

# De controverse over de duur van de Amerikaanse auteursrechtelijke bescherming en haar betekenis voor het Nederlandse auteursrecht

*B.P. Sloot\**

## 1. INLEIDING

Eric Eldred, een technisch analist voor een computertijdschrift, ontwierp in 1995 in zijn vrije tijd een website – ‘Eldrich Press’<sup>1</sup> – waarop hij in de loop der tijd een aantal boeken plaatste die niet of nauwelijks meer in druk waren te verkrijgen. Hij beperkte zich tot werken waarvan de auteursrechtelijke bescherming was verlopen, dus tot werken die zich bevonden in het publieke domein.<sup>2</sup> Hij voorzag sommige van deze online boeken, zoals Nathaniel Hawthorne's *The Scarlet Letter* van een glossarium, een tijdbalk, illustraties en een biografie van de auteur. Zijn website, die tienduizenden malen per dag werd bezocht en positieve reacties uit de hele wereld ontlokte, werd een groot succes. In 1997 werd de ‘Eldrich Press’ door de *National Endowment for the Humanities* genoemd als een van de beste websites op het terrein van de humaniora. Aangemoedigd door deze blijken van waardering maakte hij plannen om zijn elektronische bibliotheek flink uit te breiden met werken die successievelijk in het publieke domein terecht zouden komen. Eldreds plannen werden doorkruist door de Sonny Bono Copyright Term Extension Act (CTEA) van 1998,<sup>3</sup> genoemd naar de toen onlangs overleden zanger Sonny Bono die naderhand een politieke carrière maakte als lid van het Huis van

\* Prof. mr. B.P. Sloot LL.M is als hoogleraar intellectuele eigendom verbonden aan de Open Universiteit te Heerlen.

1. <http://www.eldred.ne.mediaone.net/>.

2. Zie Daren Fonda, Copyright Crusader, *The Boston Globe Magazine*, 28 augustus 1999, waaraan de gegevens over Eldred worden ontleend. <http://www.boston.com/globe/magazine/8-29/featurestory1.shtml>.

3. *Pub. L. No. 105-298*, 112 *Stat.* 2827; de bepalingen betreffende de beschermingstermijnen van het auteursrecht zijn neergelegd in 17 *U.S.C. § 301* e.v.

Afgevaardigden. De CTEA verlengt voor nieuwe en reeds bestaande werken de expiratietermijn van het Amerikaanse auteursrecht met een extra twintig jaar. Werken die geproduceerd zijn door individuen worden nu 70 jaar in plaats van 50 jaar p.m.a.<sup>4</sup> beschermd. Werken die anoniem of onder pseudoniem zijn vervaardigd of zijn gemaakt in dienstverband<sup>5</sup> genieten nu een bescherming van 95 jaar na het moment van publicatie. De voorstanders van de CTEA hadden een effectief argument waarmee de wetgever uitstekend uit de voeten kon: bescherming van de Amerikaanse auteursrechten in het buitenland. In het bijzonder had men daarbij Europa waar de meeste royalty's vandaan kwamen op het oog. Indien de Amerikaanse wetgeving niet met de Duurrichtlijn 1993<sup>6</sup> van de Europese Unie, die een beschermingstermijn van 70 jaar p.m.a. biedt, zou worden geharmoniseerd, dan zouden Amerikaanse auteursrechthebbenden op grond van de 'rule of the shorter term' van die richtlijn, inhoudende dat auteursrechthebbenden uit derde landen met een kortere beschermingstermijn dan die van de EU slechts de 'eigen', kortere beschermingsduur genieten, ernstige schade ondervinden.

Voor aanvaarding van deze wet is enorm gelobbyd in het bijzonder door de muziek- en filmindustrie voor wie grote belangen op het spel stonden. Vooral de Walt Disney Corporation kwam op voor zijn belangen.<sup>7</sup> Mickey Mouse, copyright verleend in 1928 als Steamboat

4. P.m.a. staat voor *post mortem auctoris*, d.w.z. na de dood van de auteur.
5. De zgn. 'works made for hire', te vergelijken met het werkgeversauteursrecht van art. 7 Auteurswet.
6. Richtlijn 93/98 EEG van de Raad betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten, *Pb L* 290/9 d.d. 24 november 1993. Hierna: (EU-)duurrichtlijn.
7. Michael Eisner, de voorzitter van het bestuur van Disney zou persoonlijk hebben gelobbyd bij Lott, de voorzitter van de republikeinse fractie in de Senaat, aldus Bill McAllister in zijn artikel 'A Capital Way to Stop a Headache', *The Washington Post*, 15 oktober 1998; zie ook Disney Lobbying for Copyright Extension No Mickey Mouse Effort. Congress OK's Bill Granting Creators 20 More Years, *Chicago Tribune*, 17 oktober 1998. Maar ook de erfgenamen van de muziekrechten van George Gershwin zongen stevig mee in het koor der lobbyisten, ook al omdat in 1999 Gershwins *Rhapsody in Blue* in het publieke domein dreigde te vallen, zie: John Salomon, *Rhapsody in Green*, *The Boston Globe*, 1 maart 1999, p. E02. Neef Mark Gershwin maakte er een punt van dat het de familie niet zo zeer om het geld te doen was als wel om het beheer van de nalatenschap. Zo zou de familie willen verhinderen dat *Porgy en Bess* door niet Afro-Amerikaans artiesten zou worden

Willie, zou zonder een verlenging van de termijn in 2004 het publieke domein hebben betreden, nu wordt dat 2019.<sup>8</sup> Het wetsvoorstel ontmoette nauwelijks georganiseerde tegenstand en de wetgever leek slechts voordelen te zien. De argumenten tegen het wetsvoorstel vanuit een brede kring van hoogleraren auteursrecht<sup>9</sup> waren op een enkele uitzondering na tegen dovemansoren gericht.

Op 27 oktober 1998 werd de CTEA door president Clinton ondertekend en geruisloos ingevoerd omdat alle aandacht op dat moment uitging naar het impeachment schandaal rond de president, dat op dat moment zijn hoogtepunt bereikte met het verschijnen van het *Star Report*.

Eldred liet protesten horen tegen deze wettelijke beperking van zijn werkzaamheden als uitgever en slaagde erin daar enige aandacht voor te krijgen, onder andere van professor Lawrence Lessig van de Harvard Law School. Deze overreedde hem de wet bij de rechter op haar grondwettigheid te laten toetsen. Lessig verwierf steun bij zijn collegae van het Berkman Center for Internet & Society, een onderzoeksinstituut van de Harvard Law School, en was bereid de zaak pro bono op zich te nemen. In januari 1999 maakte Eldred de zaak tegen de regering, i.c. de Minister van Justitie – Janet Reno aanhangig bij de federale rechter te Washington, D.C. Aldus wordt de rechtspolitieke strijd nu gestreden voor de rechter.

Deze bijdrage gaat in op de argumenten die de voor- en tegenstanders van de duurverlenging van de Amerikaanse auteurswet te berde

opgevoerd. John Salomon merkt hierover op: ‘Yet that type of restrictions seems contrary to the Framers’ wishes. Would Shakespeare’s heirs have licensed ‘Romeo and Juliet’ for a musical about a New York City gang war, like ‘West Side Story’? Or Thomas Nast’s descendants have asked for royalty every time Santa Claus or Uncle Sam is depicted?’

8. Volgens de New Yorkse investeringsbank Salomon Smith Barney was ‘Mickey Mouse’ in 1998 goed voor \$8 biljoen aan inkomsten, zie Daren Fonda, ‘*Copyright Crusader*’, voetnoot 2.
9. Statement of Copyright and Intellectual Property Law Professors in Opposition to H.R. 604, H.R. 2589, and S. 505 (‘The Copyright Term Extension Act’) Submitted to the Committees on the Judiciary United States Senate United States and House of Representatives by Dennis S. Karjala, Professor of Law, Arizona State University, January 28, 1998. Dit ‘statement’ van meer dan 30 pagina’s is ondertekend door bijna 60 hoogleraren. Karjala c.s. hebben zich al een vroeg stadium fel gekeerd tegen een verlenging van de beschermingsduur, zie D.S. Karjala, Comment of US Copyright Law Professors on the Copyright Office Term Protection Study and Their Impact on Existing Situations, *EIPR*, 1994/12, pp. 531-537.

hebben gebracht. In § 2 staan de argumenten zoals die bij het wetgevingproces zijn gewisseld centraal. Daarna, in § 3, valt het zoeklicht op *Eldred v. Reno* zelf, de hoofdmoot van deze bijdrage. In de slotparagraaf § 4 wordt betoogd dat kennisname van dit fundamentele debat over auteursrechtelijke beschermingsduur van belang is voor het Europese en dus ook het Nederlandse auteursrecht. De stelling die ik daar zal verdedigen is dat het juridische en rechtspolitieke debat over de beschermingsduur dient te worden heropend.

## 2. ARGUMENTEN VAN DE WETGEVER

De argumenten van de wetgever voor de verlenging van de beschermingstermijn – sedert 1976<sup>10</sup> gold 50 jaar p.m.a. – ontmoetten bij de voorbereiding nauwelijks interne of externe weerstand.<sup>11</sup> Argumenten tegen het wetsvoorstel, afkomstig uit academische kring<sup>12</sup>, vonden slechts weerklank bij enkele senatoren. Die minderheidsstandpunten binnen de Senaatscommissie van de hand van de Senatoren Brown en Kohl getuigen van een grondig meningsverschil met de meerderheid over de noodzaak van een verlenging van de beschermingstermijn.<sup>13</sup>

### *Harmonisatie met het Europese recht en versterking van de betalingsbalans*

De belangrijkste reden die de wetgever voor de verlenging van de termijn aanvoert is de auteursrechtelijke bescherming van Amerikaanse werken in het buitenland. De pijlen zijn daarbij gericht op de Europese Unie die sinds 1993 door de uitvaardiging van de duurrichtlijn een auteursrechtelijke bescherming bood van 70 jaar p.m.a. Door de ‘rule of the shorter term’ van deze richtlijn<sup>14</sup> genieten auteursrechtelijk beschermden werken van buiten de EU een kortere beschermingsduur indien in het oorspronkelijke land een kortere

10. *Public Law* 94-553, 94th Congress, 2nd session, 90 Stat. 2541.

11. The Copyright Term Extension Act of 1995: Hearing before the Committee on the United States Senate, 104th Cong.(1995); House of Representatives, Report no. 150-452 (1998).

12. Zie noot 9.

13. *Senate Report* 104-315, 104th Congress, 2nd session, minderheidsstandpunt Brown, p. 29-37; minderheidsstandpunt Kohl, p. 37-39.

14. Eu-duurrichtlijn art. 7.

termijn geldt – zoals in de VS – dan in de EU. Omdat de meeste buitenlandse royalty's uit Europese Unie komen, is dat nadelig voor de Amerikaanse betalingsbalans.

De minderheid stelde de prangende vraag: sinds wanneer laat de VS de inhoud van haar auteursrecht bepalen door de Europese Unie? Senator Brown wijst er bovendien op dat de 'rule of the shorter term' inconsistent is met de geest van de Conventie van Bern die internationale samenwerking beoogt te stimuleren door buitenlandse auteurs op voet van gelijkheid met de nationale auteurs te behandelen.<sup>15</sup> De VS volgen daarom terecht de discriminerende regel van de 'rule of the shorter term' niet.

De beoogde harmonisatie is bovendien gebrekkig. De landen van de EU die een 'corporate copyright ownership' kennen, verlenen minder (70 jaar) bescherming dan de VS onder het huidige recht doen (75 jaar). Niettemin breidt de CTEA deze beschermingstermijn uit met 20 jaar tot 95 jaar.<sup>16</sup>

#### *Stimulering van de investeringen in bestaande auteursrechtelijk beschermde werken*

Hierbij had het Congres in het bijzonder de conversie van bestaand werk naar digitale vorm op het oog. Zonder een verlengde periode van exclusiviteit zouden deze investeringen niet worden gedaan. Het argument dat hiertegen in wordt gebracht is dat het auteursrecht niet bedoeld is als een subsidieregeling voor ondernemingen. Bovendien is er geen empirische onderbouwing voor de bewering dat de langere beschermingsduur een stimulans vormt voor (her)scheppen van nieuwe werken; in ieder geval is het middel daarvoor te grofmazig.

#### *Faire voorzieningen voor de afstammelingen van de auteurs*

Door de toegenomen levensverwachting zou de termijn van 50 p.m.a. te kort zijn geworden.<sup>17</sup> Na de dood van de auteur zouden de kinderen van de kleinkinderen geen revenuen kunnen ontvangen van het werk. Van zijn kant rekent Senator Brown voor dat de uitbreiding tot 70 jaar

15. Berner Conventie (Akte van Parijs 1971), art. 5.

16. 17 U.S.C. sec. 102 (b)(4).

17. *Senate Report*, p. 28.

p.m.a doorgaans zes of zeven generaties zou beslaan.<sup>18</sup> Is een faire beloning voor auteurs, laat staan hun nazaten, überhaupt wel een grondslag voor het Amerikaanse auteursrecht? De Copyright Clause<sup>19</sup> beoogt slechts een stimulans te geven voor creativiteit.

### *Stimulans voor het creëren van nieuwe werken*

Deze stimulans geldt niet alleen voor individuele auteurs<sup>20</sup> maar ook voor ondernemingen. Volgens de Senaatscommissie zouden de revenuen van reeds bestaande werken het scheppen van nieuwe, risicovolle werken subsidiëren. Deze overweging zou met name gelden voor filmstudio's. Op de lange termijn is dit gunstig voor het publieke domein.<sup>21</sup>

Het is te absurd voor woorden te veronderstellen dat een beschermingstermijn van 50 jaar p.m.a. geen voldoende stimulans voor het scheppen van nieuwe werken zou zijn, aldus Brown. Daar is geen enkel bewijs voor geleverd.<sup>22</sup>

'Do you know any creator that would fail to create if the monopoly grant ran out at life-plus-50 years of protection rather than life-plus-70 years? Would Hemingway have produced another work if he were guaranteed another 20 years of copyright protection? Would Wyeth have painted more? Would Sinatra have sung more? This suggestion is ludicrous.'

Integendeel, verlenging van de beschermingstermijn schaadt het publieke domein. Brown doet een beroep op auteursrechtgeleerde

18. 'To understand how this would apply to current works, look at what life-plus-70 years would mean for the next Irving Berlin. He wrote 'Alexander's Ragtime Band' in 1915. He lived until 1989. If the proposed new standard of life-plus-70 years applied to Berlin, his song, 'Alexander's Ragtime Band' would not be freely available to the public until 2059. The length of Berlin's copyright term or monopoly grant would be from 1915 to 2059, or 144 years from creation. We would thus be denying seven generations of Americans the right to freely use the song'. *Senate Report*, p. 30.
19. 'The Congress shall have [the] 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.' U.S. Const., art. I, sec. 8, cl. 8.
20. Een aantal auteurs had voor het Congres getuigd dat de verwachting van een adequate auteursrechtelijke bescherming voor henzelf maar ook voor hun kinderen en kleinkinderen een belangrijke stimulans vormde. *Senate Report*, p. 31.
21. *Senate Report*, p. 34.
22. *Senate Report*, p. 30.

Nimmer, die op zijn beurt verwijst naar een uitspraak van het Supreme Court.<sup>23</sup>

‘Creative work is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music, and other arts. The immediate effect of our copyright law is to secure a fair return for an author’s creative labor. But the ultimate aim is, by this incentive, to stimulate artistic creativity for the general public good.’

De CTEA geeft ook bestaande werken een extra beschermingstermijn van 20 jaar. Het is onmogelijk om met terugwerkende kracht een stimulans te geven om nieuwe werken te scheppen; bovendien zijn vele auteurs van bestaande werken al overleden. Het gevolg is dat de huidige eigenaren van auteursrechten ten laste van de consument een enorme winst in de schoot krijgen geworpen.

Stimulansen om te scheppen komen voor een deel van werken die zich in het publieke domein bevinden. Deze werken kunnen inspireren, men kan ze bewerken en verbeteren. Doordat de CTEA een 20-jarig moratorium instelt voor het binnentreden van nieuwe werken in het publieke domein, verschaalt het publieke domein. Indien de wet werkelijk de bedoeling heeft om stimulansen te geven dan dienen de auteurs, en niet de eigenaren van het auteursrecht (meestal ondernemingen) de extra 20 jaar te krijgen.<sup>24</sup>

### *Economie versus recht*

De meerderheid heeft voornamelijk oog voor het veronderstelde economische voordeel van de wet; van nadelen rept zij niet. De minderheid stelt daar tegenover dat het economische voordeel gedeels terecht komt bij de auteursrechthebbenden – en dat zijn vooral bedrijven – en dat het Amerikaanse publiek daarvoor de rekening

23. Melville B. Nimmer and David Nimmer, Nimmer on Copyright 1.03[A](1996), onder aanhaling van *Fox Film Corp. v. Doyal*, 286 U.S. 123, 127 (1932) en *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975).

24. Senator Brown had een amendement van die strekking ingediend, dat echter was verworpen. Senator Brown merkt bovendien op dat de auteursrechthebbenden sowieso niet te klagen hebben omdat ook de omvang van het auteursrecht in de VS sterk is toegenomen. Als voorbeeld noemt hij de opreiking van het begrip ‘exclusieve rechten’ dat vóór 1978 werd gedefinieerd in termen van ‘use for profit’ maar nu elke openbare weergave van een werk omvat, ongeacht of hier winst of geen winst mee gemaakt wordt. *Senate Report*, p. 30.

krijgt gepresenteerd. De suggestie van de meerderheid dat de verlenging geen verliezers kent, vindt zij misplaatst. Immers, de verliezer is het publieke domein. Zij doet een nadrukkelijk beroep op de Copyright Clause. Deze is niet bedoeld om de handelsbalans met Europa te verbeteren<sup>25</sup> maar legt de bevoegdheid van het Congres om een auteurswet tot stand te brengen aan banden. In de eerste plaats moet de beschermingsduur beperkt zijn; in de tweede plaats moet het auteursrecht worden verleend aan auteurs; en op de derde plaats moet het auteursrecht de 'useful arts' bevorderen. Op grond van deze criteria kan de CTEA de toets van de Grondwet niet doorstaan.<sup>26</sup>

### 3. ELDRED VERSUS RENO

Het waren vooral economische argumenten, die voor de wetgever de doorslag gaven voor de verlenging van de duur van het auteursrecht. Van juridische, i.c. constitutionele bezwaren wilde de wetgever niet weten. Het is evident dat in de rechtszaal de rollen zijn omgedraaid: hier krijgen de constitutionele argumenten de kans om te floreren, terwijl de economische argumenten er slechts een ondergeschikte, indirecte rol kunnen spelen.<sup>27</sup>

Eldred<sup>28</sup> voert een drietal constitutionele argumenten aan tegen de

25. Minderheidsopvatting van Senator Kohl, *Senate Report*, XI.

26. Het wetsvoorstel werd in 1995 in het Huis van Afgevaardigden en in de Senaat ingediend, waarna beide kamers hoorzittingen hielden. Door toedoen van een lobby van restaurant- en bareigenaren, die een meer omvattende vrijstelling van het betalen van royalty's voor het ten gehore brengen van muziek in hun gelegenheden eisten, duurde het drie jaar voordat hij in maart 1998 van het Huis naar de Senaat werd gezonden. Ten slotte werd het wetsvoorstel in één dag, vlak voor het einde van de Congressionele zittingstermijn, door Senaat en Huis zonder hoofdelijke stemming goedgekeurd om op 28 oktober door President Clinton te worden ondertekend.

27. Marci A. Hamilton, Copyright duration extension and the dark heart of copyright, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 14, 655 - 660, (1996), meent dat constitutionele argumenten wel op dovemansoren moesten rekenen omdat het Congres institutioneel niet is toegerust om daar werkelijk rekening mee te houden. Het Congres is naar haar mening terecht georiënteerd op het nemen van beleidsbeslissingen, p. 657.

28. Naast Eldred hadden zich nog tien eisers geschaard, waaronder een aantal uitgeverijen dat zich had gespecialiseerd in het uitgeven van werken uit het publiek domein (Dover Publications, Higginson Book Company) en het genoemde Berkman Center for Internet and Society van de Harvard Law School. Gemakshalve

CTEA gebaseerd op respectievelijk de Copyright Clause,<sup>29</sup> de Public Trust Doctrine<sup>30</sup> en het Eerste Amendement.<sup>31</sup> Hieronder komen elk van de drie argumenten aan bod, telkens gevolgd door de tegenargumenten van Reno<sup>32</sup> en haar *amici curiae*.<sup>33</sup>

### *Het argument van de Copyright Clause*

Het Congres heeft de bevoegdheid om met inachtneming van de beperkingen van de Copyright Clause auteursrechten te verlenen. De Copyright Clause bepaalt het doel én het middel. Het doel dient te zijn: 'To promote the Progress of Science and useful Arts'; het middel is het verlenen van een 'exclusive Right' voor slechts 'limited Times' aan 'Authors'. Eldred benadrukt dat elk van de gebezigde termen, toen deze door de opstellers in de Grondwet werden opgenomen, een specifieke betekenis had, welke ze ook voor een hedendaagse interpretatie van de Copyright Clause heeft behouden. Deze historische achtergrond levert de ratio van de bepaling en is derhalve van grote betekenis. De opstellers van de Constitutie stonden buitengewoon argwanend tegenover iedere vorm van monopolie, in het bijzonder op het vlak van de vrijheid van meningsuiting. De ervaringen in Engeland – het voormalig moederland – dienden daarbij als afschrikwekkend voorbeeld. Daar had het auteursrecht gediend als een middel tot censuur voor de Kroon.<sup>34</sup> Het doel van de Copyright Clause

wordt slechts van Eldred gesproken.

29. U.S. Const. Art. I, § 8, cl. 8: Het Congres heeft de bevoegdheid 'To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors exclusive Right to their respective and Discoveries'.
30. Op grond van deze doctrine mag een overdracht van publieke goederen ('resources') aan particulieren slechts plaatsvinden indien daarmee een legitiem doel wordt gediend. Het constitutionele karakter van deze in de *common law* gewortelde doctrine wordt door Eldred beargumenteerd door te stellen dat deze geïncorporeerd is in de Due Process Clause., zie *Memorandum van de eisers*, pp. 66-67.
31. Dit luidt, voor zover van belang: Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech, or the press.
32. Janet Reno was gedagvaard in haar capaciteit als Minister van Justitie. 'Reno' en 'de regering' gebruik ik hier als synoniem.
33. De negen *amici curiae* aan de zijde van de regering bestonden o.a. uit Motion Picture Association of America, Inc., National Music Publishers Association, Inc. en de Songwriters Guild of America. Een van hun advocaten was Arthur R. Miller, hoogleraar aan de Harvard Law School.
34. *Memorandum van de eisers*, p. 21; Irah Donner, The Copyright Clause of the U.S. Constitution: Why Did the Framers Include It With Unanimous Approval? 36 *Am.*

is de 'Progress of Science and useful Arts' en dus niet het spekken van de portemonnaie van de uitgevers. De clausule spreekt van 'auteurs' omdat deze, op grond van hun grote aantal, minder snel onder één hoedje zullen spelen met de overheid zoals de uitgevers in Engeland dat hadden gedaan. De omstandigheid dat de Copyright Clause zonder enige discussie in de Constitutie was opgenomen toont de vanzelfsprekendheid van deze interpretatie aan.<sup>35</sup>

Het 'exclusive Right' van de Copyright Clause heeft als doel de auteurs in staat te stellen werken te produceren waar de markt anders verstek zou laten gaan. Door de eis dat na een beperkte tijd het auteursrecht terugkeert in het publieke domein beoogt de Copyright Clause de verspreiding van ideeën te bevorderen. Eldred refereert o.a. aan hetgeen het Hooggerechtshof hierover in 1984 had gezegd.<sup>36</sup>

'The (copyright) monopoly privileges that Congress may authorize are neither unlimited nor primarily designed to provide a special private benefit. Rather, their limited grant is a means by which an important public purpose may be achieved. It is intended to motivate the creative activity of authors and inventors by the provision of a special reward, and to allow the public access to the products of their genius after the limited period of exclusive control has expired.'

Ter ondersteuning van het argument dat 'progress, not profit' de toetssteen is van de Copyright Clause wijst Eldred op de uitspraak van het Hof in *Feist Publications v. Rural Telephone Service Co.*<sup>37</sup> In deze uitspraak had een unaniem Hof de zogenaamde 'sweat-of-the-brow' doctrine ongrondwettig verklaard. Deze doctrine had gedurende lange tijd auteursrechtelijke bescherming geboden aan de opstellers van louter feitencompilaties. *Feist* maakt daar een eind aan met de eis dat slechts werken met een minimum aan originaliteit door de Copyright Clause worden beschermd. Dat het mogelijk is dat daardoor wellicht bepaalde werken niet worden gepubliceerd omdat uitgevers daar van afzien vanwege het gevaar van kopiëren, achtte het Hof kennelijk van geen betekenis. Eldred verbindt hieraan de conclusie dat de Copyright

*J. Legal Hist.* 31, 361 (1992).

35. id.

36. *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.* 464 U.S. 417, 429 (1984).

37. 499 U.S. 340 (1991).

Clause geen algemene oplossing beoogt te bieden voor een gebrekkige marktwerking.<sup>38</sup>

*'Feist means that the only justification for suppressing speech through 'an exclusive right' is when that suppression serves the end of creativity. It is 'Progress', not profit, that is the touchstone of the 'Science and useful Arts Clause'.*

De conclusie van Eldred is dan ook dat de Copyright Clause op grond van historie en jurisprudentie strikte beperkingen stelt aan de wetgever. Een beroep op de 'Necessary and Proper Clause' of de Commerce Clause<sup>39</sup> die het Congres doorgaans zeer ruime wetgevende bevoegdheden verlenen, kunnen de beperkingen van de Copyright Clause niet omzeilen.

### *'Limited Times'*

Wat betekent dit nu voor de bepaling 'limited Times'? Doel van de Copyright Clause is de bevordering van creativiteit en niet het belonen van auteurs. Elke interpretatie van 'limited Times' dient in dit licht te worden geïnterpreteerd. De overheid meent dat 'limited Times' betekent: 'any fixed times'. Die opvatting leidt er volgens Eldred toe dat elke uitbreiding van de wet worden gezien als 'limited'. Hij merkt op dat tussen 1962 en 1998 het Congres de 'limited Times' van de auteurswet van 1909 – 28 jaar, met de mogelijkheid die te verlengen tot een maximum van 56 jaar – elf keer heeft verlengd. Uiteraard was elke verlenging 'limited'. Maar, zo stelt Eldred, daarmee verliest de bepaling elke betekenis. Het Congres dan lijkt op een kind dat gezegd wordt slechts één stuk van de cake te nemen, maar dat, ook na de zoveelste keer dat het een stuk cake heeft gepakt, er op blijft hameren dat het telkens maar één stuk heeft genomen!<sup>40</sup>

De zienswijze van het Congres en de regering dat de 'limited Times' van de CTEA zijn gerechtvaardigd, snijdt volgens de eisers geen hout. In de eerste plaats wordt het doel van de Copyright Clause – 'progress' – niet bevorderd door het retroactieve aspect van de CTEA. De auteur krijgt de extra jaren ongeacht de vraag of de auteursrechthebbende nog iets tot stand brengt. De CTEA kan

38. *Memorandum van de eisers*, p. 24.

39. Art. I, sec.8, U.S. Constitution.

40. *Memorandum van de eisers*, p. 27.

onmogelijk nog een stimulans geven aan auteurs in 1923.<sup>41</sup>

'Even the United States Congress cannot now magically expand the incentives that authors faced in 1923'.

In de tweede plaats wordt door de gewraakte interpretatie van 'limited Times' – het toestaan van een eindeloze reeks verlengingen – de auteursrechthebbenden aangespoord om aan het einde van de termijn weer bij het Congres aan te kloppen voor een verlenging. Door de 'limited Times' vooraf vast te stellen zou juist moeten worden voorkomen dat de auteursrechthebbenden voortdurend bij het Congres zouden bedelen om verlenging van hun recht. Het verweer van de regering dat het democratische wetgevingsproces de verlenging mogelijk maakt, waarvoor, zoals bij alle economische wetgeving, geen bijzondere rechtvaardiging nodig is, wordt door Eldred verworpen. Immers, de specifieke grondwettelijke beperkingen van de Copyright Clause zouden daarmee elke betekenis verliezen. De visie van Eldred op de Copyright Clause is derhalve dat 'limited Times' betekent: een termijn die niet met terugwerkende kracht kan worden verlengd. Deswege is de CTEA ongrondwettig.

#### *'Authors'*

Eldred voert aan dat de CTEA in strijd met de Copyright Clause rechten verleent aan anderen dan 'Authors'. Bij voorgaande wettelijke verlengingen van de auteursrechtelijke termijn was telkens een bepaling opgenomen die auteurs of hun erfgenamen (en niet anderen) het recht gaf op grond van de verlenging hun auteursrecht te vernieuwen, of om de verlenging te beëindigen (bijv. in de wet van 1976<sup>42</sup>). De grief is dat de CTEA hiervan afwijkt door uitdrukkelijk het recht op beëindiging zoals dat in de wet van 1976 was vastgelegd te schrappen.<sup>43</sup>

'This right of termination or renewal expresses a constitutional presumption that any grant of rights under the Copyright Act be to the direct benefits of the authors'.

41. id. p. 27.

42. *Pub. L.* no. 105-298, § 102 (d)(1)(D).

43. *Memorandum van de eisers*, p.31.

Samenvattend komt de stelling van Eldred hier op neer dat de Copyright Clause strikte beperkingen stelt aan de wijze waarop de overheid ‘speech’ mag beperken. Zij mag dat uitsluitend doen met één oogmerk: bevordering van de vooruitgang. Daarvoor staat de overheid slechts de in de Copyright Clause genoemde middelen ter beschikking: het verlenen van een exclusief recht aan ‘Authors’ voor een ‘limited Times’. Door het retroactieve element van de CTEA heeft de overheid deze beperkingen overschreden.

#### *Antwoord van de regering*

De regering, gesteund door een uitgebreid pleidooi van *amici curiae*, begint met de stelling dat het Congres een grote mate van beoordelingsvrijheid toekomt om – binnen het constitutionele kader – wetgeving tot stand te brengen die het meest effectief de doeleinden van de Copyright Clause nastreeft. Zij wijst daarbij op de uitspraak in *Sony Corporation of America v. Universal Studios*<sup>44</sup> die ook door Eldred was aangehaald.<sup>45</sup>

‘(I)t is Congress that has been assigned the task of defining the scope of the limited monopoly to be granted to authors or to inventors in order to give appropriate access to their work product.’

Het Congres hoeft daarbij niet aan te tonen dat elk afzonderlijk auteursrechtelijk beschermd werk de ‘progress’ bevordert maar mag gebruik maken van een breed scala van middelen. Gegeven deze beoordelingsmaatstaf kan er volgens de regering geen twijfel over bestaan dat de redenen die het Congres aanvoert voor de CTEA de toets van de Copyright Clause goed kunnen doorstaan. Over die redenen – harmonisering, nieuwe stimulansen, verspreiding van informatie – zegt ze het volgende.

Door de technologische ontwikkeling en de globalisering van de economie is internationale samenwerking van groot belang voor auteurs om hun werk commercieel te exploiteren en voor de regering om een effectieve bescherming te kunnen bieden aan verleende auteursrechten. De harmonisering van de wetgeving met die van de Europese Unie moet in dat kader worden begrepen. De regering

44. 464 U.S. 417 (1984).

45. id. p. 429.

verwijt Eldred dat die slechts oog heeft voor de bijzondere omstandigheden van individuele auteurs – dood of levend – en niet voor het meer algemene vraagstuk van de rechtsbescherming. Zonder internationale samenwerking in de naleving van auteurswetgeving zou het Congres haar constitutionele plicht verwaarlozen om auteurs ‘the exclusive Right to their respective Writings’ te verzekeren.

De regering verwijst naar het verslag van de Senaat waarin stond dat extra baten van een verlenging van de duur van het auteursrecht om twee redenen gunstig zijn voor de basisfuncties van het auteursrecht. In de eerste plaats vormt het vooruitzicht op extra geld een nieuwe stimulans voor het scheppen van nieuw werk en, in de tweede plaats, kan het geld verkregen door de langere beschermingstermijn worden aangewend als subsidie voor het scheppen van nieuwe werken. Dat laatste is volgens de regering met name van belang voor bijvoorbeeld de filmindustrie en uitgevers, die de productie van marginale en risicovolle werken financieren uit de inkomsten van werken die een lange levensduur hebben.

Het argument van Eldred dat de extra inkomsten geen doeltreffend middel kan zijn voor dode auteurs wordt terzijde geschoven met als tegenargument dat het nu eenmaal niet de taak is van de wetgever om na te gaan of elk auteursrechtelijk beschermd werk de ‘Progress of useful Arts’ bevordert. De CTEA is ook bedoeld om creativiteit op een meer algemene wijze te stimuleren.

De wet geeft impulsen om bestaande werken te bewaren en te verspreiden. De regering wijst op de constatering van de Senaat dat recente technologische ontwikkelingen het nu mogelijk maken om allerlei werken, die anders te gronde zouden gaan, te bewaren en of te herstellen door een proces van digitalisering. De digitale revolutie biedt daartoe nu voorheen ongekende mogelijkheden. Digitalisering vergt echter grote investeringen die zonder het vooruitzicht dat ze op langere termijn kunnen worden terug verdiend niet worden gedaan. Daarom is de door de CTEA geboden verlenging van de duur van het auteursrecht gerechtvaardigd. Deze redenering is in overeenstemming met de Copyright Clause:<sup>46</sup>

‘Creative work is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music and other arts.’

46. *Sony Corporation of America v. Universal Studios* 464 U.S., 431-432 (1984)

### *'Limited Times'*

De regering stelt vast dat óók Eldred vindt dat de beschermingsduur van de CTEA 'limited' is. Waar staat in de Copyright Clause dat de opstellers van de Constitutie het auteursrecht wilden binden aan een vaste termijn? Zij hebben de vaststelling van de duur van de termijn nadrukkelijk willen overlaten aan het oordeel van het Congres. De woorden van de Copyright Clause maken duidelijk dat:<sup>47</sup>

'the exclusive right shall exist but for a limited period, and that period shall be subject to the discretion of Congress'.

De kwestie van de retroactieve werking van de CTEA, waar Eldred zo op hamert, wordt door de regering beantwoord met verwijzing naar de relevante negentiende-eeuwse rechtspraak. Die leert dat het Congres op grond van de Grondwet verregaande bevoegdheden heeft, waaronder het uitvaardigen van retroactief werkende wetgeving.<sup>48</sup> Ook het verwijt dat het Congres met een zekere regelmaat de duur van het auteursrecht verlengt, treft geen doel. Integendeel, de regering stelt met beroep op de rechtspraak dat de bewoordingen van de Copyright Clause ('limited Times') er juist op gericht waren het Congres in staat te stellen dergelijke aanpassingen te maken indien zij dat nodig acht.<sup>49</sup>

'This evolution of the duration of copyright protection tellingly illustrates the difficulties Congress faces in attempting to 'secure for limited Times to Authors .... the exclusive Right to their respective Writings'. .. Absent an explicit statement of congressional intent... , it is not our role to alter the delicate balance Congress has labored to achieve.'

### *'Authors'*

De fundamentele moeilijkheid met de claim van Eldred dat de CTEA aan anderen dan de oorspronkelijke auteur een verlenging van de auteursrechtelijke termijn toekent is, aldus de regering, dat een

47. *Pennock & Sellers v. Dialogue*, 27 U.S. (2 Pet.) 1, 16 (1829).

48. ...for though they (i.e. wijzigingen in het patentrecht) may be retrospective in their operation, that is not a sound objection to their validity; the powers of Congress to legislate upon the subject of patents is plenary by terms of the Constitution, and as there are no restraints on its exercise, or cannot be of their right to modify them at their pleasure, so that they do not take away the rights of property in existing patents, *McClurg v. Kingsland*, 42 U.S. (1 How.) 202, 206 (1843).

49. *Stewart v. Abend*, 495 U.S. 207, 230 \ (1990).

dergelijke bepaling in de CTEA niet voorkomt.<sup>50</sup> Als iemand anders rechten verwerft in een werk, dan komt dat door een handeling van de auteur en niet door een ingreep van de wetgever. Indien in een overeenkomst van een auteur met een wederpartij over een wettelijke verlenging niet is gesproken, dan wordt – volgens de juridische expert die hierover in de Senaat gehoord was – zo'n verlenging geacht deel uit te maken van de overeenkomst.

### *De Public Trust Doctrine*

De tweede claim van Eldred is dat de CTEA in strijd is met de Public Trust Doctrine. Deze doctrine houdt volgens hem in dat de overheid de aan haar toevertrouwde (in 'trust' gegeven) eigendomsrechten van goederen in het publieke domein (de '*commons*') niet in particuliere handen mag laten overgaan zonder dat daar publieke voordelen tegenover staan. De CTEA schendt de doctrine doordat deze een overdracht vanuit de *commons* bewerkstelligt zonder dat daar iets tegenover staat.<sup>51</sup> Eldred analogiseert deze doctrine en stelt, meer in het algemeen, dat op grond van de Public Trust Doctrine een overdracht van publieke goederen van een *commons* naar particulieren slechts mag plaatsvinden indien daarmee een legitiem doel wordt gediend. De Copyright Clause verschaft dat doel niet zodat de overdracht door de CTEA niet rechtsgeldig is.

### *Antwoord van de regering*

De regering stelt hier tegenover dat de Public Trust Doctrine, zoals die in de Engelse common law is ontwikkeld, niet van toepassing is op het auteursrecht. De Public Trust Doctrine heeft slechts betrekking op de zeggenschapsrechten over stukken land die door de getijden onder water komen te staan. Deze stukken land moesten onder het regime van de common law door de koning worden beheerd ten algemeen nutte. De staat mist elke aanspraak op auteursrechtelijk beschermde werken; hij kan dergelijke aanspraken dus ook niet in 'trust' houden. Zelfs indien de Public Trust Doctrine enige toepassing zou hebben op het terrein van het auteursrecht, dan zou een dergelijk uit de common law afkomstige doctrine nimmer wetgeving op grond van de

50. Zie 17 U.S.C. § 201 (d).

51. Memorandum van de eisers, p. 28.

grondwettelijke Copyright Clause terzijde kunnen stellen.

*Het argument van het Eerste Amendement ('Free Speech')*

Naar de mening van regering en *amici curiae* is het standpunt dat de CTEA op grond van een schending van de vrijheid van meningsuiting ongrondwettig is volstrekt onhoudbaar. Besteden de eisers aan dit argument meer dan dertig pagina's, de regering en *amici* volstaan met minder dan twee. Het argument dat de lange beschermingsduur van de auteurswet een vorm van regulering van de vrijheid van meningsuiting is, is dan ook een juridische 'uphill battle'. De redenering van Eldred ziet er als volgt uit.

De CTEA reguleert de vrijheid van meningsuiting door het publiek de rechten te ontnemen die, ware het niet vanwege de CTEA, in het publiek domein zouden zijn gevallen. Zo zou Eldred een elektronische bewerking van het gedicht *New Hampshire* van Robert Frost hebben gepubliceerd als de CTEA dat niet zou hebben verhinderd. Eldred wijst op het precedent van *Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C* (1994),<sup>52</sup> waarin het Hof inzake het beheer van de kabeltelevisie had uitgemaakt dat daar belangen aan de orde waren die rechtstreeks onder de werking van het Eerste Amendement vielen. Derhalve dient de overheid de wet te rechtvaardigen op een wijze zoals dat op het terrein van het Eerste Amendement wordt vereist. Dit betekent in ieder geval dat een eenvoudige 'rational basis test'<sup>53</sup> niet volstaat. Een zwaardere toets is vereist.

De CTEA is volgens Eldred een inhoudsneutrale regeling van de vrijheid van meningsuiting.<sup>54</sup> Een dergelijke regeling dient te worden onderworpen aan de toets van 'intermediate scrutiny'.<sup>55</sup> Het raamwerk voor die test ontlent eisers aan *Turner Broadcasting System, Inc. v.*

52. 512 U.S. 622, 637 (1994).

53. Deze test die vooral wordt gehanteerd voor economische wetgeving werpt slechts een minimale barrière op. Een rechter zal slechts op grond van een evident irrationele verhouding tussen doel en middel van een wet deze ongrondwettig verklaren. Voor wetgeving op bijvoorbeeld het terrein van de grondrechten legt de rechter strengere maatstaven aan die kunnen oplopen in sterkte van 'heightened scrutiny' via 'intermediate scrutiny' naar 'strict scrutiny'.

54. Een inhoudsneutrale 'confer(s) benefits or impose(s) burdens on speech without reference to the ideas or view expressed', *Memorandum van de eisers*, p. 34.

55. Een niet-inhoudsneutrale regeling dient te worden onderworpen aan de zgn. 'test of strict scrutiny'.

FCC,<sup>56</sup> (1997; hierna: *Turner II*):<sup>57</sup>

‘Thus while copyright restricts speech ..., this restriction in turn enables speech. By limiting the rights of some to speak, the law creates an incentive for others to produce. The law functions, then, as the Supreme Court has characterized it, as an ‘engine of expression’.’

Auteursrechten zijn omdat zij een belangrijk overheidsdoel dienen, te weten het bevorderen van de vrijheid van meningsuiting, op zichzelf niet in strijd met het Eerste Amendement. Op dat punt verschilt Eldred niet van mening met de regering. Hun wegen scheiden echter op het punt van de duur waarvoor auteursrechten worden verleend. Hij laat zien, mede aan de hand van een econometrische studie, dat een uitbreiding van de duur voorbij zekere grenzen geen enkele stimulans meer verschaft aan auteurs.<sup>58</sup> Dit is, zo zegt Eldred, geen nieuwe ontdekking. Meer dan 150 jaar geleden schreef T.B. Macaulay al het volgende:<sup>59</sup>

‘the evil effects of the monopoly are proportioned to the length of its duration. But the good effects for the sake of which we bear with the evil effects are by no means proportioned to the length of its duration... (An) advantage that is to be enjoyed more than half a century after we are dead, by somebody, we know not by whom, perhaps by somebody unborn ... is really no motive at all to action’.

De redenering van Macaulay geldt a fortiori voor het retroactieve deel van de CTEA.

De eis van *Turner II* is dat de overheid duidelijk moet maken dat de wet er toe bijdraagt dat de bezwaren van de beperking van ‘speech’ worden verminderd.<sup>60</sup> De overheid moet dus aantonen dat de uitbreiding van de duur van het auteursrecht brandstof levert voor de ‘engine of free expression’.

Volgens Eldred slaagt ze daar niet in. Nergens is er in de wetgevingsgeschiedenis, noch in de processtukken die door de overheid zijn geproduceerd, zo’n redengeving te ontdekken. En als de overheid zou kunnen uitleggen dat de uitbreiding van de duur ook

56. 520 U.S. 180 (1997).

57. *Memorandum van de eisers*, p. 37.

58. Id. p. 38.

59. Id. p. 38.

60. Id. p. 40.

positieve effecten heeft, dan is dat niet voldoende om het retroactieve aspect van de wet in tact te laten, omdat de wet zorgvuldig dient te zijn toegesneden op dat doel. Een zekere ‘narrow tailoring’ is vereist. Er moet tenminste de zekerheid zijn dat de ‘regulation promotes a substantial government interest that would be achieved less effectively absent the regulation’.<sup>61</sup>

Het retroactieve aspect acht Eldred het meest problematisch. In plaats te dienen als een ‘engine of free expression’ fungeert het meer als een rem:<sup>62</sup>

‘It adds nothing, but takes away from the public domain a significant portion of our cultural past. It disables other authors who would use that material to produce derivative works, or who would distribute that original work in other media. ... (T)he CTEA bottles up resources for creative, academic and scholarly work, with no compensation gain in creativity.’

De invloedrijke auteursrechtgeleerde Nimmer had daar al in 1970 verzet tegen aangetekend:<sup>63</sup>

‘Neither of the reasons previously posited justifying first amendment subordination of copyright can justify this extension of an existing copyright term. It can hardly be argued that an author’s creativity is encouraged by such an extension, since the work for which the term is extended has already been created.’

De prospectieve werking van de wet berust volgens Eldred op de volstrekt onredelijke veronderstellingen. Niemand kan toch serieus menen dat een bedrijf beslissingen neemt op basis van een voor-spelling wat er over 100 jaar zou kunnen gebeuren. Hetzelfde geldt voor individuen.<sup>64</sup>

De regering en de *amici* hadden beweerd dat het Eerste Amendement niet van belang is omdat het Hof in eerdere rechtspraak dat al had verworpen en dat de Copyright Act derhalve niet bloot staat aan een verhoogde toets van het eerste Amendement. Eldred stelt daar

61. Id. p. 43.

62. Id p. 48..

63. Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press? 17 *UCLA Law Review*, 1180, 1195 (1970); Robert L. Bard & Lewis Kurlantzick, *Copyright Duration: Duration, Term Extension, The European Union, and the Making of Copyright Policy*, San Francisco, 1999.

64. *Memorandum van de eisers*, p. 43.

tegenover dat het Eerste Amendement luidt: ‘Congress shall make no law’, en niet: ‘Except for Copyright law, Congress shall make no law’. De regering verwacht twee zaken: 1. het Eerste Amendement stelt geen beperkingen aan het Congres inzake het maken van auteursrechtelijke regels, 2. rechters dienen niet de ‘intermediate test of scrutiny’ te hanteren van het Eerste Amendement als verweer tegen een inbreuk op het auteursrecht. Alleen de tweede bewering is juist; het Eerste Amendement stelt wel degelijk beperkingen aan het auteursrecht. Wat de tweede bewering betreft: de hierboven aan *Turner II* ontleende toets is minder streng dan de ‘intermediate scrutiny test’.

Het belangrijkste punt van de Eldred is dat voor de bescherming van de waarden van het Eerste Amendement niet alleen de ‘scope’ (reikwijdte) van het auteursrecht van belang is, maar ook de duur:<sup>65</sup>

‘A copyright law with a generous fair use doctrine would still be unconstitutional where its duration so long as to prevent works from ever entering the public domain. Likewise, a copyright law granting protection for a duration of only a few years would still be unconstitutional if it granted copyright monopolies over ideas as well a expression. The issues are distinct, and one cannot resolve the other.’

In de redenering van Eldred betekent dit dat de *duur* van het auteursrecht als afzonderlijk ‘issue’, naast de reikwijdte, beoordeeld dient te worden in het licht van het Eerste Amendement.

De vraag wordt dan: levert de verlenging van de duur van het auteursrecht een bijdrage aan de waarden van het Eerste Amendement? Geeft de extra verleende termijn nieuwe stimulansen voor creativiteit? De grondwettelijke toets ontleend aan *Turner II* toont aan dat de CTEA die toets niet kan doorstaan.

#### *Antwoord van de regering*

De regering reageert op deze conclusie kort. De stelling dat het auteursrecht een schending zou kunnen inhouden van de vrijheid van meningsuiting is zowel door het Hooggerechtshof als door de Appèlrechter van het District Washington, D.C verworpen.

De dichotomie tussen idee-expressie vormt hierbij de leidraad. Het Eerste Amendement beschermt ideeën, niet de specifieke manier

65. Id. p. 48.

waarop een auteur zich uitdrukt.<sup>66</sup> Omdat eisers op grond van het Eerste Amendement geen aanspraak hebben om auteursrechtelijk beschermd werk te reproduceren, is hun klacht jegens de CTEA zonder grond.

De *amici curiae* zijn nog bondiger. Aan hetgeen de regering had gesteld, voegen zij toe dat het auteursrecht de waarden van de vrijheid van meningsuiting juist bevordert.<sup>67</sup> Maar indien de rechter van mening zou zijn dat een 'intermediate scrutiny' van toepassing is, dan zou de CTEA zo'n toets goed doorstaan omdat de wet belangrijke overheidsbelangen dient die niet gerelateerd zijn aan de onderdrukking van de vrijheid van meningsuiting en die niet zonder een verlenging van de duur van het auteursrecht voor bestaande en toekomstige werken kunnen worden bereikt.<sup>68</sup>

*Amici* merken op dat Eldred lijkt te vergeten dat een rechter geen 'superwetgever' is die over de wijsheid van wetgeving moet oordelen. Eldred is het duidelijk oneens met het oordeel van het Congres dat de publieke voordelen de CTEA rechtvaardigen, maar dat is een politiek oordeel waar de rechter niet in dient te treden.<sup>69</sup>

'The court should therefore dismiss plaintiff's attempt to use the judicial system to further their own economic and philosophical agenda.'

### *Een eerste rechterlijke uitspraak*

In een korte uitspraak van 28 oktober 1999 die minder dan twee pagina's beslaat, stelt de districtrechter de regering in het gelijk<sup>70</sup> en wijst het verzoek om van Eldred af:

1. De CTEA is niet in strijd met het Eerste Amendement omdat deze geen recht verleent op het gebruik van auteursrechtelijk beschermd werk van anderen. Dit is in lijn met bestaand jurisprudentie.<sup>71</sup>
2. Het is binnen de beoordelingsvrijheid van het Congres om de 'limited Times' in te vullen, ook retroactief. Deze opvatting vindt

66. *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985); *United Video v. FCC*, 890 F.2d 1173 (D.C. Cir. 1989).

67. *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 558 -60 (1985).

68. Dit is de test ontleend aan *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 377 (1968).

69. Memorandum van de *amici curiae*, p. 42.

70. U.S. District Court for the District of Columbia, CA 99-0065 (27 oktober 1999).

71. *United Video v. FCC.*, 890, F.2d 1173, 1191 (D.C. Cir. 1989); *Harpers and Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 556 (1985).

steun in jurisprudentie.<sup>72</sup> Een auteur kan op voorhand afspreken om toekomstige voordelen die het Congres verleent over te dragen.<sup>73</sup>

3. De CTEA is niet in strijd met de Public Trust Doctrine omdat die doctrine slechts van toepassing is op bevaarbare wateren.

De eerste frontale aanval op de CTEA is hiermee afgeslagen. Het mag ook geen verwondering heten dat de rechter in eerste aanleg zich conformeert aan bestaande jurisprudentie. Immers, het is de bedoeling van Eldred om nieuwe jurisprudentie te vormen. Eldred stelt dat de door de regering (en nu ook door de districtrechter) aangehaalde jurisprudentie ten onrechte van beslissende betekenis is. Zijn argument is dat de kwestie die hij de rechter voorlegt er een is van '*first impression*', een *prima facie* vraagstuk. Volgens hem zijn er dus helemaal nog geen '*holdings*' waarop de regering of de *amici* een beroep op kunnen doen.<sup>74</sup>

Eldred heeft hoger beroep aangetekend. Het wachten is nu op een uitspraak van de appèlrechter en, daarna wellicht, van het Hoogerechtshof.<sup>75</sup>

#### 4. OP WEG NAAR EEN EUROPESE COPYRIGHT CLAUSE?

De rechtsstrijd die in de Verenigde Staten wordt gevoerd over de beschermingstermijn van het auteursrecht lijkt op het eerste gezicht een typisch Amerikaanse kwestie. De oorspronkelijke conceptua-

72. 'Congress defines the scope of the grant of copyrights to authors or to inventors under its copyright clause power', *Sony Corporation of America v. Universal Studios*, U.S. 417, 429 (1984); 'The limited times period is subject to the discretion of Congress', *Pennock & Sellers v. Dialogue*, 27 U.S. (2 Pet.) 1, 16-17 (1829); 'Congress has authority to enact retrospective law under the copyright clause', *McClurg v. Kingsland* 42 U.S. (1 How.) 2, 206 (1843).

73. *Fred Fisher Music Co. v. M. Witmark & Sons*, 318 U.S. 539, 773 (1985).

74. Replik- memorandum van de eisers, p. 3 e.v.

75. Van tenminste één van de leden van het Supreme Court mag een welwillende houding ten aanzien van de claims van Eldred worden verwacht. Justice Stephen Breyer schreef, toen hij nog als hoogleraar was verbonden aan de Harvard Law School een artikel *The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, 84 *Harvard Law Review* 281 (1970) waarin hij een aantal vooronderstellingen van het auteursrecht ter discussie stelt.

lisering van het auteursrecht zoals die mede blijkt uit de Copyright Clause van de Constitutie, is immers een fundamenteel andere dan die van Europa. Tot zijn kern teruggebracht komt dit verschil neer op het volgende. Het continentaal Europese dogmatische uitgangspunt dat teruggaat op de filosofie van Kant en Hegel is dat hetgeen een auteur heeft gemaakt wordt beschouwd als zijn – morele – eigendom. In de VS daarentegen wordt de auteursrechtelijke bescherming gezien als een middel om het publieke domein te verrijken.<sup>76</sup> Dit betekent dat de voorstanders van een verruiming van de duur van het auteursrecht in de VS een conceptuele barrière ontmoeten, die er aan Europese zijde niet lijkt te zijn.<sup>77</sup>

De Amerikanen die zich verzetten tegen een uitbreiding van de duur van het auteursrecht beroepen zich graag op de discussie over intellectuele eigendomsrechten zoals die door de opstellers van de Constitutie is gevoerd. Het volgende citaat van Thomas Jefferson, dat

76. De hier geformuleerde tegenstelling gaat voorbij aan de grote variatie van hedendaagse theorieën. Cf. William Fisher, *Theories of Intellectual Property*, draft 11/30/98, p. 2-3 (in bezit van schrijver dezes) Fisher onderscheidt in zijn artikel een viertal theorieën met betrekking tot intellectuele eigendom: utilitaire (Bentham, Posner), ‘natuurlijke eigendom’ (Locke, Nozick), ‘persoonlijkheidstheorie’ (Kant, Hegel) en een ‘sociale planningsstheorie’(Jefferson, Netanel). Laatstgenoemde theorie, die zijn voorkeur geniet, lijkt op het utilitarisme met als belangrijke toevoeging dat het een inhoudelijke visie omvat van ‘het goede’ dat niet te herleiden valt tot het grootste goed voor het grootste aantal. Auteursrecht heeft op grond deze theorie een productieve en een structurele functie. Eerstgenoemde ‘provides an incentive for creative expression on a wide array of political, social, and aesthetic issues, thus bolstering the discursive foundations for democratic culture and civic association’. De tweede functie van het auteursrecht ‘supports a sector of creative and communicative activity that is relatively free from reliance on state subsidy, elite patronage, and cultural hierarchy’. Omarming van deze theorie betekent onder andere dat de duur van het auteursrecht beperkt dient te worden opdat het publiek domein wordt vergroot. Spoor en Verkade wijzen er in hun handboek *Auteursrecht*, Deventer, 1993, nr. 8, op dat er voor het auteursrecht twee rechtsgronden zijn aan te wijzen: rechtvaardigheid en maatschappelijk nut. Het zijn deze twee elementen waar een web van juridische regels omheen is gesponnen. De zeven argumentaties voor het auteursrecht die F.G. Grosheide in diens dissertatie *Auteursrecht op maat*, Deventer, 1986, p. 126, onderscheidt, zien zij terecht als een verdere detaillering van dit tweetal. Deze detaillering is overigens wel buitengewoon belangrijk. De keuze van het zwaartepunt van rechtsgrond of argumentatie heeft grote gevolgen voor dit web van juridische regels: de afloop van *Eldred v. Reno* hangt er van af.
77. Artikel 10 EVRM is evenwel een goede kandidaat om als functioneel equivalent voor de Copyright Clause te dienen. Zie verderop in deze paragraaf.

met graagte wordt aangehaald,<sup>78</sup> geeft die politieke theorie bondig weer:<sup>79</sup>

'If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of everyone, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lites his taper at mine, receives light without darkening me. That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and, in nature, be a subject of property benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density at any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement, or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property.'

Niettemin zag Jefferson enig nut in het verlenen van auteursrecht. Het auteursrecht was in zijn ogen een klein kwaad om een groot goed te bewerkstelligen. Kort gezegd: auteursrecht is een tijdelijke concessie van de staat aan de auteur ten behoeve van het algemeen belang. Bovendien kon het altijd weer worden afgeschaft als zich problemen van monopolievorming zouden voordoen. De termijn van veertien jaar (met een optie van nog eens veertien jaar) van de Copyright Act van 1790 is, zoals we hiervoor zagen, in de loop der tijd enorm uitgebreid.

Het Supreme Court heeft herhaaldelijk uitgesproken dat het publieke belang zwaarder moet wegen dan die van de eigenaars van auteursrechten, maar het Congres heeft evenwel keer op keer gevolg gegeven aan hun wensen zodat deze nu een beschermingstermijn genieten van 70 jaar p.m.a. De dogmatische conceptualisering, Thomas Jefferson ten spijt, vormde voor de wetgever geen beletsel voor een verlenging van de duur van het auteursrecht. Aldus is er op het niveau van de regelgeving sprake van een convergentie tussen Europa en de VS. Deze convergentie naar een steeds langere duur valt

78. Bijv. door Lawrence Lessig, 'Reclaiming a Commons,' Keynote address, The Berkman Center 'Building a Digital Commons', 20 mei 1999; 'Jeffersons Nature', toespraak op de University of Virginia, 19 november 1998.

79. Writings of Thomas Jefferson, Vol VI, p. 180-81 (H.A. Washington ed., 1854) (brief aan Isaac McPherson, 13 augustus 1813) (geciteerd in *Graham v. John Deere Co.* 383 U.S. 1, 8-9 n.2 (1966)).

naar mijn mening vooral te verklaren uit de omstandigheid dat de politieke context van het auteursrecht in beide jurisdicties structurele gelijkenis vertoont.

*Politieke context van het auteursrecht: VS en Europa*

De politieke strijd – voor zover daar al sprake van was – over de verlenging van het auteursrecht in de VS, kan worden gekenschetst als een conflict tussen de belangen van een groep specifieke voorstanders van de CTEA tegenover de belangen van een zeer diffuse groep tegenstanders ervan. De goed georganiseerde film- en muziekindustrie was in staat haar belangen goed te articuleren en aan te geven wat de voordelen van de CTEA zouden zijn. Georganiseerde tegenstanders ontbraken. Het grote publiek had geen weet van de CTEA. Bovendien bestaat zijn concrete financiële nadeel uit een te verwaarlozen verhoging van de prijs van boek, filmkaartje of geluidsdrager. Degenen die zich opwierpen het publieke domein te beschermen hadden een veel abstracter, minder tot de verbeelding sprekend ‘verhaal’ te stellen tegenover het ‘harde’ voordeel van de handelsbalans. En wie kan het oneens zijn met een harmonisering van het auteursrecht met dat van de EU? Dat de beoogde harmonisering maar gedeeltelijk met de CTEA werd bereikt, speelde geen rol van betekenis.<sup>80</sup> Het is niet al te gewaagd te veronderstellen dat de rechtspolitieke kaarten in Europa op soortgelijke wijze worden geschud.<sup>81</sup> Hoewel de Nederlandse regering zich sterk heeft verzet tegen de Europese richtlijn<sup>82</sup> heeft dat geen

80. De voor de hand liggende vraag waar het Amerikaanse auteursrecht wordt vastgesteld: in Brussel of in Washington, D.C.? werd om opportunistische redenen (door de meerderheid in het Congres niet gesteld).
81. W.F. Verkade, *Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid*, Deventer 1990, p. 14-15; Spoor en Verkade, *o.c.* p. 9-10: ‘In het maatschappelijk krachtenspel lijken de rechthebbenden het tij mee te hebben, meer dan de voorstanders van vrije concurrentie.’ Zie ook A.A. Quaedvlieg, Copyright’s Orbit Round Private, Commercial and Economic Law – The Copyright System and the Place of the User, 29 *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 420, 432, 435-438 (1998) waarin hij aandacht vraagt voor het ontbreken van een institutioneel gewaarborgde inbreng ter bescherming van de informatievrijheid met betrekking tot het Europese auteursrecht waardoor de belangen van de burgers onvoldoende aan bod komen.
82. Nederland gaf na de stemming een verklaring af waarin zij sterk afzette tegen de Europese duurrichtlijn. Zij veroordeelde het resultaat en de wijze waarop dit tot stand was gekomen op grond van de eenzijdig aandacht voor de belangen van

resultaat gehad.<sup>83</sup> Overigens is publiek protest in Nederland bij mijn weten niet gehoord. Vanuit de academische kring van beoefenaren van het auteursrecht is weliswaar kritiek geleverd op de verlenging van de beschermingsduur,<sup>84</sup> maar die kritiek lijkt nu weggeëbd.<sup>85</sup>

### *Strange bedfellows?*

Dezelfde auteursrechtelijke deken waaronder de VS en Europa zich bevinden kan echter niet verhullen dat zich daaronder in dogmatisch opzicht *strange bedfellows* bevinden. Senator Brown drukte dat in zijn minderheidstandpunt over de CTEA als volgt uit:

auteurs en uitgevers ten koste van de gebruikers en op grond van het ontbreken van een serieus onderzoek naar alternatieven, zie: Explanation by the Netherlands Delegation of Vote on the Directive Harmonizing the Term of Protection of Copyright and Certain Related Rights, in: *Annex, Council of Ministers Press Release 93-172*, Luxembourg, 29 oktober 1993. Zie ook de uittalingen van Minister van Justitie Sorgdrager tijdens het debat over de wetgeving ter implementatie van de EU-duurrichtlijn in de Eerste Kamer. Ook het Parlement ging mokkend akkoord. De ernstige bedenkingen van het Economisch en Sociaal Comité van de EU (*Advies over het Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de harmonisatie van de beschermingsduur van het auteursrecht en van bepaalde met het auteursrecht verwante rechten*, Pb C 27, d.d. 30 januari 1993, pp. 53-56, tegen de termijn van 70 jaar p.m.a. en haar pleidooi voor een uniforme 50 jaar p.m.a. vonden geen bijval bij de Europese regelgevende gremia.

83. De stemverhouding was acht voor, drie tegen (Luxemburg, Nederland en Portugal) en één stemonthouding (Ierland).
84. Bijv. door Spoor/Verkade, *o.c.* p. 445 met verwijzing naar enige literatuur; E.A. Mout-Bouwman, Verstoort de harmonisatie de harmonie in het auteursrecht? In: *Intellectuele eigendom & reclamerecht*, 1992, pp. 134-138 somt een aantal andere problemen van de duurrichtlijn op. Zie ook W.R. Cornish, Intellectual Property, in: *Yearbook of European Law*, vol. 13 (1993), p. 485 e.v. voor een zeer kritisch onderzoek naar de rechtvaardiging en gevolgen van de duurrichtlijn.
85. Na aanvaarding van de duurrichtlijn werd nog wel een levendig debat gevoerd over de overgangsrechtelijke problematiek van de 'herlevende rechten' waarvoor de richtlijn weinig aanknopingspunten bood. Om praktische redenen heeft de wetgever die rechten niet aan de oorspronkelijke auteur maar aan de laatste auteursrechthebbende verleend. De ingewikkeldheid van deze materie ontlokte enkele participanten aan de discussie de verzuchting: 'Overigens was o.i. de voornaamste reden voor verlenging dat er zo nodig geharmoniseerd moest worden en dat een verkorting meer bezwaren zou opleveren dan een verlenging. Dit laatste is iets waar wij steeds meer aan gaan twijfelen.' D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, Een nieuwe specialisatie: auteursrechtelijke genealogie. Aan wie moeten de herlevende of verlengde auteursrechten toekomen? In: *Informatierecht/AMI* 1995, p. 47-49, op p. 47, noot 3.

‘(T)his bill does not harmonize the American concept of copyrights with that of European countries. They typically view a copyright as a moral right which gives creators a near perpetual monopoly in their work. The American view of copyright is much different: we provide creators with a bundle of exclusive rights to exploit their work, but only for a limited time as required by the U.S. Constitution. Thus, our copyright system is more limited.’

De rechtsstrijd van *Eldred v. Reno*, die nu langzaam zijn weg zoekt naar het Hooggerechtshof, is te beschouwen als een conflict tussen de oorspronkelijke Jeffersoniaanse benadering van het auteursrecht als een noodzakelijk kwaad en de door de Amerikaanse wetgever in navolging van de Europese gehuldigde benadering waarin het auteursrecht in toenemende mate als een ‘gewoon’ eigendomsrecht wordt gezien. Het robbertje dat deze *strange bedfellows* nu voor de rechter vechten is vanwege het fundamentele karakter ook voor Europa en dus Nederland van betekenis. De Amerikaanse discussie dwingt ook de Europese gemeenschap van auteursrechtdeskundigen zich te bezinnen op de dogmatische grondslag voor de gekozen duur van de auteursrechtelijke bescherming.<sup>86</sup> Het wordt tijd om het ach en wee over de lange beschermingsduur te vertalen in een zoektocht naar een berekeneerde grondslag ervoor. Dat een uiteindelijke keuze nimmer met mathematische precisie kan worden bepaald en bovendien aan de wetgever is voorbehouden, wordt meteen toegegeven maar betekent niet dat al bij voorbaat de handdoek in de ring moet worden gegooid.<sup>87</sup> Het is de taak van de auteursrechtswetenschap juridisch dogmatische argu-

86. S. Ricketson (in zijn studie *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Kluwer, 1987, p. 321-323) concludeert dat de Berner Conventie nooit serieus onderzoek heeft verricht naar twee belangrijke vragen met betrekking tot de beschermingsduur: waarom een uniforme duur voor alle werken? En: wat is de grondslag voor de duur? Als reden geeft hij de nadruk die altijd gegeven aan de ‘natural property rights’ van de auteur in zijn werk: ‘In this respect, ideology has replaced critical inquiry, and has led to a long period of protection – the life of the author plus 50 years – becoming enshrined as an absolute value that has seldom been challenged, except where there have been moves for further extension’. Zie van dezelfde schrijver, *The Copyright Term*, in: *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1992, pp. 753-785.

87. R.L. du Bois, De opstanding, een kwestie van geloof, in: *Informatierecht/AMI* 1995, pp. 129-131: De verlenging van de beschermingsduur is in de grond geen juridische maar een religieus-filosofische kwestie. Zo zijn ook discussies tussen diegenen die in de verlenging van de beschermingsduur geloven en diegenen die dat geloof niet delen vruchteloos gebleken.

menten te leveren voor de grenzen van de beschermingsduur. In het kader van deze bijdrage formuleer ik, geïnspireerd door *Eldred v. Reno*, daarvoor enkele gedachten. Ik beperk me daarbij tot de vraag of het in artikel 10 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) neergelegde grondrecht van de informatievrijheid<sup>88</sup> daarvoor een juridisch aanknopingspunt kan bieden.

### *Artikel 10 EVRM: een Europese Copyright Clause?*

De vraag of naast de omvang en reikwijdte de *duur* van het auteursrecht een zelfstandig element is waarover een rechterlijk toets mogelijk is, is in Nederland bij mijn weten nog niet gesteld. Verkade heeft in zijn oratie van 1990 weliswaar de lans gebroken om de intellectuele eigendomsrechten, waaronder het auteursrecht, scherper in het vizier van artikel 10 te brengen, maar noemt bij de vele voorbeelden niet de duur van de auteursrechtelijke bescherming.<sup>89</sup> Dat is ook niet verwonderlijk omdat die op dat moment niet actueel was. Pas met de Europese duurrichtlijn van 1993 en de wetgeving ter implementatie ervan, kwam de duur van de beschermingstermijn – opnieuw<sup>90</sup> – in de belangstelling. Opvallend is wel dat bij al het

88. Artikel 10 luidt: 'Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without reference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, maybe subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interest of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.'

89. W.F. Verkade, *o.c.*, p. 16 e.v.; P.W.C Akkermans, C.J. Bax, K.L.F.M. Verhey, *Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer 1999 (3e druk) p. 71: De bescherming van 10 EVRM gaat in bepaalde opzichten minder ver, in andere opzichten verder dan artikel 7 GW. In art. 10 EVRM wordt niet alleen de vrijheid tot openbaren van inlichtingen en denkbeelden beschermd maar wordt daartoe uitdrukkelijk ook de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven zonder in menging van overheidswege en ongeacht grenzen.

90. De nog steeds lezenswaardige dissertatie van H.L. de Beaufort, *Het Auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht*, Utrecht 1909, bevat over de duur van het auteursrecht enkele boeiende pagina's (vooral pp. 256-260) waarin hij o.a. de

ongenoegen dat de Nederlandse regering, parlement en rechtswetenschap over de duurrichtlijn uitten, de informatievrijheid van artikel 10 EVRM niet in geweer werd gebracht.<sup>91</sup>

Niet is in te zien waarom het nog verder indammen van de stroom 'informatie' naar het publieke domein van de toets van artikel 10 EVRM gevrijwaard zou zijn. Het belang van een rijk gevuld en zich steeds verversend publiek domein valt zonder twijfel onder het regiem van de informatievrijheid van genoemd artikel. Voor het plunderen van het publieke domein<sup>92</sup> moeten wel hele goede redenen zijn.

Het is aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zich als toetsende instantie te buigen over de vraag of de inbreuk op de informatievrijheid door het stellen van de beschermingsduur van 70 jaar p.m.a. valt onder een van de mogelijke rechtvaardigingen van lid 2 van 10 EVRM. Zijn onderzoek zal zich daarbij toespitsen op vraag of deze beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving ('necessary in a democratic society').<sup>93</sup> Het EHRM heeft gesteld dat deze rechtvaardiging 'eng moet worden uitgelegd en dat de noodzaak voor elke beperking van de informatievrijheid overtuigend moet worden vastgesteld.'<sup>94</sup> 'Necessary' impliceert de aanwezigheid van een 'pressing social need'. De verdragspartners hebben weliswaar een zekere 'margin of appreciation' bij het oordeel of een dergelijke noodzaak aanwezig is, maar het Europese Hof heeft daarover het laatste woord. Het Hof zal er op toe moeten zien dat de betreffende Staat de beleidsvrijheid op een redelijke en zorgvuldige wijze en met goede trouw heeft uitgeoefend. De eis van proportionaliteit vormt daarbij een leidraad.<sup>95</sup>

opvatting bestrijdt 'elke verlenging als een verbetering te beschouwen'. (p. 259) De Beaufort bepleit een verkorting van de beschermingsduur op grond van de uitbreiding van de omvang van het auteursrecht.: 'Doch wat het auteursrecht zoo in omvang en uitgebreidheid wint, kan het desnoods in tijdsduur verliezen.' (p. 260).

91. Zie noot.

92. Cf. N. Dawson, Copyright in the European Union. Plundering the Public Domain, 45 *Northern Ireland Law Quarterly*, 193 (1994).

93. De elementen 'prescribed by law' en 'legitimate aim' vormen geen obstakels. Zie Verkade, *o.c.* p. 19-20.

94. *Hanyside v. United Kingdom*, 7 December 1977, Series A no. 24, § 49; *Lingens v. Austria*, 8 July 1986, Series A no. 103, p. 26, § 41; *Jersild v. Denmark*, 23 September 1994, Series no. 298, p. 26, § 37, *Hertel v. Switzerland*, 25 August 1998, §46.

95. *Hertel v. Switzerland* (noot 17) met verwijzing naar *Sunday Times v. United*

‘(W)hat the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was ‘proportionate to the legitimate aim pursued’ and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are ‘relevant and sufficient’.

Voor het oordeel over de rechtvaardiging van de duurrichtlijn moet daarom op elk van de volgende vragen een overtuigend en bevestigend antwoord worden gegeven.

1. Was er een ‘pressing social need’ waarvoor de duurrichtlijn een remedie bood?
2. Was de duurverlenging met 20 jaar als middel proportioneel ten opzichte van de ‘pressing social need’?
3. Waren de redenen die de Europese autoriteiten aanvoerden overtuigend?

Ad 1. De Raad voert voor de noodzaak van de duurrichtlijn een drietal overwegingen aan. De eerste is het wegnemen van belemmeringen voor het vrije verkeer van goederen en diensten;<sup>96</sup> de tweede betreft de omstandigheid dat door de verhoging van de gemiddelde levensduur een termijn van 50 p.m.a. niet langer voldoende is om de nakomelingen van de auteur gedurende twee generaties van auteursrechtelijke revenuen te voorzien;<sup>97</sup> de derde noemt het garanderen van ‘de ontwikkeling van creativiteit (...) in het belang van de auteurs, culturele industrie, consumenten en de samenleving in haar geheel.’<sup>98</sup>

Bij elk van deze overwegingen zijn de nodige kanttekeningen te plaatsen.

Aangaande de eerste overweging – de versoepeling van de interne markt – kan de vraag worden gesteld in hoeverre de uiteenlopende beschermingstermijnen van de verschillende Lid-Staten juridisch en feitelijk een belemmering vormden voor het vrije verkeer van goederen. Zeker, het *Cliff Richard*-arrest<sup>99</sup> vormde een dergelijke belem-

Kingdom (no. 2), 26 November 1991, Series A no. 217, p. 29, § 50).

96. Richtlijn 93/98/EEG, *Pb EG* 1993, L 290, Overweging 2.

97. *ib.* overweging 5.

98. *ib.* overweging 10.

99. HvJEG 24 januari 1989 (341/87), *Jur.* 1989, p. 79. *Emi Electrola GmbH v. Patricia Im-und Export Verwaltungsgesellschaft mbH*, *AA* 1990, m.n. Cohen Jehoram, pp. 550-556. In deze zaak werd de vraag of een rechthebbende in Duitsland zich met

mering, maar met Spoor/Verkade<sup>100</sup> til ik hier niet zwaar aan. Overigens is bij mijn weten geen empirisch onderzoek verricht naar de feitelijke betekenis ervan.

De tweede overweging is buitengewoon zwak, zo niet ridicuul.<sup>101</sup> De termijn van 50 p.m.a. van de Berner Conventie, op zichzelf al genereus, is nimmer aan een kritisch onderzoek onderworpen.<sup>102</sup> Een langere levensduur impliceert per definitie een langer genot van het auteursrecht. Bij een langere levensduur verandert er niet veel aan de termijn dat de tweede generatie nakomelingen van de auteur van het werk kunnen profiteren. De minimumtermijn van 50 jaar p.m.a. van de Berner Conventie geldt bovendien pas sinds 1948. Omdat mensen, dus ook de meeste auteurs, sinds 1948 gemiddeld geen twintig jaar langer leven, is ook daarom al het beroep daarop ongefundeerd.

De derde overweging mist eveneens een rationele grondslag. Auteurs gaan niet aan de slag (of gaan harder werken) in de verwachting dat niet 50 maar 70 jaar na hun overlijden hun nazaten nog revenuen trekken van hun creativiteit. Ook is de gedachte dat de onderhandelingspositie van een auteur tegenover een uitgever sterker is bij een extra twintig jaar lange beschermingstermijn zonder grond. Zakelijke beslissingen worden niet op basis van zulke lange termijnen genomen.

Ad 2. De proportionaliteit van de duurverlenging ten opzichte van het doel is zeer twijfelachtig.

Ik wijs op de volgende punten.

1. De harmonisering wordt bij lange na niet bereikt. Zo vallen bijvoorbeeld de persoonlijkheidsrechten buiten de harmonisatie.
2. Het overgangsrecht wordt gedelegeerd aan de Lid-Staten, waardoor de harmonisering op dit terrein niet zal worden bereikt.
3. De keuze van een harmonisering naar een termijn van 50 jaar zoals die in de meeste Lid-Staten bestond, wordt zonder deugdelijke

succes kon verzetten tegen de import van platen van Cliff Richard vanuit Denemarken, waar ze zich in het publieke domein bevonden, maar in Duitsland nog niet, bevestigend beantwoord op grond van artikel 36 EG-Verdrag.

100.Spoor/Verkade, *o.c.* p. 445.

101.Zo ook Chr. A. Alberd ingk Thijm, *Mondriaan is alive! De nieuwe beschermingsduur van het auteursrecht*. Doctoraal scriptie UvA, 1996, p. 12.

102.Ricketson, *o.c.* p.321-323.

motivering verworpen. De reden dat een 50 jarige termijn tot grote problemen van overgangsrecht zou lijden wordt gelogenstraft door de ervaring van Spanje dat in 1988 een 80 jarige termijn terugbracht naar 60 jaar p.m.a. en, voorts, door de overgangsrechtelijke problemen die de verlenging naar 70 jaar p.m.a. voorzienbaar met zich meebracht.

4. De maatregel is veel te grof. Indien zich al op bepaalde terreinen problemen van dringende aard voordoen, dan zou de maatregel daarop zorgvuldig moeten zijn toegesneden.

Ad 3. Omdat de Europese wetgever überhaupt geen blijk heeft gegeven van een afweging van de verschillende alternatieven, laat staan van een beredeneerde, begrijpelijke keuze, heeft hij daarmee een wezenlijke eis van artikel 10 EVRM geschonden. Een beperking van een grondrecht vereist – met de hierboven aangehaalde woorden van het EHRM – dat daarvoor ‘relevant and sufficient reasons’ dienen te worden geleverd. Ik heb die niet mogen ontwaren.

Mijn eindconclusie luidt derhalve dat de Europese wetgever met de uitvaardiging van de duurrichtlijn de grenzen van artikel 10 EVRM heeft overschreden en dat deze, derhalve, met daarop gebaseerde implementatiewetgeving van de verschillende Lid-Staten, buiten toepassing dient te worden gelaten. Het argument van het slechten van de handelsbeperkingen binnen de Europese Unie is kwestieus, het argument van de langere levensduur is onjuist en het argument van de bevordering van de creativiteit is zonder realiteitswaarde. Ik meen, gelet op dit geheel, dat er geen sprake is van een ‘pressing social need’ ter rechtvaardiging van een inbreuk op 10 EVRM. Het middel – de duurverlenging – is bovendien disproportioneel, want te grofmazig. Daarenboven is er geen onderzoek gedaan naar voor de hand liggende alternatieven die een geringere inbreuk op de vrijheid van informatie met zich mee zouden hebben gebracht.

### *Besluit*

Het is de verdienste van professor Lessig, de stuwende kracht achter *Eldred v. Reno*, dat hij argumenten naar voren brengt die door hun fundamentele karakter niet slechts voor de VS, maar ook voor Europa

gelden. Immers, ook de Europese wetgever had (en heeft) geen oog voor de verarming van het publieke domein als gevolg van de uitbreiding van de beschermingsduur. Het is illusoir te denken dat de Europese wetgever de beschermingsduur zal verkorten. Als de geschiedenis van de laatste twee eeuwen met betrekking tot de duur van de auteursrechtelijke bescherming iets heeft geleerd, dan is het wel dat deze langer en niet korter wordt.

De gebrekkige invloed van Europese woordvoerders in de regelgevende fora ten behoeve van het publieke domein heeft geleid tot een buitensporig lange beschermingstermijn. Naar mijn mening kan slechts een rechterlijke toets aan de grondrechtelijke informatie-vrijheid van artikel 10 EVRM de balans herstellen.

De vraag die rest is: wie neemt de fakkel in Europa over?