaats van of aanvullend op de exhaustieve lijst van beperkingen en uitzonderingen van artikel 5 Infosoc-richtlijn. Het gaat in feite om de balans tussen twee principes, waarbij enerzijds flexibiliteit, en anderzijds rechtszekerheid voorop gesteld worden. Het is van belang om te benadrukken dat een zoektocht naar een leer die zowel 100% flexibel, als 100% voorzienbaar is, gedoemd is tot falen.⁵¹⁸ De afweging tussen rechtszekerheid en flexibiliteit hangt samen met respectievelijk gesloten en open systemen met betrekking tot de beperkingen van en uitzonderingen op auteursrecht.⁵¹⁹ Precies afgebakende bepalingen verzekeren voorspelbaarheid, maar flexibele juridische concepten laten dan weer meer ruimte voor rechterlijke appreciatie en billijkheid.⁵²⁰

⁵¹⁶ Zie Hoofdstuk 2.4.

⁵¹⁷ J. GRIFFITHS, “Unsticking the centre-piece”, (87) 93, nr. 33.

⁵¹⁸ *Ibid.*, 91, nr. 27.

⁵¹⁹ E. SCHWARTZ, “An Overview of the International Treatment of Exceptions”, *Journal of the Copyright Society of the USA* 2010, Vol. 5, (473) 474; A. LUCAS, “Reasonable interpretation”, (277) 282.

⁵²⁰ A. KUR, “Of Oceans”, (287) 296; P.B. HUGENHOLTZ, “Flexible Copyright: Can EU Author’s Right Accommodate Fair Use?” in I. STAMATOUDI (ed.), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016, (417) (hieronder: P.B. HUGENHOLTZ, “Flexible Copyright”) 421.

b. *Flexibiliteit in de VS: nood aan rechtszekerheid?*

172. Een belangrijke sterkte van het Amerikaanse *fair use* is de flexibiliteit in de evenwichtsoefening tussen de belangen van rechthebbenden, navolgende auteurs en gebruikers. De rechter kan op efficiënte wijze *fair use* aanpassen op maat van nieuwe gebruiksmogelijkheden en feitenpatronen.⁵²¹ De tegenhanger van deze flexibiliteit is de onvoorspelbaarheid en rechtsonzekerheid van de *fair use* analyse, die sterk afhankelijk is van de concrete feituur en geval per geval wordt verricht.⁵²² Talrijke Amerikaanse commentatoren en rechters hebben *fair use* afgestempeld als hopeloos onvoorspelbaar en onbepaald, een mening die ook wijd wordt gedeeld buiten de VS, onder andere in de EU en haar traditioneel gesloten rechtssystemen wat betreft de beperkingen van en uitzonderingen op auteursrecht.⁵²³

173. Er is desalniettemin een belangrijke strekking in de Amerikaanse rechtsleer die van mening is dat *fair use* in feite een redelijk voorspelbare en stabiele materie van het recht in de VS is, met als belangrijk startpunt de ondertussen geüpdatete kwantitatieve studie door BEEBE van alle *fair use* uitspraken van de federale rechtbanken tot 2019.⁵²⁴ De *fair use* rechtspraak heeft immers een complex systeem van regels en subfactoren ontwikkeld.⁵²⁵ Volgens SAMUELSON is *fair use* meer coherent en voorspelbaar dan tot nu toe werd beweerd, vermits zij benadrukt dat de rechterlijke uitspraken wel degelijk gemeenschappelijke patronen vertonen. Zij deelt de rechtspraak omtrent *fair use* op in categorieën en subcategorieën gebaseerd op het type van gebruik, genaamd beleidsrelevante clusters. Een analyse in het licht van zaken die eerder werden besloten in dezelfde beleidscluster, kan voorspellen of er al dan niet sprake zal zijn van *fair use* in de ogen van de rechter. Deze analyse is geen substituut voor de beoordeling van *fair use* onder de vier factoren, maar vormt een extra dimensie die deze wettelijke beoordeling complementeert. De onderliggende beleidslijnen van *fair use* bevatten onder andere het promoten van de vrijheid van meningsuiting en het feit dat navolgende auteurs eerdere werken kunnen gebruiken als bouwstenen voor hun expressie.⁵²⁶ Op basis van deze taxonomie kan het zoeken naar gemeenschappelijke patronen binnen clusters tot een meer voorspelbaar *corpus*

⁵²¹ D. GERVAIS, "The reverse three-step test", (1) 27; P.B. HUGENHOLTZ, "Flexible Copyright", (417) 424; M. SENFTLEBEN, "The Perfect Match", (231) 238; N. ELKIN-KOREN en N. WEINSTOCK NETANEL, "Transplanting Fair Use", (1) 20-21.

⁵²² P. SAMUELSON, "Unbundling Fair Uses", *Fordham Law Review* 2009, Vol. 77, nr. 5, (2537) (hieronder: P. SAMUELSON, "Unbundling Fair Uses") 2540.

⁵²³ H. COHEN JEHORAM, "Nu de gevolgen van trouw en ontrouw aan de Auteursrechtlijn voor *fair use*, tijdelijke reproductie en driestappentoets", *AMI* 2005, Vol. 5, (153) 155; P.B. HUGENHOLTZ, "Flexible Copyright", (417) 423-424; B. BEEBE, "An Empirical Study", (1) 11. Zie ook N. WEINSTOCK NETANEL, "Making sense of fair use", (715) 716 en de referenties daar.

⁵²⁴ B. BEEBE, "An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions Updated, 1978-2019", *NYU Journal of Intellectual Property and Entertainment Law* 2020, Vol. 10, nr. 1, 1-39.

⁵²⁵ J. GRIFFITHS, "Unsticking the centre-piece", (87) 92, nr. 29.

⁵²⁶ P. SAMUELSON, "Unbundling Fair Uses", (2537) 2541-2542.

van recht leiden dan wanneer de rechtspraak omtrent *fair use* in haar geheel zou worden bekeken. *Fair use* krijgt zo meer het karakter van een algemene regel zonder dat de flexibiliteit van deze bepaling verloren gaat.⁵²⁷

174. WEINSTOCK NETANEL haalt aan dat historische trends in de *fair use* rechtspraak deze leer verder verduidelijken. De rechtspraak vanaf de jaren 1980 tot nu lijkt op een chaotische mix van *ad hoc*, met elkaar tegenstrijdige beslissingen. Een analyse van recente uitspraken leidt echter tot meer coherente resultaten, waarbij de focus vandaag ligt op de vraag of en in welke mate het gebruik door de verweerder “transformatief” is. Deze shift werd in gang gezet door de uitspraak van het Amerikaans Hooggerechtshof in *Campbell*.⁵²⁸ Voorafgaand aan deze zaak werd de *fair use* analyse beheerst door de vraag of het gebruik door de verweerder al dan niet commercieel was en of er schade was aan de potentiële markt voor het originele werk. De inachtneming van deze historische trends maakt van de *fair use* rechtspraak een meer voorspelbaar geheel.⁵²⁹

175. SAG onderzocht de impact van identificeerbare karakteristieken van specifieke uitspraken op de uitkomst van de *fair use* beoordeling.⁵³⁰ Het gaat om de *ex ante* voorspelbaarheid van *fair use*, omdat deze kenmerken en feiten bestaan voorafgaand aan enige rechterlijke uitspraak. Voorbeelden zijn het commercieel karakter van het gebruik, de creatieve aard van het beschermde werk en de hoedanigheid van de gebruiker. Hij toont op grond van een empirische analyse aan dat de *fair use* rechtspraak vaste patronen vertoont naargelang deze karakteristieken al dan niet aanwezig zijn.⁵³¹ Zo leidt SAG bijvoorbeeld af uit zijn resultaten dat een bevinding van *fair use* meer waarschijnlijk is wanneer de verweerder slechts een deel van het originele werk heeft gebruikt, terwijl het commercieel karakter van het gebruik of het feit dat het beschermde werk niet gepubliceerd was geen verifieerbare invloed heeft op de uitkomst van de *fair use* beoordeling.⁵³²

c. Rechtszekerheid in de EU: nood aan flexibiliteit?

176. De voornaamste kritiek op het gesloten systeem van beperkingen en uitzonderingen in de Infosoc-richtlijn is een gebrek aan flexibiliteit.⁵³³ Het voordeel van deze aanpak is dan weer de

⁵²⁷ P. SAMUELSON, “Unbundling Fair Uses”, (2537), 2621.

⁵²⁸ Zie *supra*, nr. 143-146.

⁵²⁹ N. WEINSTOCK NETANEL, “Making sense of fair use”, (715) 734-736.

⁵³⁰ M. SAG, “Predicting Fair Use”, *Ohio State Law Journal* 2012, Vol. 73, nr. 1, 47-91.

⁵³¹ *Ibid.*, 48-49; 51; 85-86.

⁵³² *Ibid.*, 77.

⁵³³ R. BURRELL en A. COLEMAN, *Copyright Exceptions*, 275.

voorspelbaarheid en rechtszekerheid die de lijst met zich meebrengt.⁵³⁴ De lijst van voornamelijk optionele beperkingen en uitzonderingen van de Infosoc-richtlijn wordt bekritiseerd wegens het niet kunnen verwezenlijken van de vooropgestelde harmonisatie.⁵³⁵ Daarom is het ook mogelijk om te stellen dat er net een gebrek aan rechtszekerheid in de EU is, rekening houdend met de optionele aard van de bepalingen en de verschillende nationale implementaties die hieraan werden gegeven.⁵³⁶

177. Het gebrek aan flexibiliteit in gesloten stelsels kan worden genuanceerd. *Civil law* rechtssystemen bevatten immers ook open juridische concepten die verdere rechterlijke interpretatie vereisen. Zo zal geen enkele beperking van of uitzondering op de exclusieve rechten in deze jurisdicties zo specifiek opgesteld zijn dat er geen enkele nood is aan interpretatie of geen enkele ambiguïteit heerst bij een toepassing in een concreet geval.⁵³⁷ Deze rechtssystemen opereren daarnaast binnen een kader van grondwettelijk recht en algemeen privaatrecht, waarbinnen rechters mogelijkheden voor flexibiliteit kunnen vinden buiten het auteursrecht om.⁵³⁸ Rechters die niet tevreden zijn met de letterlijke toepassing van een specifieke bepaling durven wel eens terugvallen op externe open normen, zoals rechtsmisbruik of de vrijheid van meningsuiting, om een bepaalde uitkomst te bewerkstelligen.⁵³⁹

178. De Europese wetgever heeft volgens SENFTLEBEN in de Infosoc-richtlijn noch rechtszekerheid, noch flexibiliteit bereikt.⁵⁴⁰ Artikel 5 Infosoc-richtlijn stelt eerst een gesloten catalogus van beperkingen en uitzonderingen voorop, gevolgd door de driestappentoets. De driestappentoets bestaat uit *open-ended* criteria, maar stelt louter een grens aan de beperkingen en uitzonderingen. Deze test kan niet dienen als rechtsgrond om nieuwe soorten van toegelaten gebruik te creëren, waardoor het potentieel van de flexibiliteit in de driestappentoets onbenut blijft.⁵⁴¹ De introductie van de driestappentoets in de Infosoc-richtlijn en de implementatie van deze test op nationaal niveau heeft de

⁵³⁴ M. SENFTLEBEN, "The Perfect Match: Civil Law Judges and Open-Ended Fair Use Provisions", *American University International Law Review* 2017, Vol. 33, (231) (hieronder: M. SENFTLEBEN, "The Perfect Match") 238.

⁵³⁵ P.B. HUGENHOLTZ, "Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid", *European Intellectual Property Review* 2000, Vol. 20, nr. 11, (499) 501; R. HILTY, en K. KÖKLÜ, "Limitations and Exceptions to Copyright in the Digital Age. Four Cornerstones for a Future-Proof Legal Framework in the EU" in I. STAMATOUDI (ed.), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016, (283) 285. Zie ook *supra*, nr. 62.

⁵³⁶ A. KUR, "Of Oceans", (287) 298; C. GEIGER en E. IZYUMENKO, "Towards a European "Fair Use" Grounded in Freedom of Expression", *American University International Law Review* 2019, Vol. 1, (1) (hieronder: C. GEIGER en E. IZYUMENKO, "European Fair Use") 5-6.

⁵³⁷ GEIGER e.a., "The Three-Step Test Revisited", (581) 614.

⁵³⁸ A. KUR, "Of Oceans", (287) 298; N. ELKIN-KOREN en N. WEINSTOCK NETANEL, "Transplanting Fair Use", (1) 21-22.

⁵³⁹ P.B. HUGENHOLTZ, "Flexible Copyright", (417) 425.

⁵⁴⁰ M. SENFTLEBEN, "The Perfect Match", (231) 240-241.

⁵⁴¹ *Ibid.*, 242.

rechtszekerheid ook aangetast, nu de test het voorwerp is van discussie.⁵⁴² De EU-richtlijn inzake de digitale eengemaakte markt⁵⁴³ heeft deze problemen van de Infosoc-richtlijn, met name het gebrek aan flexibiliteit en rechtszekerheid, niet opgelost.⁵⁴⁴

179. Gelet op de snelheid van technologische veranderingen in de 21^{ste} eeuw, is er nood aan flexibiliteit in het auteursrecht. Het belangrijkste instrument om deze flexibiliteit te bereiken is de beperkingen van en uitzonderingen op de exclusieve rechten van auteursrechthebbenden.⁵⁴⁵ Volgens HUGENHOLTZ is er een toenemende wanverhouding tussen de wetgeving op auteursrecht en opkomende sociale normen. Vele vormen van gebruik werden niet voorzien in de Europees Unierechtelijke wetgeving, waarbij valt te denken aan de exponentiële toename van digitaal onderwijs en de opkomst van online zoekmachines, maar zouden buiten het bereik van de auteursrechtelijke bescherming moeten vallen. Het huidige gesloten wetgevingssysteem voorziet geen perspectief voor deze nieuwe gebruiksmogelijkheden en belemmert daarbij niet alleen culturele, sociale en economische vooruitgang, maar ondermijnt ook de maatschappelijke legitimiteit van het auteursrecht.⁵⁴⁶ De EU kan niet op snelle wijze inspelen op deze veranderingen, gelet op de lange tijdsspanne van de wetgevende cyclus op supranationaal niveau bij de uitvaardiging van regelgeving, en op nationaal niveau bij de implementatie ervan.⁵⁴⁷ Het feit dat er steeds een beroep op de wetgever zal moeten worden gedaan om het stelsel van beperkingen en uitzonderingen aan te passen aan nieuwe technologische ontwikkelingen, leidt ook tot rechtsonzekerheid.⁵⁴⁸

d. Mogelijkheden voor flexibiliteit in de EU

i. Algemeen

180. In een publieke consultatie heeft de Europese Commissie gepeild naar het beste mechanisme om te verzekeren dat het regelgevend kader van de EU en de lidstaten zich kan aanpassen wanneer noodzakelijk. De vraag is hier of een grotere mate van flexibiliteit kan worden ingevoerd terwijl ook het vereiste van rechtszekerheid gegarandeerd wordt.⁵⁴⁹ Het antwoordformulier van de consultatie polst

⁵⁴² P.B. HUGENHOLTZ, "Flexible Copyright", (417) 425; C. GEIGER en E. IZYUMENKO, "European Fair Use", (1) 5-6. Zie *supra*, Hoofdstuk 3.3.

⁵⁴³ Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG, *Pb.L* 130, 17 mei 2019, 92-125.

⁵⁴⁴ C. GEIGER en E. IZYUMENKO, "European Fair Use", (1) 14.

⁵⁴⁵ P.B. HUGENHOLTZ, "Flexible Copyright", (417) 420-421.

⁵⁴⁶ P.B. HUGENHOLTZ, "Flexible Copyright", (417) 418; R. BURRELL en A. COLEMAN, *Copyright Exceptions*, 276.

⁵⁴⁷ P.B. HUGENHOLTZ, "Flexible Copyright", (417) 423; M. SENFTLEBEN, "The Perfect Match", (231) 242-243; C. GEIGER en E. IZYUMENKO, "European Fair Use", (1) 5.

⁵⁴⁸ C. ALBERDINGK THIJM, "Fair use", (145) 146.

⁵⁴⁹ Europese Commissie, *Publieke Consultatie over de Herziening van EU Auteursrecht*, 2013, 17.

naar de mate van gewenste flexibiliteit en geeft enkele voorbeelden van suggesties om deze soepelheid te bereiken, met name interpretaties door de nationale rechtbanken en/of het Hof van Justitie, een open norm of een *fair use*-bepaling.⁵⁵⁰

181. Uit de antwoorden blijkt dat de verschillende *stakeholders* er uiteenlopende opvattingen op nahouden. Volgens de eindgebruikers en consumenten is er meer nood aan flexibiliteit zodat de relevante bepalingen toekomstgericht zijn en zich kunnen aanpassen aan technologische ontwikkelingen. Velen van hen stellen voor om een open norm toe te voegen aan de huidige lijst van beperkingen en uitzonderingen. Sommige consumenten en eindgebruikers halen aan dat de driestappentoets te strikt wordt geïnterpreteerd in de rechtspraak en wensen dat het EU-recht verduidelijkt dat deze test zich louter richt tot de wetgever.⁵⁵¹ Ook institutionele gebruikers, zoals publieke bibliotheken en musea, verkiezen een versterkte flexibiliteit. Zij zien een oplossing in een *fair use*-bepaling in aanvulling van de specifieke lijst, waarbij sommigen onderstrepen dat deze norm ook onderworpen zou moeten zijn aan de driestappentoets.⁵⁵²

182. Het valt niet te verbazen dat de meerderheid van auteurs, uitvoerende kunstenaars, uitgevers, producenten en collectieve beheersorganisaties in tegendeel menen dat de Europese beperkingen en uitzonderingen voldoende flexibel zijn. De introductie van een open norm of *fair use*-bepaling zou het niveau van harmonisatie verminderen en de rechtszekerheid aantasten, terwijl de driestappentoets reeds in voldoende flexibiliteit voorziet. Hierbij moet aangehaald worden dat de driestappentoets evenwel in haar huidige lezing louter de beperkingen en uitzonderingen begrenst. *Fair use*, zo zijn deze *stakeholders* van mening, is niet in overeenstemming met de Europese rechtstradities.⁵⁵³ Alhoewel dit standpunt bijval krijgt van het merendeel van de tussenpersonen en providers, menen enkelen van hen dat het huidige systeem de technologische ontwikkelingen niet kan bijhouden. Zij pleiten voor de introductie van nieuwe uitzonderingen in de lijst of de toevoeging van een open norm, of om te lijst uit te breiden tot vergelijkbare gevallen onder toepassing van de driestappentoets.⁵⁵⁴ Tot slot zijn de lidstaten in het algemeen van oordeel dat de huidige EU wetgeving voldoende flexibel is.⁵⁵⁵

⁵⁵⁰ Europese Commissie, *Publieke Consultatie over de Herziening van EU Auteursrecht*, 2013, 18, vraag 24 en 25.

⁵⁵¹ Europese Commissie, *Verslag over de antwoorden op de Publieke Consultatie over de Herziening van EU Auteursrecht*, 2014 (hieronder: *Verslag Publieke Consultatie*) 33.

⁵⁵² *Verslag Publieke Consultatie*, 3; 34.

⁵⁵³ *Ibid.*, 34.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, 35.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, 35.

ii. Fair use

183. Gelet op haar *open-ended* karakter, heeft de *fair use doctrine* een aantal auteurs geïnspireerd om te pleiten voor de invoering van een gelijkaardige bepaling in de EU om de voornoemde flexibiliteit te verwezenlijken.⁵⁵⁶ De introductie van een dergelijke open norm zou de rechter in staat stellen om zowel met de belangen van rechthebbenden, als die van gebruikers rekening te houden.⁵⁵⁷ Ook Nederland verdedigde bij de totstandkoming van de Infosoc-richtlijn de opname van een *fair use*-bepaling in de tekst van de richtlijn, maar vond geen bijstand bij de andere EU-lidstaten of de Europese Commissie.⁵⁵⁸ Een kopie van Sectie 107 van de Copyright Act in de EU-wetgeving lijkt niet aangewezen,⁵⁵⁹ aangezien de loutere overname van deze wettelijke bepaling zou kunnen leiden tot een afwijzing van deze "*legal transplant*" in rechtssystemen met een andere rechtscultuur.⁵⁶⁰ Een focus op louter wetgevende hervormingen minimaliseert ook de rol van de rechter bij de toepassing van de beperkingen en uitzonderingen. BURRELL en COLEMAN merken vaste patronen in de rechtspraak van het Verenigd Koninkrijk op, waarbij rechters net onvoldoende rekening houden met de belangen van gebruikers.⁵⁶¹

184. Rechtbanken in de EU, inclusief het Hof van Justitie zelf, passen vaak *open-ended* juridische concepten toe, waarbij de voorspelbaarheid en harmonieuze toepassing van deze bepalingen verzekerd wordt door de ontwikkeling van vaste rechtspraak.⁵⁶² Hieromtrent moet volgens GEIGER vermeld worden dat in de EU vooralsnog dat relevant *corpus* van rechtspraak, zoals aanwezig in de VS, ontbreekt.⁵⁶³ Het is wel zo dat deze rechtspraak zich pas zou kunnen ontwikkelen na de invoering van dergelijke *fair use*-bepaling in de wetgeving.

185. Volgens de advocaat-generaal in de zaak *Spiegel Online* zou een soort *fair use*-bepaling in het Unierecht, op grond van overwegingen met betrekking tot de vrijheid van meningsuiting "elke poging tot harmonisatie verword[en] tot wishful thinking", aangezien de effectieve bescherming van de rechten

⁵⁵⁶ C. ALBERDINGK THIJM, "Fair use", (145) 145; M. SENFTLEBEN, "Horizontal Fair Use", (1) 2; T. RENDAS, "Advocate General Szpunar in Spiegel Online (or why we need fair use in the EU)", *JIPLP* 2019, Vol. 14, nr. 4, (265) (hieronder: T. RENDAS, "AG Spiegel Online") 267.

⁵⁵⁷ C. ALBERDINGK THIJM, "Fair use", (145) 145.

⁵⁵⁸ H. COHEN JEHORAM, "Nu de gevolgen van trouw en ontrouw aan de Auteursrechtlijn voor *fair use*, tijdelijke reproductie en driestappentoets", *AMI* 2005, Vol. 5, (153) 156.

⁵⁵⁹ P.B. HUGENHOLTZ, "Flexible Copyright", (417) 429.

⁵⁶⁰ P.B. HUGENHOLTZ, "Flexible Copyright", (417) 423; R. BURRELL en A. COLEMAN, *Copyright Exceptions*, 274.

⁵⁶¹ R. BURRELL en A. COLEMAN, *Copyright Exceptions*, 253.

⁵⁶² P.B. HUGENHOLTZ, "Flexible Copyright", (417) 424; M. SENFTLEBEN, "The Perfect Match", (231) 250-252; 254; C. GEIGER en E. IZYUMENKO, "European Fair Use", (1) 27.

⁵⁶³ C. GEIGER en E. IZYUMENKO, "European Fair Use", (1) 33.

van auteurs aldus afhankelijk zou zijn van de mate waarin de rechters van elk van de lidstaten gevoelig zijn voor de vrijheid van meningsuiting.⁵⁶⁴ Gelet op deze voorgestelde interpretatie van de relatie tussen auteursrecht en fundamentele rechten, werd de nood aan flexibiliteit in de vorm van een *fair use*-bepaling in de rechtsleer benadrukt.⁵⁶⁵

iii. De driestappentoets

186. De rechtsleer stelt ook een meer algemene open norm voor om flexibiliteit in het Europees auteursrechtlandschap te bereiken, vaak geïnspireerd door de driestappentoets.⁵⁶⁶ Volgens HUGENHOLTZ lijkt het EU-recht ruimte te laten voor semi-flexibele normen op nationaal niveau, onder meer gelet op de vermelding in de Infosoc-richtlijn⁵⁶⁷ dat er een rechtvaardig evenwicht tussen uiteenlopende belangen moet gewaarborgd worden.⁵⁶⁸

187. Een oplossing die werd voorgesteld om zowel rechtszekerheid als flexibiliteit te garanderen, bestaat uit een combinatie van een open en gesloten systeem.⁵⁶⁹ Meer bepaald zou een specifieke lijst met nauwkeurig afgebakende bepalingen aangevuld kunnen worden met een flexibele open norm.⁵⁷⁰ Deze suggestie werd ook aangenomen in de European Copyright Code,⁵⁷¹ een tekst opgesteld door een aantal gezaghebbende auteursrechtexperts met als doel de promotie van transparantie en consistentie in Europees auteursrecht. Volgens deze experts zou de codificatie ook kunnen dienen als referentiekader voor een toekomstige harmonisatie en eenmaking op EU-niveau.⁵⁷² De codex erkent in de preambule dat toekomstige exploitatiewijzen en gebruiksmogelijkheden van beschermde werken onvoorspelbaar zijn als gevolg van snelle technologische ontwikkelingen, waardoor er nood is aan een systeem van beperkingen en uitzonderingen met enige flexibiliteit.⁵⁷³

188. De codex bevat een semi-open structuur waarbij eerst een aantal specifieke soorten van gebruik worden opgenoemd, die vervolgens naar analogie kunnen worden uitgebreid zolang dit in

⁵⁶⁴ Conclusie van advocaat-generaal M. Szpunar van 10 januari 2019 in het arrest *Spiegel Online*, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:16, nr. 63.

⁵⁶⁵ T. RENDAS, "AG Spiegel Online", (265) 267.

⁵⁶⁶ C. GEIGER en E. IZYUMENKO, "European Fair Use", (1) 31, voetnoot 135 en referenties daar.

⁵⁶⁷ Overweging 31 Infosoc-richtlijn.

⁵⁶⁸ P.B. HUGENHOLTZ, "Flexible Copyright", (417) 429.

⁵⁶⁹ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 281; P.B. HUGENHOLTZ, "Flexible Copyright", (417) 425.

⁵⁷⁰ L. GUIBAULT e.a., *IViR Study*, 65-67.

⁵⁷¹ The Wittem Project, European Copyright Code, deLex, April 2010, elektronische kopie beschikbaar op https://www.ivir.nl/publicaties/download/Wittem_European_copyright_code_21_april_2010.pdf (hieronder: European Copyright Code).

⁵⁷² European Copyright Code, 9.

⁵⁷³ *Ibid.*, 11.

overeenstemming is met de driestappentoets. De bepalingen werden in een aantal categorieën ondergebracht met het oog op de duidelijkheid van de codex. De concrete voorbeelden in deze categorieën, waaronder soorten van gebruik met een minimale impact en gebruik voor het doel van vrijheid van meningsuiting of informatie, hebben een normatief effect. Artikel 5.5 kan hun werking immers uitbreiden om gelijkaardige soorten van gebruik toe te laten, onderworpen aan de toepassing van de driestappentoets. Een vernieuwend element hierbij is dat ook de legitieme belangen van derden in acht worden genomen.⁵⁷⁴ Het hoofdstuk omtrent de beperkingen en uitzonderingen reflecteert volgens de codex zelf een combinatie van het *open-ended common law* systeem en een exhaustieve opnoeming volgens de *civil law* stijl. Enerzijds verleent de uitbreiding tot soortgelijk gebruik het systeem een flexibiliteit die onontbeerlijk is omdat onmogelijk alle situaties kunnen worden voorzien waarin een beperking gerechtvaardigd zou kunnen zijn. Anderzijds wordt de mogelijkheid van flexibiliteit ingeperkt door de toepassing naar analogie te onderwerpen aan de drie voorwaarden van de driestappentoets.⁵⁷⁵ Volgens GRIFFITHS lijkt artikel 5.5 van deze codex gericht te zijn aan de wetgever, zij het op nationaal of EU-niveau, waardoor enige flexibiliteit sterk verminderd wordt indien gebruikers nog steeds afhankelijk zijn van het trage wetgevende proces.⁵⁷⁶

189. Het verslag van het Europees Parlement over de tenuitvoerlegging van de Infosoc-richtlijn benadrukt dat indien er reeds een uitzondering of beperking van toepassing is, nieuwe soorten van gebruik als gevolg van technologische vooruitgang ter verbetering van de rechtszekerheid zoveel mogelijk moeten worden beschouwd als overeenkomend met de bestaande uitzondering of beperking, mits dit nieuwe gebruik vergelijkbaar is met het bestaande gebruik, waarbij de driestappentoets moet worden toegepast.⁵⁷⁷ Het verslag erkent dat een dergelijke flexibiliteit in de interpretatie van uitzonderingen en beperkingen het mogelijk kan maken om deze bepalingen aan de verschillende nationale omstandigheden en sociale behoeften aan te passen.⁵⁷⁸

190. Velen stellen een nieuwe lezing van de driestappentoets voor, waarbij deze niet wordt gezien als een beperking, maar als een test voor de introductie van nieuwe beperkingen en uitzonderingen. De driestappentoets in haar huidige betekenis is een restrictief instrument en begrenst de beperkingen

⁵⁷⁴ R. HILTY, "Declaration on the "Three-Step Test". Where do we go from here?", *JIPITEC* 2010, nr. 1, (83) 84-85, nr. 13.

⁵⁷⁵ European Copyright Code, 23, voetnoot 48.

⁵⁷⁶ J. GRIFFITHS, "Unsticking the centre-piece", (87) 89-90, nr. 14-15.

⁵⁷⁷ Europees Parlement, *Verslag over de tenuitvoerlegging van Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij*, 24 juni 2015, A8-0209/2015, nr. 43.

⁵⁷⁸ *Ibid.*

van en uitzonderingen op de exclusieve rechten van auteursrechthebbenden.⁵⁷⁹ Een nieuwe interpretatie zou de vorm kunnen aannemen van een lezing van de drie stappen als criteria zoals bij *fair use*.⁵⁸⁰ Er werd ook een “omgekeerde driestappentoets” voorgesteld in de rechtsleer, waarbij eerst de derde stap wordt toegepast en vervolgens de tweede als correctiemaatregel.⁵⁸¹ Er is immers enkel bij de derde stap ruimte voor een belangenafweging tussen auteursrechthebbenden en de maatschappij, waardoor een conflict met de normale exploitatie niet zou mogen verhinderen dat de derde stap wordt toegepast. Een alternatief in deze zin is om de tweede stap van de driestappentoets extreem restrictief te interpreteren om te vermijden dat de marge onder de derde stap verloren gaat.⁵⁸² Een focus op de derde stap, die ruimte laat voor een zekere evenwichtsoefening, kan de voornoemde flexibiliteit bereiken.⁵⁸³

191. Een nieuwe lezing van de driestappentoets in de zin van een positief criterium voor toelaatbare beperkingen en uitzonderingen heeft een aantal voordelen. Zo zijn de bewoordingen van de test internationaal erkend en zou het kunnen dat deze politiek gezien meer aanvaardbaar zijn dan die van het Amerikaanse *fair use*.⁵⁸⁴ Er is evenwel onzekerheid over de betekenis van de voorwaarden van de driestappentoets en een gebrek aan interpretatie in de rechtspraak.⁵⁸⁵ Deze onzekerheden kunnen worden geredieerd aan de hand van een evenwichtige interpretatie,⁵⁸⁶ maar toch blijft de driestappentoets, opgesteld als een begrenzend instrument, volgens GRIFFITHS niet het meest voor de hand liggende mechanisme om meer flexibiliteit in het Europees auteursrecht in te voeren.⁵⁸⁷

192. Het herschrijven van de driestappentoets of de introductie van een open norm zou een aantal praktische moeilijkheden met zich meebrengen, rekening houdend met het trage wetgevende proces vereist om deze aanpassingen te implementeren.⁵⁸⁸ Gelet op de politieke en wetgevende obstakels van deze hervormingen, zien BURRELL en COLEMAN de Infosoc-richtlijn zelf als een startpunt om een

⁵⁷⁹ M. SENFTLEBEN, “The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation”, *JIPITEC* 2010, Vol. 1, (67) 74, nr. 45.

⁵⁸⁰ C. GEIGER, “The information society”, (1) 19; K. KOELMAN, “Fixing the three step test”, (407) 410.

⁵⁸¹ D. GERVAIS, “The reverse three-step test”, 28; C. GEIGER, “The information society”, (1) 19.

⁵⁸² C. GEIGER, “The information society”, (1) 17-19; C. GEIGER, “The Three-Step Test, a Threat?”, (683) 697-698.

⁵⁸³ K. KOELMAN, “Fixing the three step test”, (407) 408; L. GUIBAULT e.a., *IViR Study*, 59.

⁵⁸⁴ J. GRIFFITHS, “Unsticking the centre-piece”, (87) 90, nr. 18.

⁵⁸⁵ C. GEIGER en E. IZYUMENKO, “European Fair Use”, (1) 32.

⁵⁸⁶ C. GEIGER e.a., “Declaration”, 119-122.

⁵⁸⁷ J. GRIFFITHS, “Unsticking the centre-piece”, (87) 90, nr. 18; C. GEIGER en E. IZYUMENKO, “European Fair Use”, (1) 32-33.

⁵⁸⁸ J. GRIFFITHS, *The Three-Step Test in European Copyright Law – Problems and Solutions*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 31/2009, 11.

billijker systeem van beperkingen en uitzonderingen op te bouwen, waarbij de lezing van deze richtlijn zou moeten leiden tot een meer flexibel en werkbaar systeem.⁵⁸⁹

iv. Mensenrechten

193. Tot slot zien GEIGER en IZYUMENKO ook een andere manier om flexibiliteit wat betreft het Europees auteursrecht te bereiken aan de hand van de proportionaliteitstest van de fundamentele mensenrechten, ontwikkeld door het Europees Hof van de Rechten van de Mens, het Hof van Justitie en nationale rechtbanken. Auteursrecht is in essentie het recht dat expressie en informatiestromen regelt, en dus lijkt de proportionaliteit ingebouwd in het recht op vrije meningsuiting een passend alternatief model.⁵⁹⁰

v. Eigen appreciatie

194. De European Copyright Code van het Wittem Project⁵⁹¹ vormt een nuttig voorstel om flexibiliteit in het Europees auteursrechtlandschap te bereiken. Het EU-rechtelijk systeem van strikt afgebakende beperkingen en uitzonderingen blijft immers behouden, maar wordt aangevuld met een *open-ended* norm. De keuze voor de driestappentoets als flexibele norm verdient bijstand. Deze bepaling vormt immers reeds een communautair begrip, in tegenstelling tot het Amerikaanse *fair use*.⁵⁹² De driestappentoets zou in deze nieuwe betekenis echter niet meer gelezen worden als een restrictief instrument, maar als een positief criterium om de toelaatbaarheid van nieuwe beperkingen en uitzonderingen te toetsen.

195. Hierbij zou het aan te raden zijn om de strikte structuur van de drie stappen los te laten, en deze eerder als (niet-determinerende) criteria te lezen zoals de vier factoren onder *fair use*. Deze nieuwe lezing vertegenwoordigt een afwijking van de huidige betekenis van de toets, maar zoals reeds eerder vermeld is er ook over de inhoud van de driestappentoets in haar huidige vorm veel debat en (rechts)onzekerheid. Daarnaast moet de nuance gemaakt worden dat ook de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie niet altijd de strikte volgorde van de drie stappen respecteert. Zo gaat het Hof in de zaak *Public Relations* over tot een beoordeling *in concreto* van de conformiteit van een uitzondering met de driestappentoets, waarbij na de eerste stap vervolgens de derde stap aan bod komt

⁵⁸⁹ R. BURRELL en A. COLEMAN, *Copyright Exceptions*, 276-278.

⁵⁹⁰ C. GEIGER en E. IZYUMENKO, "Towards a European "Fair Use" Grounded in Freedom of Expression", *American University International Law Review* 2019, Vol. 1, (1) 9-10; 35 e.v.

⁵⁹¹ Zie *supra*, nr. 187-188.

⁵⁹² J. GRIFFITHS, "Unsticking the centre-piece", (87) 90, nr. 18.

en tot slot de tweede stap.⁵⁹³ In de zaak *ACI Adam* past het Hof de voorwaarden van artikel 5, lid 5 Infosoc-richtlijn toe op een nationale wettelijke regeling, maar wordt de analyse van de driestappentoets beperkt tot de tweede en derde stap.⁵⁹⁴ Ook de advocaat-generaal in de zaak *Renckhoff* past eerst de tweede en derde stap van de driestappentoets toe, om vervolgens het meest “delicate punt” in die zaak, namelijk de overeenstemming met de eerste stap, na te gaan.⁵⁹⁵ Gelet op deze rechtspraak kan op overtuigende wijze worden beargumenteerd dat de drie stappen eerder als criteria zouden kunnen gelezen worden en niet noodzakelijk als een strikte stapsgewijze test zoals in haar gebruikelijke lezing. Deze interpretatie vindt tot slot ook bijstand in de verklaring van gezaghebbende auteursrechtexperts, waarbij de driestappentoets als een ondeelbaar geheel wordt gezien en een algehele beoordeling vereist.⁵⁹⁶

⁵⁹³ *Public Relations*, r.o. 54-63.

⁵⁹⁴ *ACI Adam*, r.o. 38-40.

⁵⁹⁵ Conclusie van advocaat-generaal M. Campos Sánchez-Bordona van 25 april 2018 in het arrest *Renckhoff*, C-161/17, ECLI:EU:C:2018:279, nr. 122-128.

⁵⁹⁶ Zie *supra*, nr. 36-37.

Conclusie

196. De driestappentoets is als internationale norm van beduidend belang, maar de interpretatie van de drie stappen blijft tot op heden betwist. Er is slechts één uitspraak op internationaal niveau die een uitlegging voorstelt van de auteursrechtelijke driestappentoets, en deze dateert ondertussen van meer dan twee decennia geleden. Toch is er een proliferatie van de driestappentoets in verdragen, handelsakkoorden en EU-richtlijnen, waardoor de centrale onderzoeksvraag van dit onderzoek als volgt luidde: “In welke mate speelt de internationaalrechtelijke driestappentoets op supranationaal en nationaal niveau, meer bepaald in de EU en de VS, om de uitzonderingen op auteursrecht en *copyright* te kaderen?”

197. De EU heeft de driestappentoets geïncorporeerd in de Infosoc-richtlijn, met als gevolg dat er onzekerheid bestaat over de draagwijdte van deze communautaire norm. De rechtspraak van het Europees Hof van Justitie brengt weinig verduidelijking over de vraag of de driestappentoets louter aan de wetgever is gericht, of dat ook nationale rechters deze test kunnen of moeten toepassen. Gelet op het bestaande amalgaam aan rechtspraak waarin de driestappentoets vermeld wordt, lijkt het onwaarschijnlijk dat het Hof zich expliciet over deze kwestie zal uitspreken. Ook op het nationale niveau zijn er verschillen wat betreft de implementatie van de Infosoc-richtlijn in de EU-lidstaten. De driestappentoets geeft in België aanleiding tot onduidelijkheid en interpretatieproblemen van de auteursrechtwetgeving.

198. In de VS situeert het debat omtrent de internationaalrechtelijke driestappentoets zich op het vlak van conformiteit. Heel wat commentatoren staren zich blind op het feit dat de wettelijke formulering van *fair use* algemeen en *open-ended* is, maar het onzeker karakter van deze uitzondering en de eventuele strijdigheid met de eerste stap van de driestappentoets vallen te nuanceren. De argumenten op grond waarvan de overeenstemming met de driestappentoets betwist wordt, kunnen minstens wat betreft de tweede en derde stap weerlegd worden wanneer het EU-recht aan dezelfde toets onderworpen wordt.

199. Het gesloten systeem van beperkingen en uitzonderingen in het EU-recht wordt bekritiseerd wegens een gebrek aan flexibiliteit, zeker in vergelijking met het Amerikaanse *fair use*. De driestappentoets zou hier een rol kunnen spelen als een aanvullende norm om het Europees auteursrechtlandschap te voorzien van een verhoogde mate aan flexibiliteit. Deze hervorming zou een nieuwe interpretatie van de toets impliceren, waarbij de driestappentoets niet meer gelezen wordt als een restrictief instrument, maar als een positief criterium.

Bibliografie

1. Verdragen

- . Berner Conventie van 9 september 1886, laatst herzien in Parijs op 24 juli 1971 en aangepast op 28 september 1979, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1161, 3.
- . Weens Verdragenverdrag van 23 mei 1969, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1155, 331.
- . Bijlage 1C “Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights” bij de Overeenkomst van Marrakesh tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie van 15 April 1994, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1867-69.
- . Bijlage 2 “Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes” bij de Overeenkomst van Marrakesh tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie van 15 April 1994, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1867-69.
- . WIPO Copyright Treaty van 20 december 1996, *United Nations Treaty Series*, Vol. 2186, 203.
- . WIPO Performances and Phonograms Treaty van 20 december 1996, *United Nations Treaty Series*, Vol. 2186, 203.
- . Australia – United States Free Trade Agreement van 18 mei 2004.
- . Verdrag van Marrakesh van 27 juni 2013 om toegang tot gepubliceerde werken te bevorderen voor personen die blind zijn, visueel gehandicapt of anderszins een leeshandicap hebben.

2. Wetgeving en voorbereidende werken

a. VS

- . U.S. CONST., art. I, §8, cl. 8; art. VI, cl.2.
- . An Act to amend and consolidate the Acts Representing Copyright, *Pub. L. No. 60-349*, 35 Stat. 1075 (1909) (1909 Copyright Act).
- . An Act for the general revision of the Copyright Law, Title 17 of the United States Code, and for other purposes, *Pub. L. No. 94-553*, 90 Stat. 2541 (1976) (Copyright Act).
- . An Act to amend title 17, United States Code, to implement the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, as revised at Paris on July 24, 1971, and for other purposes, *Pub. L. No. 100-568*, 102 Stat. 2853 (1988) (Berne Convention Implementation Act).
- . An Act to approve and implement the trade agreements concluded in the Uruguay Round of multilateral trade negotiations, *Pub. L. No. 103-465*, 108 Stat. 4809 (1994) (Uruguay Round Agreements Act).
- . H.R. REP. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. (1976).

b. EU

- . Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *Pb.L 77*, 27 maart 1996, 20-28.
- . Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *Pb.L 167*, 22 juni 2001, 10-19.
- . Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, *Pb.L 376*, 27 december 2006, 28-35.
- . Richtlijn 2006/116/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten, *Pb.L 372*, 27 december 2006, 12-18.
- . Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (gecodificeerde versie), *Pb.L 111*, 5 mei 2009, 16-22.
- . Richtlijn 2012/28/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 inzake bepaalde toegestane gebruikswijzen van verweesde werken, *Pb.L 299*, 27 oktober 2012, 5-12.
- . Richtlijn (EU) 2017/1564 van het Europees Parlement en de Raad van 13 september 2017 inzake bepaalde toegestane vormen van gebruik van bepaalde werken en ander materiaal die door het auteursrecht en naburige rechten beschermd zijn ten behoeve van personen die blind zijn, visueel gehandicapt of anderszins een leeshandicap hebben, en tot wijziging van Richtlijn 2001/29/EG betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *Pb.L 242*, 20 september 2017, 6-13.
- . Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG, *Pb.L 130*, 17 mei 2019, 92-125.

- . Groenboek van de Europese Commissie van 19 juli 1995 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, Doc. COM(95) 382 def.
- . Follow-up van de Europese Commissie van 20 november 1996 op het Groenboek betreffende het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, Doc. COM(96) 586 def.
- . Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (98/C/108/03), *Pb. C 108*, 7 april 1998, 6-13.

c. *België*

- . Verslag, *Parl.St. Kamer* 2003-04, nr. 51-1137/013.
- . Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 51-1137/001.
- . Amendement nr. 56, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 51-1137/004.

d. *Nederland*

- . Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28482, nr. 3.
- . Verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28482, nr. 4.

3. Rechtspraak

a. *Internationaal*

- . WTO Panelverslag over *Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products*, aangenomen op 17 maart 2000, WT/S114/R.
- . WTO Panelverslag over *United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act*, aangenomen op 15 juni 2000, WT/DS160/R.

b. *VS*

i. Supreme Court of the United States

- . *Murray v. The Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) (1804).
- . *Burrow - Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53, 4 S. Ct. 279 (1884).
- . *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239, 23 S. Ct. 298 (1903).
- . *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1, 77 S. Ct. 1222 (1957).
- . *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774 (1984).
- . *Harper & Row, Publrs. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 105 S. Ct. 2218 (1985).
- . *Stewart v. Abend*, 495 U.S. 207, 110 S. Ct. 1750 (1990).
- . *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282 (1991).
- . *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 114 S. Ct. 1164 (1994).
- . *Google LLC v. Oracle Am., Inc.*, 141 S. Ct. 1183 (2021).

ii. Lagere rechtspraak

- . *Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.*, 104 F.2d 661 (2d Cir. 1939).
- . *Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202, 216-218 (2nd Cir. 2015).
- . *Gray v. Russell*, 10 F. Cas. 1035, 1839 U.S. App. LEXIS 332, 2 Law Rep. 294 (C.C.D. Mass. 1839).
- . *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 1841 U.S. App. LEXIS 468 (C.C.D. Mass. 1841).

c. EU

i. Arresten Europees Hof van Justitie

- . Arrest van 6 februari 2003, *SENA/NOS*, C-245/00, ECLI:EU:C:2003:68.
- . Arrest van 5 oktober 2004, *Pfeiffer/Deutsches Rotes Kreuz*, C-397/01 tot en met C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584.
- . Arrest van 12 september 2006, *Laserdisken/Kulturministeriet*, C-479/04, ECLI:EU:C:2006:549.
- . Arrest van 16 juli 2009, *Infopaq International/Danske Dagblades Forening*, C-5/08, EU:C:2009:465.
- . Arrest van 21 oktober 2010, *Padawan/SGAE*, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620.
- . Arrest van 22 december 2010, *Softwarová/Ministerstvo kultury*, C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816.
- . Arrest van 16 juni 2011, *Stichting de Thuiskopie/Opus*, C-462/09, ECLI:EU:C:2011:397.
- . Arrest van 30 juni 2011, *VEWA/Belgische Staat*, C-271/10, ECLI:EU:C:2011:442.
- . Arrest van 4 oktober 2011, *Football Association Premier League/QC Leisure*, C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631.
- . Arrest van 1 december 2011, *Eva-Maria Painer/Standard VerlagsGmbH*, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798.
- . Arrest van 24 januari 2012, *Dominguez/Centre informatique du Centre Ouest Atlantique*, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33.
- . Arrest van 9 februari 2012, *Luksan/van der Let*, C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65.
- . Arrest van 1 maart 2012, *Football Dataco/Yahoo!*, C-604/10, ECLI:EU:C:2012:115.
- . Arrest van 26 april 2012, *DR en TV2 Danmark/NCB*, C-510/10, ECLI:EU:C:2012:244.
- . Arrest van 24 mei 2012, *Amia SpA (in liquidatie)/Provincia Regionale di Palermo*, C-97/11, ECLI:EU:C:2012:306.
- . Arrest van 10 oktober 2013, *Spedition Welter/Avanssur*, C-306/12, ECLI:EU:C:2013:650.
- . Arrest van 27 juni 2013, *VG Wort/Kyocera*, C-457/11 tot en met C-460/11, ECLI:EU:C:2013:426.
- . Arrest van 27 februari 2014, *OSA/Léčebné lázně*, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110.
- . Arrest van 10 april 2014, *ACI Adam/Stichting de Thuiskopie*, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254.
- . Arrest van 5 juni 2014, *Public Relations Consultants/Newspaper Licensing Agency*, C-360/13, ECLI:EU:C:2014:1195.
- . Arrest van 3 september 2014, *Deckmyn en Vrijheidsfonds/Vandersteen*, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132.
- . Arrest van 11 september 2014, *Technische Universität Darmstadt/Ulmer*, C-117/13, ECLI:EU:C:2014:2196.
- . Arrest van 5 maart 2015, *Copydan/Nokia*, C-463/12, ECLI:EU:C:2015:144.
- . Arrest van 16 november 2016, *Soulier en Doke/Premier Ministre*, C-301/15, ECLI:EU:C:2016:878.

- . Arrest van 26 april 2017, *Stichting Brein/Wullems*, C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300.
 - . Arrest van 29 november 2017, *VCAST/RTI*, C-265/16, ECLI:EU:C:2017:913.
 - . Arrest van 7 augustus 2018, *Land Nordrhein-Westfalen/Renckhoff*, C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634.
 - . Arrest van 13 november 2018, *Levola Hengelo/Smile Foods*, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899.
 - . Arrest van 29 juli 2019, *Funke Medien/Bundesrepublik Deutschland*, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623.
 - . Arrest van 29 juli 2019, *Pelham/Hütter*, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624.
 - . Arrest van 29 juli 2019, *Spiegel Online/Volcker Beck*, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625.
- ii. Adviezen Hof van Justitie
- . Advies 3/15 van 14 februari 2017, EU:C:2017:114.
- iii. Beschikkingen Hof van Justitie
- . Beschikking van 17 januari 2012, *Infopaq Internationall/Danske Dagblades Forening*, C-302/10, ECLI:EU:C:2012:16.
- iv. Conclusies advocaten-generaal
- . Conclusie van advocaat-generaal V. Trstenjak van 12 februari 2009 in het arrest *Infopaq I*, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:89.
 - . Conclusie van advocaat-generaal J. Kokott van 3 februari 2011 in het arrest *Premier League*, C-403/08 en C-429/08, ECLI:EU:C:2011:43.
 - . Conclusie van advocaat-generaal N. Jääskinen van 10 maart 2011 in het arrest *Stichting de Thuiskopie*, C-462/09, ECLI:EU:C:2011:133.
 - . Conclusie van advocaat-generaal V. Trstenjak van 12 april 2011 in het arrest *Painer*, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:239.
 - . Conclusie van advocaat-generaal E. Sharpston van 24 januari 2013 in het arrest *VG Wort*, C-457/11 tot en met C-460/11, ECLI:EU:C:2013:34.
 - . Conclusie van advocaat-generaal E. Sharpston van 14 november 2013 in het arrest *OSA*, C-351/12, ECLI:EU:C:2013:749.
 - . Conclusie van advocaat-generaal P. Cruz Villalón van 9 januari 2014 in het arrest *ACI Adam*, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:1.
 - . Conclusie van advocaat-generaal N. Jääskinen van 5 juni 2014 in het arrest *Ulmer*, C-117/13, ECLI:EU:C:2014:1795.

- . Conclusie van advocaat-generaal P. Cruz Villalón van 18 juni 2014 in het arrest *Copydan*, C-463/12, ECLI:EU:C:2014:2001.
- . Conclusie van advocaat-generaal M. Wathelet van 7 juli 2016 in het arrest *Soulier en Doke*, C-301/15, ECLI:EU:C:2016:536.
- . Conclusie van advocaat-generaal M. Campos Sánchez-Bordona van 8 december 2016 in het arrest *Stichting Brein*, C-527/15, ECLI:EU:C:2016:938.
- . Conclusie van advocaat-generaal M. Szpunar van 7 september 2017 in het arrest *VCAST*, C-265/16, ECLI:EU:C:2017:649.
- . Conclusie van advocaat-generaal M. Campos Sánchez-Bordona van 25 april 2018 in het arrest *Renckhoff*, C-161/17, ECLI:EU:C:2018:279.
- . Conclusie van advocaat-generaal M. Szpunar van 10 januari 2019 in het arrest *Spiegel Online*, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:16.
- . Conclusie van advocaat-generaal M. Szpunar van 12 december 2019 in het arrest *Pelham*, C-476/17, ECLI:EU:C:2018:1002.

d. België

- . Brussel 9 september 2005, *AM* 2005, nr. 4, 301-304.

4. Rechtsleer

a. Boeken

- . AUFDERHEIDE, P. en JASZI, P., *Reclaiming Fair Use: How to Put Balance Back in Copyright*, Chicago, The University of Chicago Press, 2011, 199 p.
- . BURRELL, R. en COLEMAN, A., *Copyright Exceptions. The Digital Impact*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 426 p.
- . DÖRR, O. en SCHMALENBACH, K. (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer Ebook, 2018, 1535 p.
- . FICSOR, M., *The law of copyright and the internet: the 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 792 p.
- . DUSOLLIER, S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Brussel, Larcier, 2007, 619 p.
- . GEIREGAT, S., *Digitale en analoge distributie van auteurswerken en software. Volume 1: Analoge distributie en uitputting*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 287 p.
- . GOLDSTEIN, P., en HUGENHOLTZ, P.B., *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford – New York, Oxford University Press, 2013, 591 p.

- . MENELL, P., LEMLEY, M. en MERGES, R., *Intellectual Property in the New Technological Age: 2019, s.l.*, Clause 8 Publishing, 2019, 1263 p.
- . RICKETSON, S. en GINSBURG, J., *International Copyright and Neighbouring Rights: the Berne Convention and Beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 1640 p.
- . SENFTLEBEN, M., *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 340 p.
- . STAMATOUDI, I. en TORREMANS, P. (eds.), *EU Copyright Law: A commentary*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar, 2014, 1227 p.
- . STAMATOUDI, I. (ed.), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016, 480 p.
- . STOLL, P-T., BUSCHE, J. en AREND, K. (eds.), *WTO – Trade-related aspects of intellectual property*, Nederland, Koninklijke Brill NV, 2009, 909 p.
- . TAUBMAN, A., WAGER, H. en WATAL, J., *A Handbook on the WTO TRIPs Agreement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 385 p.
- . VAN EECHOUD, M., HUGENHOLTZ, P.B., VAN GOMPEL, S., GUIBAULT, L., en HELBERGER, N., *Harmonizing European Copyright Law. The Challenges of Better Lawmaking*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 362 p.
- . VANHEES, H., *Handboek intellectuele rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 817 p.

b. Bijdragen in verzamelwerken

- . GEIGER, C. en SCHONHERR, F., “[Article 5 of] The Information Society Directive” in STAMATOUDI, I. en TORREMANS, P. (eds.), *EU Copyright Law. A Commentary*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar, 2014, (395) [434-484] (527).
- . JANSSENS, M.C., “Het algemeen kader en de draagwijdte van de uitzondering voor het kopiëren voor privégebruik” in DE BRANDT, P. en NUYTEN, M. (eds.), *De uitzondering voor het kopiëren voor eigen gebruik en de vergoeding van de schade in een gedematerialiseerde omgeving: uitdagingen en vooruitzichten*, Brussel, Larcier, 2017, 17-62.
- . HILTY, R. en KÖKLÜ, K., “Limitations and Exceptions to Copyright in the Digital Age. Four Cornerstones for a Future-Proof Legal Framework in the EU” in STAMATOUDI, I. (ed.), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016, 283-298.
- . HUGENHOLTZ, P.B., “Flexible Copyright: Can EU Author’s Right Accommodate Fair Use?” in STAMATOUDI, I. (ed.), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016, 417-433.

- . JANSSENS, M.C., “Art. XI.189 WER” in BRISON, F. en VANHEES, H., *Huldeboek Jan Corbet. Het Belgisch auteursrecht: Artikelsgewijze Commentaar*, Brussel, Larcier, 2018, 191-212.
- . LUCAS-SCHLOETTER, A., “Is there a concept of European copyright law? History, evolution, policies and politics and the *acquis communautaire*” in STAMATOUDI, I. en TORREMANS, P., *EU Copyright Law: A commentary*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar, 2014, 7-37.
- . MENELL, P. en SCOTCHMER, S., “Intellectual Property Law” in POLINSKY, M. en SHAVELL, S. (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Elsevier, 2007, 1473-1570.
- . SENFTLEBEN, M., “Overprotection and Protection Overlaps in Intellectual Property Law – the Need for Horizontal Fair Use Defences” in KUR. A en MIZARAS, V. (eds.), *The Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All?*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, elektronische kopie beschikbaar op <https://ssrn.com/abstract=1597123>, 1-31.

c. Tijdschriftartikelen

- . ALBERDINGK THIJM, C., “Fair use: het auteursrechtelijk evenwicht hersteld”, *AMI* 1998, Vol. 9, 145-154.
- . ARNOLD, R. en ROSATI, E., “Are national courts the addressees of the Infosoc three-step test?”, *JIPLP* 2015, Vol. 10, nr. 10, 741-749.
- . BEEBE, B., “An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions Updated, 1978-2019”, *NYU Journal of Intellectual Property and Entertainment Law* 2020, Vol. 10, nr. 1, 1-39.
- . BUYDENS, M., “La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information: le régime des exceptions”, *AM* 2001, 429-444.
- . CABAY, J., “L’épuisement en ligne du droit d’auteur”, *AM* 2013, nr. 5, 303-319.
- . CARLSON, B., “Balancing the Digital Scales of Copyright Law”, *SMU Law Review* 1997, Vol. 50, nr. 3, 825-866.
- . CARTER, E., “Harmonization of Copyright Law in Response to Technological Change: Lessons from Europe about Fair Use and Free Expression”, *The University of La Verne Law Review* 2009, Vol. 30, 312-345.
- . CHRISTIE, A. en WRIGHT, R., “A Comparative Analysis of the Three-Step Tests in International Treaties”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2014, Vol. 45, nr. 4, 409-433.
- . COHEN JEHORAM, H., “Nu de gevolgen van trouw en ontrouw aan de Auteursrechtlijn voor *fair use*, tijdelijke reproductie en driestappentoets”, *AMI* 2005, Vol. 5, 153-161.

- . COHEN JEHORAM, H., “Is there a hidden agenda behind the general non-implementation of the EU three-step test?”, *European Intellectual Property Review* 2009, Vol. 31, nr. 8, 408-410.
- . DAVIES, G., “The Convergence of Copyright and Author’s Rights – Reality or Chimera?” *International Review of Intellectual Property* 1995, Vol. 26, 964-989.
- . DINWOODIE, G., “The Development and Incorporation of International Norms in the Formation of Copyright Law”, *Ohio State Law Journal* 2001, Vol. 62, 733-782.
- . DUSOLLIER, S., “L’encadrement des exceptions au droit d’auteur par le test des trois étapes”, *IRDI* 2005, 212-222.
- . ELKIN-KOREN, N. en WEINSTOCK NETANEL, N. “Transplanting Fair Use Across the Globe: A Case Study Testing the Credibility of U.S. Opposition”, aanstaande *Hastings Law Journal* 2021, Vol. 72, ontwerp 2020, elektronische kopie beschikbaar op https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3598160, 1-73.
- . FAVALE, M., “Fine-tuning European copyright law to strike a balance between the rights of owners and users”, *European Law Review* 2008, Vol. 33, nr. 5, 687-708.
- . FIERENS, A. en VAN DELM, K., “Meer vrijheid aan de horizon”, *Juristenkrant* 29 juni 2016, afl. 332, (2) 2.
- . GEIGER, C., “The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2006, 683-699.
- . GEIGER, C., “From Berne to National Law, via the Copyright Directive: the Dangerous Mutations of the Three-step Test”, *European Intellectual Property Review* 2007, Vol. 29, nr. 12, 486-491.
- . GEIGER, C., “The role of the three-step test in the adaptation of copyright law to the information society”, *UNESCO Copyright Bulletin* 2007, 1-21.
- . GEIGER, C., “Promoting Creativity through Copyright Limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law”, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 2010, Vol. 12, nr. 3, 515-548.
- . GEIGER, C., HILTY, R., GRIFFITHS, J., SUTHERSANEN, U. e.a., “Declaration. A Balanced Interpretation of The ‘Three-Step Test’ in Copyright Law”, *JIPITEC* 2010, 119-122.
- . GEIGER, C., GERVAIS, D., en SENFTLEBEN, M., “The Three-Step Test Revisited: How to use the Test’s Flexibility in National Copyright Law”, *American University International Law Review* 2014, Vol. 29, nr. 3, 581-626.
- . GEIGER, C. en IZYUMENKO, E., “Towards a European “Fair Use” Grounded in Freedom of Expression”, *American University International Law Review* 2019, Vol. 1, 1-74.
- . GEIREGAT, S., “Nieuw in het auteursrecht: de panorama-uitzondering”, *IRDI* 2016, nr. 3, 229-239.

- . GERVAIS, D., "Towards a new core international copyright norm: the reverse three-step test", *Marquette Intellectual Property Law Review* 2005, Vol. 9, nr. 1, 1-35.
- . GINSBURG, J., "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", *Revue Internationale du Droit d'Auteur* 2001, Vol. 187, 2-65.
- . GINSBURG, J., "Letter from the U.S.: Exclusive Rights, Exceptions, and Uncertain Compliance with International Norms – Part II (Fair Use)", *Revue Internationale du Droit d'Auteur* 2014, Vol. 242, Columbia Law & Economics Working Paper nr. 503, elektronische kopie beschikbaar op https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1897/?utm_source=scholarship.law.columbia.edu%2Ffaculty_scholarship%2F1897&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages, 1-23.
- . GOOLD, P., "The Interpretive Argument for a Balanced Three-Step Test?" *American University International Law Review* 2018, Vol. 33, 187-230.
- . GORDON, W., "Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors", *Columbia Law Review* 1982, Vol. 82, nr. 8, 1600-1657.
- . GORDON, W., "Excuse and justification in the law of fair use: Transaction costs have always been part of the story", *Journal, Copyright Society of the U.S.A.* 2003, Vol. 50, 149-198.
- . GRIFFITHS, J. "Unsticking the centre-piece – the liberation of European copyright law?", *JIPITEC* 2010, 87-95.
- . HART, M., "The proposed directive for copyright in the information society: nice rights, shame about the exceptions", *European Intellectual Property Review* 1998, Vol. 20, nr. 5, 169-171.
- . HART, M., "The Copyright in the Information Society Directive: an overview", *European Intellectual Property Review* 2002, Vol. 24, nr. 2, 58-64.
- . HILTY, R. "Declaration on the "Three-Step Test". Where do we go from here?", *JIPITEC* 2010, nr. 1, 83-86.
- . HUGENHOLTZ, P.B., "Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid", *European Intellectual Property Review* 2000, Vol. 20, nr. 11, 499-505.
- . JANSSENS, M.C., "De uitzonderingen op het auteursrecht anno 2005. Een eerste analyse", *AM* 2005/06, Vol. 5-6, 482-511.
- . KOELMAN, K., "Fixing the three step test", *European Intellectual Property Review* 2006, Vol. 28, nr. 8, 407-412.
- . KUR, A., "Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three-Step Test?", *Richmond Journal of Global Law and Business* 2009, Vol. 8, 287-350.
- . LEONARD, T.H., "Le test en trois étapes confié au juge: la mise à mort du droit d'auteur et de ses exceptions?" *Revue du Droit des Technologies de l'Information* 2006, Vol. 25, 209-222.

- . LEVAL, P., "Toward a Fair Use Standard", *Harvard Law Review* 1990, Vol. 103, nr. 5, 1105-1136.
- . LEVAL, P., "Judging under the Constitution: Dicta about Dicta", *NYU Law Review* 2006, Vol. 81, nr. 4, 1249-1282.
- . LUCAS, A., "For a reasonable interpretation of the three-step test", *European Intellectual Property Review* 2010, Vol. 32, nr. 6, 277-282.
- . MALKAWI, B., "A long "TRIP" home: how the Berne Convention, TRIPS Agreement, and other instruments complement the international copyright system", *European Intellectual Property Review* 2013, Vol. 35, nr. 2, 93-107.
- . OKEDIJI, R., "Toward an International Fair Use Doctrine", *Columbia Journal of Transnational Law* 2000, Vol. 39, nr. 1, 75-176.
- . OLIVER, J., "Copyright in the WTO: The Panel Decision on the Three-Step Test", *Columbia Journal of Law & the Arts* 2001, Vol. 25, nr. 2-3, 119-170.
- . PELTZ, R. "Global Warming Trend? The Creeping Indulgence of Fair Use in International Copyright Law", *Texas Intellectual Property Law Journal* 2009, Vol. 27, 267-288.
- . RENDAS, T., "Advocate General Szpunar in Spiegel Online (or why we need fair use in the EU)", *JIPLP* 2019, Vol. 14, nr. 4, 265-267.
- . SAG, M. "Predicting Fair Use", *Ohio State Law Journal* 2012, Vol. 73, nr. 1, 47-91.
- . SAMUELSON, P., "Unbundling Fair Uses", *Fordham Law Review* 2009, Vol. 77, nr. 5, 2537-2621.
- . SAMUELSON, P. "Possible Futures of Fair Use", *Washington Law Review* 2015, Vol. 90, nr. 2, 815-868.
- . SAMUELSON, P. en HASHIMOTO, K., "Is the U.S. Fair Use Doctrine Compatible with Berne and TRIPs Obligations?", artikel in het kader van presentatie voor University of Cyprus Law School conferentie "Universalism or Pluralism in International Copyright Law", 31 mei tot 1 juni 2018, elektronische kopie beschikbaar op https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3228052, 1-22.
- . SASSERATH, O., "Les exceptions au droit de communication au public", *IRDI* 2015, nr. 4, 290-308.
- . SCHWARTZ, E., "An Overview of the International Treatment of Exceptions", *Journal of the Copyright Society of the USA* 2010, Vol. 5, 473-497.
- . SENFTLEBEN, M., "The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation", *JIPITEC* 2010, Vol. 1, 67-82.
- . SENFTLEBEN, M., "The Perfect Match: Civil Law Judges and Open-Ended Fair Use Provisions", *American University International Law Review* 2017, Vol. 33, 231-286.
- . SUN, H., "Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 2007, Vol. 5, 267-331.

- . VINJE, T., “Should we begin digging copyright’s grave?”, *European Intellectual Property Review* 2000, Vol. 22, nr. 12, 551-562.
- . WEINSTOCK NETANEL, N., “Making sense of fair use”, *Lewis & Clark Law Review* 2011, Vol. 15, nr. 3, 715-771.
- . WESTKAMP, G., “The Three-Step Test and Copyright Limitations in Europe: European Copyright Law between Approximation and National Decision Making”, *Journal of the Copyright Society of the USA* 2008, Vol. 56, 1-65.
- . XALABARDER, R., “The role of the CJEU in Harmonizing EU Copyright Law”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2016, Vol. 47, 635-639.
- . ZOLYNSKI, C., “Le test en trois étapes, renouvellement des pouvoirs du juge?”, *LEGICOM* 2007, Vol. 39, 107-113.

5. Andere

a. Studies en rapporten

- . FICSOR, M., *WIPO Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*, Geneve, WIPO, 2003, 317 p.
- . GUIBAULT, L. e.a., *IViR Study on the implementation and effect in member states’ laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society* (final report), Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam, februari 2007.
- . GRIFFITHS, J., *The Three-Step Test in European Copyright Law – Problems and Solutions*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 31/2009.
- . HUGENHOLTZ, P.B. e.a., *IViR Study on the recasting of copyright & related rights for the knowledge economy* (final report), Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam, november 2006.
- . HUGENHOLTZ, P.B. en OKEDIJI, R., *Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright* (final report), Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam en University of Minnesota Law School, 6 maart 2008.
- . RICKETSON, S., *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, Standing Committee on Copyright and Related Rights, Ninth Session, 23 tot 27 juni 2003, Geneve, SCCR/9/7.

b. Overige

- . Zweedse/BIRPI Studiegroep, Algemeen rapport van 1 juli 1964, Document DA/22/2.

- . WIPO, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm June 11 to June 14, 1967*, Vol. 1 en 2, Geneve 1974.
- . Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, *Review of Legislation on Copyright and Related Rights, United States*, 30 oktober 1996, IP/Q/USA/1.
- . The Wittem Project, European Copyright Code, deLex, april 2010, elektronische kopie beschikbaar op https://www.ivir.nl/publicaties/download/Wittem_European_copyright_code_21_april_2010.pdf.
- . Europese Commissie, *Publieke Consultatie over de Herziening van EU Auteursrecht*, 2013.
- . Europese Commissie, *Verslag over de antwoorden op de Publieke Consultatie over de Herziening van EU Auteursrecht*, 2014.
- . Europees Parlement, *Verslag over de tenuitvoerlegging van Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij*, 24 juni 2015, A8-0209/2015.
- . The Constitution of the United States of America - Analysis and Interpretation, Centennial Edition, 2016, Doc. No 112-9.
- . WIPO-Administered Treaties, Contracting Parties, Berne Convention, Malta, <https://wipolex.wipo.int/en/treaties/parties/remarks/MT/15>, geraadpleegd op 3 mei 2021.
- . WTO, Member Information, The European Union and the WTO, https://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/european_communities_e.htm, geraadpleegd op 4 mei 2021.