

Vrije Universiteit Amsterdam

Flitsenregeling vs. Auteursrecht

De verhouding tussen de flitsenregeling en het auteursrecht

Scriptie

Afstudeerrichting privaatrecht

Juni 2011

Younes Moussaoui

1436007

Begeleiders: Prof. mr. M.R.F. Senftleben en mr. dr. M. Olfers

Inhoudsopgave

1	Inleiding.....	4
2	Flitsenregeling	7
2.1	Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten	7
2.1.1	Flitsenregeling	7
2.1.2	The saga begins.....	7
2.1.3	Grondslag flitsenregeling	10
2.1.4	Gebruiksrecht?	11
2.2	Flitsenregeling in enkele lidstaten	11
2.2.1	Algemeen	11
2.2.2	België.....	11
2.2.3	Verenigd Koninkrijk.....	13
2.2.4	Nederland.....	14
3	Auteursrecht.....	16
3.1	Auteursrecht in het algemeen	16
3.1.1	Artikel 1 Auteurswet	16
3.1.2	Het werk.....	16
3.1.3	De maker	17
3.1.4	Exploitatierchten	18
3.1.5	De beperkingen	18
3.2	Auteursrechten op eredivisiewedstrijden	19
3.2.1	“zij het met inachtneming van die exclusieve rechten”	19
3.2.2	In den beginne.....	19
3.2.3	KNVB/NOS	21
3.2.4	Sportprestatie en (beeld)opname van de sportprestatie.....	22
3.3	“free flow of information”	23
3.3.2	Informatievrijheid	23
3.3.3	KNVB/NOS	25
3.3.4	Short reports	26
3.3.5	Evenementenlijst	27
3.4	Auteursrechtelijke beperkingen	30
3.4.1	Algemeen.....	30
3.4.2	Uitleg van beperkingen	30
3.5	Nieuwsexceptie	31
3.5.1	Algemeen	32
3.5.2	Overnemen.....	32
3.5.3	Werk.....	33
3.5.4	Nieuws- en gemengde berichten	33
3.5.5	Artikelen over actuele economische, politieke, godsdienstige of levensbeschouwelijke onderwerpen alsmede van werken van dezelfde aard	34
3.5.6	Restcategorie.....	34
3.5.7	Medium.....	35
3.5.8	Nadere voorwaarden	36

3.5.9	Gebruiksrecht?	36
3.6	Citaatrecht	37
3.6.1	Algemeen	37
3.6.2	Citeren.....	38
3.6.3	Aankondiging, beoordeling, polemiek, wetenschappelijke verhandeling of voor een uiting met een vergelijkbaar doel.....	39
3.6.4	Omvang van een citaat	40
3.6.5	Nadere voorwaarden	41
3.6.6	Gebruiksrecht?	42
3.7	Reportage-exceptie	42
3.7.1	Algemeen	42
3.7.2	“voor zover voor het behoorlijk weergeven [...] gerechtvaardigd is”	43
3.7.3	Nadere voorwaarden	43
3.7.4	Gebruiksrecht?	44
3.8	Drie-stappen-toets.....	44
3.8.1	Algemeen.....	44
3.8.2	Drie-stappen-toets	45
4	Conclusie	48

1 Inleiding

Op 11 december 2007 is de richtlijn Audiovisuele Mediadiensten¹ (hierna: “richtlijn AVMD 2007”) aangenomen, deze richtlijn is eind 2009 in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd en in maart 2010 opgevolgd door een nieuwe richtlijn Audiovisuele Mediadiensten.² De richtlijn AVMD 2007 bevat een bepaling die mijns inziens bijzonder interessant is voor het auteursrecht. Deze is artikel 3 lid 1 duodecies:

“De lidstaten zorgen ervoor dat, met het oog op korte nieuwsverslagen, elke in de Gemeenschap gevestigde omroeporganisaties op billijke, redelijke en niet discriminerende basis toegang hebben tot evenementen van groot belang voor het publiek die op basis van exclusiviteit door een onder hun rechtsbevoegdheid vallende omroeporganisatie worden uitgezonden.”

In deze bepaling is de zogenoemde flitsenregeling geformuleerd en deze is in artikel 5.4 lid 1 van de Mediawet 2008³ (hierna: “Mediawet”) geïmplementeerd:

“Aanbieders van omroepdiensten die exclusieve rechten hebben verworven ten aanzien van evenementen van groot belang, stellen korte fragmenten daarvan tegen vergoeding ter beschikking aan andere aanbieders van omroepdiensten in de Europese Gemeenschap die daarom verzoeken. De verzoekende aanbieder van een omroepdienst is vrij in de keuze van fragmenten van evenementen van groot belang.”

Op het eerste gezicht lijkt hier een beperking te ontstaan op het auteursrecht, dat hier geen consensus over bestaat blijkt uit de kortgedingprocedure tussen Stichting Regionale Omroep Overleg en Samenwerking (hierna: “Stichting ROOS”) enerzijds en Eredivisie CV en Eredivisie Media & Marketing CV (hierna: “Eredivisie”) anderzijds.⁴ Stichting ROOS is een stichting van regionale omroepen die in de flitsenregeling een beperking zien op het auteursrecht en betogen het recht te hebben om ‘flitsen’ van eredivisiewedstrijden uit te zenden. De Eredivisie betoogt aan de andere kant dat “de flitsenregeling geen afbreuk doet aan de auteursrechten op het betrokken beeldmateriaal”⁵ en weigert beelden af te staan. De kortgedingrechter bepaalde dat de flitsenregeling geen gebruiksrecht inhoudt maar enkel een toegangsrecht is en dat geen sprake is van een beperking op het auteursrecht, “de meerwaarde van de flitsenregeling ten opzichte van in de Auteurswet opgenomen beperkingen bestaat in de keuze en kwaliteit van de flitsen van het beeldmateriaal.”⁶ Het beroep van Stichting ROOS op artikelen 15, 15a en 16a Aw werd ook afgewezen door de kortgedingrechter. De kortgedingrechter was van mening dat Eredivisie

¹ Richtlijn 2007/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Gemeenschappen van 11 december 2007 tot wijziging van richtlijn 1989/552/EEG betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten.

² Richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Gemeenschappen van maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten.

³ Op 19 december 2009 is deze wet in werking getreden.

⁴ Rechtbank Utrecht 12 mei 2010, LJN BM4200 (Stichting ROOS c.s./Eredivisie c.s.).

⁵ Rechtbank Utrecht 12 mei 2010, LJN BM4200 (Stichting ROOS c.s./Eredivisie c.s.), r.o. 2.9.

⁶ Rechtbank Utrecht 12 mei 2010, LJN BM4200 (Stichting ROOS c.s./Eredivisie c.s.), r.o. 4.21.

hoofdzakelijk mensen amuseerde en derhalve niet aan te merken is als persmedia waardoor geen sprake kon zijn van een beperking door de nieuwsexceptie. Daarnaast was het volgens de kortgedingrechter voldoende aannemelijk dat de flitsen niet voldeden aan de eisen van het citaatrecht dat sprake moet zijn van uitzenden in context van een aankondiging, polemiek, wetenschappelijke verhandeling of voor een uiting met een vergelijkbaar doel. Ten slotte was de reportage-exceptie niet van toepassing omdat de eredivisiewedstrijden object zijn van de reportage en niet de beelden van de eredivisiewedstrijden.

Afgelopen maanden hebben diverse partijen⁷ zich genoodzaakt gevoeld om zich kritisch uit te laten over deze uitspraak. Dit was het teken om mij op dit nog onontgonnen terrein te begeven en hier een scriptie aan te wijden. Deze uitspraak roept namelijk diverse vragen op bij mij, de richtlijn AVMD 2007 blinkt niet uit in duidelijkheid. Overweging 39 van de richtlijn AVMD 2007 eerste alinea luidt als volgt: "Teneinde het fundamentele recht op het vergaren van informatie te waarborgen en de belangen van de kijkers in de Europese Unie volledig en afdoende te beschermen, dienen zij die de exclusieve televisieomroeprechten uitoefenen op de uitzending van het verslag van een evenement van groot belang voor het publiek andere omroeporganisaties het recht te geven korte fragmenten van dat verslag te gebruiken voor hun algemene nieuwsprogramma's op basis van eerlijke, redelijke en niet discriminerende voorwaarden, zij het met inachtneming van die exclusieve rechten..."

Na het lezen valt vooral de laatste zinsnede op, "zij het met inachtneming van die exclusieve rechten". Wat wordt hier precies mee bedoeld? Op het eerste gezicht creëert overweging 39 een recht op toegang tot en gebruik van flitsen van evenementen die van groot belang zijn voor het publiek maar aan het einde van de eerste alinea lijkt deze overweging een U-turn te maken. Dit is tevens zoals de kortgedingrechter het heeft geïnterpreteerd.

Uit de hiervoor genoemde vraag heb ik mijn hoofdvraag geformuleerd welke centraal zal staan in mijn scriptie: Hoe verhoudt de flitsenregeling zich ten opzichte van het auteursrecht? Om deze vraag te beantwoorden is het van belang om enkele relevante zaken uit te zoeken, hier heb ik mijn hoofdstukken op gebaseerd.

Na een korte inleiding en hoofdstukindeling in het eerste hoofdstuk zal het tweede hoofdstuk toegewijd zijn aan de geschiedenis van de flitsenregeling waarbij ik zal beginnen met de richtlijn Televisie Zonder Grenzen⁸ (hierna: "richtlijn TZG"). Daarna zal ik de totstandkoming van de flitsenregeling uiteenzetten. Ten slotte zal de implementatie in Nederland aan bod komen waarbij ik ook zal uiteenzetten hoe de flitsenregeling in enkele omliggende landen is gefaciliteerd.

⁷ Mr. P. J. Kreijger & mr. S.A. Hoogcarspel en mr. K.J. Koelman in hun noten bij de uitspraak. Kamerlid van Dam in Kamervragen aan de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, de minister van Justitie over de uitspraak (ingezonden 11 oktober 2010) en de Contact Comité in het verslag van de bijeenkomst op 16 juni 2010 in opdracht van de Europese Commissie.

⁸ Richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de Lid-Staten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten.

In het derde hoofdstuk zal het auteursrecht op voetbalwedstrijden centraal staan. Hierbij komen de auteursrechtelijke beperkingen aan bod met de vraag of de flitsenregeling in de beperkingen van de Auteurswet (hierna: "Aw"), en daarmee de Auteursrechtlijn⁹, past. Aangezien de relevante beperkingen hun grondslag kennen in de informatievrijheid zal ik eerst uitzoeken hoe ver de informatievrijheid volgens 'Europa' reikt. Daarna zal mijn focus in het bijzonder liggen op de nieuwsexceptie van artikel 15 Aw, het citaatrecht van artikel 15a Aw en de reportage-exceptie van artikel 16a Aw omdat deze artikelen onderwerp van geschil waren in het kort geding. Deze beperkingen zullen met de invloed van de informatievrijheid in gedachten besproken worden.

Ten slotte zal ik in het vierde hoofdstuk de voorgaande hoofdstukken samenvatten, een conclusie trekken naar aanleiding van mijn onderzoek en een antwoord geven op de vraag hoe de flitsenregeling zich verhoudt ten opzichte van het auteursrecht. Hierbij zal ik waar mogelijk advies proberen te geven aan de wetgever indien de regeling niet de werking heeft die het had beoogd of aan de auteursrechthebbenden, in casu de Eredivisie, indien de regeling wel degelijk een beperking behelst op het auteursrecht.

⁹ Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Gemeenschappen van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

2 Flitsenregeling

2.1 Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten

2.1.1 Flitsenregeling

In artikel 3 lid 1 duodecies richtlijn AVMD 2007 is de flitsenregeling opgenomen, deze luidt als volgt:

“De lidstaten zorgen ervoor dat, met het oog op korte nieuwsverslagen, elke in de Gemeenschap gevestigde omroeporganisaties op billijke, redelijke en niet discriminerende basis toegang hebben tot evenementen van groot belang voor het publiek die op basis van exclusiviteit door een onder hun rechtsbevoegdheid vallende omroeporganisatie worden uitgezonden.”

De flitsenregeling beoogt lidstaten te doen bewegen om te zorgen dat omroeporganisaties toegang tot (het signaal van) evenementen van groot belang voor de samenleving krijgen waarvan een ander omroeporganisatie de exclusieve uitzendrechten bezit. De vragende omroeporganisatie kan zelf bepalen welke flitsen worden gekozen uit het signaal van evenementen van groot belang voor de samenleving. Bij de keuze van flitsen dient onder andere rekening gehouden te worden met het maximum van 90 seconden aan beeldmateriaal en het vermelden van de bron.

Uit de inleiding is reeds gebleken dat geen overeenstemming bestaat over het effect van de flitsenregeling op het auteursrecht. Dit komt met name doordat de eerste alinea van overweging 39 richtlijn AVMD 2007 eindigt met de zinsnede “zij het met inachtneming van die exclusieve rechten”. Om de flitsenregeling beter te begrijpen is het mijns inziens relevant om na te gaan hoe deze regeling is ontstaan en wat de grondslag is, dit zal dan ook centraal staan in dit hoofdstuk.

2.1.2 The saga begins...

De aftrap van de flitsenregeling is in artikel 9 van de European Convention on Transfrontier Television¹⁰ (hierna: “Transfrontier Conventie”) gegeven:

“Each Party shall examine and, where necessary, take legal measures such as introducing the right to short reporting on events of high interest for the public to avoid the right of the public to information being undermined due to the exercise by a broadcaster within its jurisdiction of exclusive rights for the transmission or retransmission, within the meaning of Article 3, of such an event.”

Deze bepaling geldt uiteraard alleen voor staten die zich bij deze conventie hebben aangesloten, in het gemeenschapsrecht ontbrak eenzelfde bepaling. De lidstaten van de Europese Gemeenschap waren wel gebonden aan bepalingen die in de richtlijn TZG zijn opgenomen. Bij de totstandkoming van de richtlijn TZG is bepaald dat om de twee jaren aanbevelingen volgen voor aanpassingen van de richtlijn om in te spelen op veranderingen

¹⁰ European Convention on Transfrontier Television (ETS No. 132) Straatsburg 5 May 1989, tekst gewijzigd bij aanvullend Protocol (STE No 171 van 1 oktober 1998), in werking getreden op 1 maart 2002.

in het medialandschap.¹¹ Bij de aanbevelingen in 2003 is vastgesteld dat “[...] het passend [lijkt] om de vraag te overwegen of er aanleiding is om in de toekomst bepalingen op te stellen inzake de toegang tot flitsen van onder exclusieve rechten vallende gebeurtenissen.”¹² Het was van belang om na te gaan of het ontbreken van communautaire bepalingen een belemmering vormden voor de interne markt. Achtergrond van deze bepaling was de pluriformiteit van informatiebronnen, de Europese Commissie vond het van groot belang om verschillende beelden van hetzelfde evenement bij verschillende omroeporganisaties te zien, en het creëren van een uniforme markt.

De reactie van Nederland liet niet lang op zich wachten. Ten aanzien van flitsen van sportevenementen valt een onderscheid te maken tussen algemene nieuwsfeiten gerelateerd aan een sportevenement en sportnieuws. Volgens Nederland moet de periode van de exclusieve rechthouder voor sportinhoudelijke verslaggeving gerespecteerd worden en kunnen partijen zelf afspraken maken over het uitzenden van flitsen van sportnieuws.¹³ De flitsenregeling moest hierdoor beperkt worden tot algemene nieuwsfeiten gerelateerd aan een sportevenement.¹⁴

Eind 2003 besloot de Europese Commissie tot het instellen van een zogenoemde ‘focus group’ om een drietal vragen te beantwoorden:¹⁵

1. “in hoeverre biedt de richtlijn inzake het auteursrecht een toereikende oplossing via haar bepaling betreffende “fair dealing”?”
2. Maken de algemene beleidsdoelstellingen die hier op het spel staan (pluralisme van informatiebronnen, enz.) een wettelijke definitie voor het “recht van toegang” voor omroeporganisaties en persbureaus noodzakelijk?
3. Aan welk soort interventie dient te worden gedacht?”

Uitkomst van het onderzoek van deze ‘focus group’ was een ‘issues paper’¹⁶ met twee opties welke voorgelegd werden aan een conferentie die in september 2005 in Liverpool (hierna: “Liverpool Conferentie”) zou plaatsvinden. Deze twee opties luiden als volgt:

1. “To specify in the future directive that trans-frontier access to short reports for use in information programmes should be non-discriminatory. Member States which already have conventional rules or agreements on the retransmission of audiovisual extracts would have to introduce a provision

¹¹ M. de Cock Buning, ‘Het nieuwe toegangsrecht voor nieuwsverslaggeving’, Mediaforum, jaargang 2008 nr. 2 p. 56.

¹² Commissie van de Europese Gemeenschappen, ‘Vierde verslag van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité van de regio’s over de toepassing van Richtlijn 89/552/EEG “Televisie zonder grenzen”, COM(2002) 778 definitief, Brussel, 6 januari 2003, thema 6, p. 40.

¹³ Dit is jarenlang de situatie geweest in Nederland.

¹⁴ J.C. Mebes namens Ministerie van Buitenlandse Zaken, ‘Nederlandse reactie Richtlijn ‘Televisie Zonder Grenzen’ aan de Europese Commissie’, 14 juli 2003, kenmerk 15101, p. 18.

¹⁵ Commissie van de Europese Gemeenschappen, ‘Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité van de regio’s over de toekomst van het Europees Audiovisuele regelgevingsbeleid’, COM(2003) 784 definitief, Brussel, 15 december 2003, p. 18.

¹⁶ European Commission Information Society and Media Directorate-General, ‘Issues Paper for the audiovisual conference in Liverpool; Right to information and right to short reporting’, juli 2005, p. 3.

- requesting other Member States to ensure that broadcasters within their jurisdiction give other Member States' broadcasters nondiscriminatory access to programme extracts for use in information programmes.
2. To establish in the future directive a right of trans-frontier access to programme extracts for use in information programmes and to specify the applicable conditions: the events covered, the beneficiaries of this right, the duration and the destination of the extracts."

De eerste optie kon meer waarborgen bieden dan de beperkingen van de Auteursrechtlijn, omdat de regeling in deze vorm verder zou reiken. Deze optie werd juist om die reden meteen afgeschoten tijdens de Liverpool Conferentie. Over de tweede optie kon vervolgens geen overeenstemming worden bereikt. Enkele partijen vonden dat omroeporganisaties onderling afspraken konden maken over het uitwisselen van beelden van evenementen. Ondanks alle weerstand besloot de Europese Commissie niet veel later een tekstvoorstel voor de flitsenregeling op te stellen, dit kwam doordat uit een consultatieronde bleek dat Pan-Europese nieuws- en sportzenders niet zonder een recht op toegang konden.¹⁷ Het tekstvoorstel van de flitsenregeling¹⁸ luidde als volgt:

- "1. De lidstaten zien erop toe dat in andere lidstaten gevestigde omroeporganisaties met het oog op korte nieuwsverslagen niet verstoken blijven van toegang, op billijke, redelijke en niet-discriminerende basis, tot evenementen van groot belang voor het publiek die door een onder hun bevoegdheid vallende omroeporganisatie worden uitgezonden.
2. Korte nieuwsverslagen kunnen door de omroeporganisaties vrij worden gekozen uit het signaal van de omroeporganisatie die de uitzending verzorgt, onder vermelding van ten minste de bron."

Bij dit voorstel zat een impactanalyse bijgevoegd en "de rechtszekerheid en toegang voor omroeporganisaties tegen redelijke voorwaarden waardoor een groter publiek nieuws- en sportverslaggeving kan ontvangen"¹⁹ werden als voornaamste redenen voor de flitsenregeling genoemd. Ten aanzien van het auteursrecht zou het slechts "marginally limit the possibility of right owners and content producers to exploit rights".²⁰

Hierna volgden diverse amendementen op het oorspronkelijk voorstel, waarvan de belangrijkste van het Europees Parlement afkomstig zijn. Het Europees Parlement zag graag dat in ieder geval een vergoeding verschuldigd is, contractuele verplichtingen in stand worden gehouden en dat het auteursrecht intact blijft.²¹ De Raad van Europa volgt ook met een wijzigingsvoorstel waarin wordt geopteerd voor de mogelijkheid dat lidstaten een

¹⁷ M. de Cock Buning, 'Het nieuwe toegangsrecht voor nieuwsverslaggeving', Mediaforum, jaargang 2008 nr. 2 p. 56.

¹⁸ Commissie van de Europese Gemeenschappen, 'Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten', COM (2005) 646 definitief, 2005/0260 (COD), Brussel, 13 december 2005, artikel 3 ter, p. 25.

¹⁹ M. de Cock Buning, 'Het nieuwe toegangsrecht voor nieuwsverslaggeving', Mediaforum, jaargang 2008 nr. 2 p. 56.

²⁰ M. de Cock Buning, 'Het nieuwe toegangsrecht voor nieuwsverslaggeving', Mediaforum, jaargang 2008 nr. 2 p. 56.

²¹ European Parliament, 'Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities', Provisional 2005/0260(COD), 1 August 2006, Amendment 48 t/m 50, p. 34 en 35.

vergelijkbaar systeem kunnen invoeren. Toegang tot een evenement van groot belang in plaats van tot het signaal wordt als alternatief systeem genoemd.²²

Deze wijzigingsvoorstellen worden na een eerste gedeeltelijke afwijzing overgenomen in het definitieve voorstel tot de richtlijn Audiovisuele Mediadiensten.²³ De Europese Commissie stemt op 18 oktober 2007 en het Europees Parlement op 29 november 2007 in met het voorstel van de Raad. Op 18 december 2007 wordt de richtlijn Audiovisuele Mediadiensten gepubliceerd in het Publicatieblad.²⁴

2.1.3 Grondslag flitsenregeling

Tijdens mijn onderzoek heb ik ondervonden dat de flitsenregeling meerdere grondslagen kent. De Europese Commissie noemt de flitsenregeling "de eerste regeling die op gemeenschapsniveau de ontvangstvrijheid daadwerkelijk beschermt".²⁵ Het bevorderen van de pluriformiteit aan beelden van evenementen van groot belang voor de samenleving wordt als een van de grondslagen genoemd. Grootschalige evenementen kunnen naast sportnieuws ook terroristische aanslagen, wanorde, letsel aan bezoekers, bezoek van bekende mensen en dergelijke aantrekken.²⁶ Het uitsluiten van andere media kan het effect hebben dat deze incidenten niet verslagen worden, omdat strikte voorwaarden verbonden kunnen worden aan de uitzendrechten. Daarnaast was het zaak om de verscheidenheid in de reikwijdte, betreffende het soort evenementen, en diepte, betreffende de partijen die daarvoor in aanmerking komen, gelijk te trekken van de flitsenregelingen die enkele lidstaten reeds hadden.²⁷ De voorgaande argumenten zijn volgens de Europese Commissie te herleiden naar artikel 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie:²⁸

1. "Eenieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.

²² Council of the European Union, 'Interinstitutional File: 2005/0260 (COD) 15277/06', 15 November 2006, Luxembourg, Article 3j, p. 22.

²³ Council of the European Union, 'Interinstitutional File: 2005/0260 (COD) 10076/6/0', 15 October 2007, Luxembourg.

²⁴ Richtlijn 2007/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van Richtlijn 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten, PbEG L 332/27 van 18 december 2007.

²⁵ M. de Cock Buning, 'Het nieuwe toegangsrecht voor nieuwsverslaggeving', Mediaforum, jaargang 2008 nr. 2 p. 57.

²⁶ Discussion paper, Review of the television without frontiers directive, Theme 6: access to short extracts of events subject to exclusive right, p. 6.

²⁷ Discussion paper, Review of the television without frontiers directive, Theme 6: access to short extracts of events subject to exclusive right.

²⁸ Commissie van de Europese Gemeenschappen, 'Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten', COM (2005) 646 definitief, 2005/0260 (COD), Brussel, 13 december 2005, p. 17.

2. De vrijheid en de pluriformiteit van de media worden geëerbiedigd. In deze bepaling wordt onder meer een universeel recht op het ontvangen en versturen van informatie onderkent.”

Het viel mij op dat artikel 10 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: “EVRM”) nergens wordt vermeld terwijl deze bepaling volgens mij, zeker gezien de jurisprudentie, één van de belangrijkste bepalingen is indien een regeling zwaar inzet op de ontvangstvrijheid, oftewel de informatievrijheid.

2.1.4 Gebruiksrecht?

Al met al komt uit de totstandkoming van de flitsenregeling naar voren dat het auteursrecht onaangetast blijft. Zo moet mijns inziens de zinsnede “zij het met inachtneming van die exclusieve rechten” van overweging 39 Richtlijn AVMD 2007 gelezen worden. De flitsenregeling is slechts een toegangsrecht tot de beelden van evenementen van groot belang voor de samenleving. Om de beelden ook daadwerkelijk te gebruiken moet een gebruiksrecht in het auteursrecht gevonden worden. Dit zal ook blijken bij het bespreken van de flitsenregeling in België, het Verenigd Koninkrijk en Nederland.

2.2 Flitsenregeling in enkele lidstaten

2.2.1 Algemeen

De wijze waarop de flitsenregeling in enkele lidstaten is gefaciliteerd kan een extra argument zijn voor mijn conclusie in de vorige paragraaf. Daarom zal ik hierna beginnen met de flitsenregeling in België en het Verenigd Koninkrijk waarna ik zal eindigen met de flitsenregeling in Nederland. De flitsenregeling in omliggende landen kan een indicatie zijn van de verhouding tussen de flitsenregeling en het auteursrecht.

2.2.2 België

België is niet aangesloten bij de Transfrontier Conventie, maar halverwege de jaren 90 bestond reeds een roep om een algemeen flitsenregeling. België kende namelijk al veel langer een flitsenregeling, deze gold echter slechts voor VRT²⁹ en VTM³⁰ en niet voor andere (particuliere en regionale) omroeporganisaties.³¹ De ideeën voor een algemeen flitsenregeling kwamen voort uit de situatie in enkele EU-lidstaten en de aanbeveling voor een flitsenregeling van het Ministercomité van de Raad van Europa.³² Het voorstel van het decreet dat de flitsenregeling in België mogelijk moest maken werd onder andere omkleed met de volgende overweging: “Met wat Europees en internationaal beweegt in het medialandschap, kan men stellen dat, op kortere termijn dan men doorgaans denkt, extra commerciële stations in Vlaanderen op de beeldbuis zullen verschijnen. Afgaande op wat in het buitenland is gebeurd, kan men er vrijwel zeker van zijn dat in de onderlinge concurrentiestrijd sneller en meer dan vandaag het geval is, zal gegrepen worden naar het wapen van het exclusiviteitscontract [...].de gevolgen van de exclusiviteitscontracten zijn duidelijk: ze brengen

²⁹ VRT is een publieke omroeporganisatie.

³⁰ VTM is de grootste commerciële omroeporganisatie.

³¹ D. Voorhoof, ‘Handboek Mediarecht’, Brussel: Lacier 2003, p. 391.

³² Committee of Ministers, ‘Recommendation no. R (91) 5 on the right to short reporting on major events where exclusive rights for their television broadcast have been acquired in a transfrontier context’, 11 April 1991.

niet alleen een kostenspiraal op gang, maar vormen vooral een zware bedreiging voor het recht op informatie, doordat het recht op vrije nieuwsgaring [...] in het gedrang wordt gebracht.”³³

Het decreet van 17 maart 1998 (hierna: “decreet 1998”) had het effect dat een recht op vrije toegang tot evenementen in Vlaanderen, een recht om opnamen te maken van deze evenementen, een recht om beschikking te krijgen over de opnamen van de exclusieve rechthouder en een recht op korte berichtgeving werden gecreëerd. Deze rechten zijn natuurlijk niet absoluut en zijn aan enkele beperkingen onderworpen.

Het recht op vrije toegang tot een evenement kan “uitsluitend om redenen van veiligheid en ter voorkoming van hinder voor het verloop van het evenement” beperkt worden, in zulke gevallen zal één omroep voorrang krijgen.³⁴ Het beperken van de vrije toegang kan volgens artikel 4 van het decreet 1998 uiteraard slechts in uitzonderlijke gevallen.

De omroeporganisatie die gebruik maakt van het recht om opnamen te maken moet volgens artikel 7 van het decreet 1998 materiële voorrang verlenen aan de exclusieve rechthouder. Dit houdt in dat de secundaire omroeporganisatie zijn opnamen niet eerder mag uitzenden dan de rechthebbende. Het recht op korte berichtgeving, oftewel flitsen, mag volgens artikel 5 van het decreet 1998 alleen in journaals en regelmatig geprogrammeerde actualiteitenprogramma’s uitgeoefend worden. Artikel 6 bepaalt dat deze flitsen niet langer mogen duren dan drie minuten aan klank- en/of beeldmateriaal en bij competities mag per speeldag niet meer dan zes minuten aan flitsen worden uitgezonden door een journaal en vijftien minuten door een actualiteitenprogramma. De flitsen mogen op grond van artikel 9 slechts heruitgezonden worden indien een direct verband bestaat tussen de inhoud ervan en een ander actualiteitsgebeurtenis of in een overzichtsprogramma. Ten slotte bepalen artikelen 8 en 9 dat de flitsen ook uit het beeldmateriaal van de exclusieve rechthouder overgenomen mogen worden mits een redelijke vergoeding betaald wordt, het eerste uitzendrecht gerespecteerd wordt en sprake is van een duidelijke bronvermelding. Naar aanleiding van richtlijn AVMD 2007 is het Omroepdecreet gewijzigd, de bepalingen zijn echter hetzelfde gebleven.

In het Belgisch Auteurswet is in artikel 44 jo. 45 Auteurswet België 1994 (hierna: “Aw België” bepaald dat omroeporganisaties gedurende 50 jaren schriftelijk toestemming nodig hebben voor het heruitzenden van beelden van een andere omroeporganisatie. Om de flitsenregeling auteursrechtelijk mogelijk te maken is een uitzondering op artikel 44 jo. 45 Aw België opgenomen in artikel 46 lid 2 Aw België, deze luidt als volgt:

“De artikelen 35, 39, 42 en 44 zijn niet van toepassing wanneer de handelingen bedoeld in die artikelen verricht worden met één van de hierna volgende doelstellingen:

2) de vastlegging, de reproductie en de mededeling aan het publiek, met het oog op informatie, van korte fragmenten van de prestaties van de rechthebbenden bedoeld in de afdelingen 2 tot 6 in een verslag dat over actuele gebeurtenissen wordt uitgebracht;”

³³ Vlaamse Raad, ‘Voorstel van decreet houdende regeling van het recht op vrije nieuwsgaring en de uitzending van korte berichtgeving door de omroepen’, B.Z. 1995, nr. 81/1, 17 juli 1995.

³⁴ De omroep die voorrang krijgt zal de omroep zijn die de exclusieve rechten heeft verworven, of bij gebreke daarvan, de VRT of de landelijke particuliere televisieomroepen bedoeld in artikel 41 sub 1 Omroepdecreet.

Het voorgaande houdt in dat het Belgisch Auteurswet is aangepast om de flitsenregeling te faciliteren.

2.2.3 Verenigd Koninkrijk

Volgens de ‘Explanatory memorandum to the Audiovisual Media Services Regulations 2009’ is de flitsenregeling geïmplementeerd door bestaande wetten en rechtspraak. Met bestaande wetten en rechtspraak wordt verwezen naar artikel 30 lid 2 en lid 3 Copyright, Designs and Patents Act 1988 (hierna: “Copyright Act”), artikel 137 Broadcasting Act 1996 (hierna: “Broadcasting Act”) en ‘fair dealing’-rechtspraak. Het Verenigd Koninkrijk is in tegenstelling tot België en Nederland wel aangesloten bij de Transfrontier Conventie en deze conventie is in 1991 in werking getreden, hierdoor kent het Verenigd Koninkrijk ruim twintig jaren een recht op flitsen. In de Copyright Act van het Verenigd Koninkrijk wordt een recht op flitsen niet expliciet vermeld, wel is een open geformuleerde norm te vinden waar een recht op flitsen onder is gebracht. Deze open norm wordt ‘fair dealing’ genoemd en is slechts van toepassing op enkele specifieke onderwerpen, zoals ‘fair dealing for the purpose of research or private study, criticism or review and reporting of current events’. Artikel 30 van de Copyright Act luidt derhalve als volgt:

“(1) Fair dealing with a work for the purpose of criticism or review, of that or another work or of a performance of a work, does not infringe any copyright in the work provided that it is accompanied by a sufficient acknowledgement and provided that the work has been made available to the public.

(1A) For the purposes of subsection (1) a work has been made available to the public if it has been made available by any means, including—

- (a) the issue of copies to the public;
- (b) making the work available by means of an electronic retrieval system;
- (c) the rental or lending of copies of the work to the public;
- (d) the performance, exhibition, playing or showing of the work in public;
- (e) the communication to the public of the work,

but in determining generally for the purposes of that subsection whether a work has been made available to the public no account shall be taken of any unauthorised act.

(2) Fair dealing with a work (other than a photograph) for the purpose of reporting current events does not infringe any copyright in the work provided that (subject to subsection (3)) it is accompanied by a sufficient acknowledgement.

(3) No acknowledgement is required in connection with the reporting of current events by means of a sound recording, film or broadcast where this would be impossible for reasons of practicality or otherwise.”

Volgens deze bepaling valt het uitzenden van korte flitsen van een werk dat geen foto is onder de ‘fair dealing’-exceptie zolang sprake is van een bronvermelding. De rechter bepaalde in 1991 dat een omroepvereniging geen inbreuk maakt op het auteursrecht van de exclusieve rechthouder op een voetbalwedstrijd met het uitzenden van flitsen van deze wedstrijd. Volgens de rechter was het wel belangrijk dat dit niet ten koste ging van het publiek dat de auteursrechthebbende normaliter genereerde.³⁵ Het uitzenden van de flitsen met een auteursrechtelijk beschermde logo van de rechthebbende is geschikt om aan de eis van bronvermelding te voldoen,³⁶ een bronvermelding is echter niet nodig in gevallen dat het vermelden van een bron wegens praktische redenen onmogelijk is.

³⁵ British Broadcasting Corp. v. British Satellite Broadcasting Ltd. [1991] 3 WLR 174. In deze zaak ging het om flitsen van 14 tot 37 seconden.

³⁶ Pro Sieben Media AG v. Carlton UK Television [1999] 1 WLR 605.

Het recht op flitsen bestaat slechts ten opzichte van gebeurtenissen welke actueel zijn. Dit kan een situatie in het leven roepen waarbij gebeurtenissen niet meer actueel maar wel nieuwswaardig zijn.³⁷ De rechter oordeelde dat het publiceren van brieven van een overleden persoon over gebeurtenissen die jaren daarvoor hebben plaatsgevonden niet onder de 'fair dealing'-exceptie valt.³⁸ Deze beslissing is in 2000 enigszins genuanceerd naar aanleiding van publicaties dertien maanden na het overlijden van Prinses Diana, in deze situatie vielen publicaties wel onder de 'fair dealing'-exceptie omdat het overlijden nog onderwerp van onderzoek was.³⁹

Artikel 137 van de Broadcasting Act verbiedt een contractuele inperking op het recht op flitsen. Zoals bij de Belgische flitsenregeling is zowel naar het mediarecht als het auteursrecht gekeken om de flitsenregeling mogelijk te maken.

2.2.4 Nederland

Nederland is net zoals België niet aangesloten bij de Transfrontier Conventie, maar kent in tegenstelling tot België pas sinds de richtlijn AVMD 2007 een recht op flitsen. De flitsenregeling is in Nederland in artikel 5.4 lid 1 Mediawet geïmplementeerd en luidt als volgt:

"Aanbieders van omroepdiensten die exclusieve rechten hebben verworven ten aanzien van evenementen van groot belang, stellen korte fragmenten daarvan tegen vergoeding ter beschikking aan andere aanbieders van omroepdiensten in de Europese Gemeenschap die daarom verzoeken. De verzoekende aanbieder van een omroepdienst is vrij in de keuze van fragmenten van evenementen van groot belang."

In artikel 5.4 Mediawet is gekozen voor toegang tot het signaal in plaats van toegang tot het evenement omdat de praktijk uitwees dat omroepen in bijna alle gevallen kiezen voor het overnemen van beeldmateriaal en niet voor toegang tot het stadion.⁴⁰ De flitsen mogen uitgezonden worden in dagelijks geprogrammeerde algemene nieuwsprogramma's. Sportjournaals, actualiteitenprogramma's en sportprogramma's vallen hier niet onder. De secundaire omroeporganisatie mag de flitsen pas uitzenden nadat de exclusieve rechthouder de beelden heeft uitgezonden. Het voorgaande geldt echter alleen voor wedstrijdgebepalende sportmomenten, algemene nieuwsfeiten rond sportevenementen mogen direct nadat ze voorkomen uitgezonden worden. Bronvermelding is verplicht tenzij het vermelden wegens praktische redenen niet mogelijk is. De exclusieve rechthouder mag een vergoeding vragen voor de flitsen, deze vergoeding mag echter niet hoger zijn dan de extra kosten voor het ter beschikking stellen van het signaal.⁴¹

³⁷ C. Colston and J. Galloway, *Modern Intellectual Property Law*, Oxon: Routledge 2010, p. 415.

³⁸ *Associated Newspapers v Newsgroup* [1986] RPC 515.

³⁹ *Hyde Park Residence v Yelland* [2000] RPC 604.

⁴⁰ Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2008-2009, Wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten, 31 876 nr. 3, p. 17.

⁴¹ Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2008-2009, Wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten, 31 876 nr. 3, p. 26.

Ten slotte is bepaald dat per sportevenement 90 seconden aan flitsen uitgezonden mag worden, slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden mag dit opgerekt worden naar 180 seconden. Bij zeer uitzonderlijke omstandigheden kan gedacht worden aan een dag op de Olympische Spelen waar meerdere Nederlanders goud winnen of een voor het eredivisie kampioenschap beslissende speelronde.⁴² Indien van iedere wedstrijd in een speelronde 90 seconden aan flitsen uitgezonden mag worden zal geen sprake meer zijn van een flitsenregeling maar van een samenvattingenregeling.⁴³ Om een juist evenwicht te vinden tussen het belang van de exclusieve rechthouder en het recht op vrije nieuwsgaring heeft de Nederlandse wetgever gekozen “om een speeldag van een sportcompetitie of evenement als één evenement te beschouwen.”⁴⁴

Bij de behandeling in de Tweede Kamer kwam de verhouding van de flitsenregeling ten opzichte van het auteursrecht ter sprake. De nieuwsexceptie gaf, volgens de Tweede Kamer, hoe dan ook het recht om beelden over te nemen en uit te zenden, maar met slechts de nieuwsexceptie in de hand kan geen toegang tot het signaal worden verkregen. Om daadwerkelijk een keuze te kunnen maken uit een voetbalwedstrijd van 90 minuten en om de beschikking te krijgen over beelden van goede kwaliteit is de flitsenregeling in het leven geroepen. “De meerwaarde van de flitsenregeling is dus gelegen in keuze en kwaliteit.”⁴⁵

Na de uitspraak van de kortgedingrechter volgde kritiek uit Europa. Het Contact Comité wierp een kritische blik op deze uitspraak en concludeerde dat de flitsenregeling behalve een recht op toegang ook een recht op gebruik behelst.⁴⁶ Dit lijkt mij sterk gezien mijn conclusie in paragraaf 2.1 en de wijze waarop de flitsenregeling is gefaciliteerd in België en het Verenigd Koninkrijk. Het is mijns inziens wel de bedoeling dat lidstaten een recht op gebruik mogelijk maken, in het volgende hoofdstuk zal ik onderzoeken of een recht op gebruik van flitsen te vinden is in ons auteursrecht.

⁴² Eerste Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2009-2010, Wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten, 31 876 C, p. 5.

⁴³ Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2008-2009, Wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten, 31 876 nr. 23, p. 2.

⁴⁴ Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2008-2009, Wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten, 31 876 nr. 7, p. 19.

⁴⁵ Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2008-2009, Wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten, 31 876 nr. 7, p. 18.

⁴⁶ Contact Committee, ‘Minutes of the 32nd meeting of the Contact Committee established by the Audiovisual Media Services Directive’, Brussel 16 juni 2010, DOC CC AVMSD (2010) 2, p. 3.

3 Auteursrecht

3.1 Auteursrecht in het algemeen

3.1.1 Artikel 1 Auteurswet

Onze huidige Auteurswet is het product van vele wijzigingen door de afgelopen 99 jaren heen. Deze wijzigingen zijn tot stand gekomen naar aanleiding van internationale verdragen en een Europese richtlijn. Om de huidige Auteurswet beter te begrijpen is het derhalve noodzakelijk om af en toe de belangrijkste internationale verdragen en Europese richtlijn aan te halen, deze zijn mijns inziens de Berner Conventie (hierna: "BC"), Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (hierna: "TRIPS-verdrag"), World Copyright Treaty (hierna: "WCT") en de Auteursrechtlijn.

In voorgaande hoofdstukken heb ik het relatief vaak over het auteursrecht gehad, maar daarbij heb ik niet uitgelegd wat dit precies inhoudt. Artikel 1 Aw geeft een duidelijke definitie van het auteursrecht:

"Het auteursrecht is het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld."

Het auteursrecht is te omschrijven als het tijdelijk begrensde monopolie van een schepper van een werk op de exploitatie van dat werk.⁴⁷ Dit is een uitsluitend recht, vergelijkbaar met het eigendomsrecht,⁴⁸ welke in tijdsduur is begrensd. Het auteursrecht vervalt volgens artikelen 37 en 38 Aw namelijk 70 jaren na de dood van de maker of, indien de maker een rechtspersoon is, 70 jaren na de rechtmatige openbaarmaking van het werk. Het auteursrecht ontstaat van rechtswege door het enkel scheppen van het werk,⁴⁹ formaliteiten zijn daarom niet nodig zoals wel het geval is bij het verkrijgen van een octrooirecht.⁵⁰ De bescherming op het werk ontstaat hierdoor automatisch, het is niet nodig om een auteursrecht voorbehoud te maken, zoals voorheen in de Verenigde Staten met het ©-teken. Een voorbehoud kan slechts zinvol zijn indien de auteursrechtthebbende te maken krijgt met de nieuwsexceptie,⁵¹ hier zal ik later op in gaan.

3.1.2 Het werk

⁴⁷ P.G.F.A. Geerts, Bescherming van de intellectuele eigendom, Deventer: Kluwer 2009, p. 51.

⁴⁸ J.H. Spoor e.a., Recht en Praktijk. Auteursrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 2.

⁴⁹ J.H. Spoor e.a., Recht en Praktijk. Auteursrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 3.

⁵⁰ Een Europees octrooi ontstaat na de aanvraag hiertoe bij het Europees Octrooibureau. Het Europees Octrooibureau onderzoekt of de aanvraag voldoet aan de eisen die zijn neergelegd in het Europees Octrooi Verdrag van München. Na een positief wordt er een octrooi verleend.

⁵¹ N. van Lingen, Auteursrecht in hoofdlijnen, Amsterdam: Wolters-Noordhoff 2007, p. 24.

Het is nu duidelijk dat het auteursrecht op een werk een bescherming is op dat werk en dat deze bescherming van rechtswege ontstaat, het is nu tijd om uit te zoeken wat een werk precies is. In de wet, jurisprudentie en doctrine zijn eisen te vinden waar een creatie aan dient te voldoen alvorens het als werk bescherming verdient. In het Endstra-tapes-arrest⁵² heeft de Hoge Raad de eisen duidelijk tot uitdrukking gebracht. De Hoge Raad bepaalde dat een werk voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt indien het "een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt."⁵³ De Hoge Raad legde het voorgaande als volgt uit:

1. "Dat het voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter moet bezitten, houdt in dat de vorm niet ontleend mag zijn aan die van een ander werk;⁵⁴
2. Dat het voortbrengsel het persoonlijk stempel van de maker moet dragen betekent dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en die aldus voortbrengsel is van de menselijke geest."⁵⁵

Deze eisen zijn niet eenvoudig toe te passen op eredivisiewedstrijden, dit zal ik verderop in het onderdeel 'Auteursrechten op eredivisiewedstrijden' uiteenzetten.

3.1.3 De maker

De rechthebbende verkrijgt het auteursrecht op een werk dat voldoet aan de eisen van het Endstra-tapes-arrest. De rechthebbende is zoals hiervoor omschreven de maker van het werk. In de Auteurswet en rechtspraak is uitgewerkt wie als maker wordt aangemerkt.

Het werk als geestelijke schepping wordt volgens artikel 6 Aw beschermd door het auteursrecht. Dit is tevens door de Hoge Raad bepaald in het Kluwer/Lamoth-arrest.⁵⁶ Hoofddregel is dat de maker van het werk degene is wiens creativiteit in het werk is terug te vinden, het werk draagt diens persoonlijk stempel. De architect is de maker van een gebouw en niet de aannemer die het werk uitvoert.⁵⁷ Ten aanzien van eredivisiewedstrijden zijn twee regelingen van makerschap relevant, namelijk de specifieke regeling ten aanzien van de exploitatie van filmwerken van artikel 45d Aw en de regeling van fictief makerschap tijdens een dienstverband van artikel 7 Aw. Bij de exploitatie van filmwerken wordt enigszins afgeweken van de hoofdregel. De werkelijke makers, de cameraman en dergelijke, worden, tenzij schriftelijk anders overeengekomen, geacht hun rechten aan de producent over te hebben gedragen voor zover deze noodzakelijk zijn voor de exploitatie van de opnamen. Aangezien sprake is van overdracht van het auteursrecht dat in eerste instantie aan

⁵² Hoge Raad 30 mei 2008, LJN BC2153 (Endstra-tapes).

⁵³ Hoge Raad 30 mei 2008, LJN BC2153 (Endstra-tapes). r.o. 4.3.

⁵⁴ Hoge Raad 30 mei 2008, LJN BC2153 (Endstra-tapes). r.o. 4.5.1.

⁵⁵ Hoge Raad 30 mei 2008, LJN BC2153 (Endstra-tapes). r.o. 4.5.2.

⁵⁶ Hoge Raad 1 juni 1990, NJ 1991, 377 (Kluwer/Lamoth).

⁵⁷ P.G.F.A. Geerts, Bescherming van de intellectuele eigendom, Deventer: Kluwer 2009, p. 59.

natuurlijke personen behoorde vervalt het auteursrecht 70 jaren na de dood van die natuurlijke personen. De productiemaatschappij wordt, tenzij anders overeengekomen, aangemerkt als maker indien de werkelijke makers, de cameraman en dergelijke, in dienst zijn van de desbetreffende productiemaatschappij. Hierbij is geen sprake van overdracht en vervalt het auteursrecht 70 jaren na openbaarmaking van het werk.

3.1.4 Exploitatierchten

De auteursrechthebbende krijgt het recht om zijn auteursrechten te exploiteren. Het openbaar maken en verveelvoudigen van een werk zijn twee manieren waarop deze auteursrechten geëxploiteerd kunnen worden. Deze rechten kunnen, in tegenstelling tot persoonlijkheidsrechten,⁵⁸ worden overgedragen aan een ander.

Openbaar maken is het recht van de rechthebbende om te bepalen of en zo ja, in welke vorm zijn werk aan het publiek wordt gepresenteerd. Door de technologische mogelijkheden is het ondoenlijk om een omschrijving te geven van de wijze van openbaar maken aangezien daar tegenwoordig talrijke manieren voor bestaan. Wel kan een onderscheid gemaakt worden tussen het openbaar maken in fysieke, bijvoorbeeld een dvd met eredivisiewedstrijden,⁵⁹ en in non-fysieke vorm,⁶⁰ het uitzenden van eredivisiewedstrijden.

Verveelvoudigen is meer dan slechts het reproduceren van nagenoeg gelijke exemplaren, artikel 13 Aw luidt als volgt:

“Onder de verveelvoudiging van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt mede verstaan de vertaling, de muziekschikking, de verfilming of toneelbewerking en in het algemeen iedere gehele of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigde vorm, welke niet als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt.”

Het werk in een gewijzigde vorm gieten is, zolang het niet als een nieuw en oorspronkelijk werk wordt gezien, eveneens verveelvoudigen. Een derde kan het werk overnemen, enkele dingen veranderen en de bescherming voor de auteursrechthebbende blijft erop rusten. Bij eredivisiewedstrijden is het toevoegen van commentaar een vorm van verveelvoudigen in gewijzigde vorm. Daarnaast is een gedeeltelijke verveelvoudiging, bijvoorbeeld slechts de samenvatting van een eredivisiewedstrijd, ook een verveelvoudiging.

3.1.5 De beperkingen

Deze exploitatierchten zijn echter niet absoluut, op het recht om openbaar te maken en te verveelvoudigen bestaan wettelijke beperkingen. Het begin en einde van het auteursrecht

⁵⁸ Persoonlijkheidsrechten staan omschreven in artikel 25 Aw en zijn verder niet van belang voor mijn scriptie.

⁵⁹ Dit is openbaar maken door gebruik te maken van het exploitatierrecht verveelvoudigen, artikel 12 lid 1 sub 1 Aw.

⁶⁰ N. van Lingen, Auteursrecht in hoofdlijnen, Amsterdam: Wolters-Noordhoff 2007, p. 92.

op een werk, werken waar geen auteursrecht op bestaat, afbakening van de inhoud van het auteursrecht en beperkingen in eigenlijke zin zoals genoemd in paragraaf 6 van de Auteurswet zijn enkele wijzen waarop het auteursrecht beperkt wordt.⁶¹ Voor mijn scriptie zijn hoofdzakelijk de beperkingen zoals genoemd in paragraaf 6 van de Auteurswet welke een grondslag kennen in de informatievrijheid relevant.

De belangen van met name het onderwijs en wetenschap en van de onbelemmerde informatieoverdracht hebben de wetgever bewogen om beperkingen aan te brengen aan het auteursrecht zodat deze belangen niet met een beroep op het auteursrecht belemmerd worden. De voor mijn onderwerp relevante beperkingen zijn eerder aangehaald in de bespreking van de uitspraak van het kort geding, dit zijn de Nieuwsexceptie, Citaatrecht en de Reportage-exceptie. Later in dit hoofdstuk zal ik mij gaan verdiepen in de reikwijdte van de informatievrijheid waarna ik zal eindigen met een bespreking van de zojuist genoemde drie auteursrechtelijke beperkingen.

3.2 Auteursrechten op eredivisiewedstrijden

3.2.1 “zij het met inachtneming van die exclusieve rechten”

“Teneinde het fundamentele recht op het vergaren van informatie te waarborgen en de belangen van de kijkers in de Europese Unie volledig en afdoende te beschermen, dienen zij die de exclusieve televisieomroeprechten uitoefenen op de uitzending van het verslag van een evenement van groot belang voor het publiek andere omroeporganisaties het recht te geven korte fragmenten van dat verslag te gebruiken voor hun algemene nieuwsprogramma's op basis van eerlijke, redelijke en niet discriminerende voorwaarden, zij het met inachtneming van die exclusieve rechten...”

In voorgaande hoofdstukken heb ik het regelmatig over deze bepaling gehad, in het bijzonder over de laatste zinsnede “zij het met inachtneming van die exclusieve rechten”. Doordat de flitsenregeling een beperking beoogt aan te brengen aan ‘die exclusieve rechten’ is het onderzoeken van de betekenis van deze zinsnede cruciaal bij de beantwoording van mijn hoofdvraag. Het toegangsrecht tot de stadions en het auteursrecht op de beeldopnamen van de eredivisiewedstrijden zijn twee exclusieve rechten welke onderwerp kunnen zijn van de flitsenregeling.⁶² Om beide rechten te begrijpen is het noodzakelijk om een kijkje in de geschiedenis te nemen.

3.2.2 In den beginne

In 1952 vond de eerste experimentele televisie-uitzending plaats van een voetbalwedstrijd, de Nederlandse Televisie Stichting (hierna: “NTS”) diende slechts de “onverkoopbare plaatsen, als gevolg van de ruimte die haar tv-toestellen in het stadion innemen, [te] vergoeden, alsmede de schade die deze toestellen kunnen aanbrengen”. De toenmalige voorzitter van de KNVB benadrukte “maar, wij

⁶¹ N. van Lingem, Auteursrecht in hoofdlijnen, Amsterdam: Wolters-Noordhoff 2007, p. 126.

⁶² Rechtbank Utrecht 12 mei 2010, LJN BM4200 (Stichting ROOS c.s./Eredivisie c.s.), m.nt. P. Kreijger en S.A. Hoogcarspel.

hoeven er niet aan te verdienen”.⁶³ De voorzitter had geen idee wat de waarde was van de uitzendrechten en wat de ontwikkeling daarvan zou zijn in de 59 jaren die daarop zouden volgen, dit gebrek aan voortschrijdend inzicht zou echter niet lang duren. De NTS wilde graag de wedstrijd op 7 maart 1953 van het Nederlandse elftal op tv uitzenden. Dit ging niet door omdat de NTS weigerde een bedrag van 500 gulden aan uitzendrechten te betalen. De voorzitter van de NTS zag het uitzenden van een voetbalwedstrijd als een nieuwsgebeurtenis en het zou volgens hem in strijd zijn met de vrijheid van nieuwsgaring indien de NTS hier een vergoeding voor zou betalen. De KNVB bleef bij haar standpunt en het gevolg was dat de NTS enige tijd later het beginsel van vrijheid van nieuwsgaring liet varen en overging tot het betalen voor het uitzenden van wedstrijden en later ook voor de samenvattingen.

Het wel of niet uitzenden van voetbalwedstrijden was in het begin afhankelijk van het wel of niet uitverkocht raken van een wedstrijd. Indien een wedstrijd niet uitverkocht raakte, werd de wedstrijd ook niet uitgezonden. De organisator van een voetbalwedstrijd zag de inkomsten uit de uitzendrechten slechts als een aanvullende inkomstenbron naast de entreegelden tot het stadion.⁶⁴ In de loop der jaren begon het tot de clubs en organisatoren door te dringen dat ze veel meer geld konden verdienen met de uitzendrechten en dat deze uitzendrechten een veel belangrijker bron van inkomsten konden vormen dan de entreegelden tot de stadions.⁶⁵ De clubs en organisatoren zagen tevens in dat de inkomsten uit sponsoring in de vorm van bordreclame en shirtreclame velen malen hoger konden uitvallen door exposure via de uitgezonden voetbalwedstrijden.⁶⁶

Het voorgaande is alleen mogelijk indien de kijkcijfers van voetbalwedstrijden op tv hoog genoeg zijn om deze duurdere uitzendrechten te verantwoorden. De omroepen zagen dat de populariteit van voetbalwedstrijden enorm toenam en de investeringen die zij deden in de vorm van het betalen van dure uitzendrechten konden zij met reclame-inkomsten terugverdienen.⁶⁷ Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: “HvJ EU”) heeft in het *Deliège-arrest*⁶⁸ een duidelijke omschrijving gegeven voor de economische kant van de samenwerking tussen de verschillende partijen: “[...] de organisator van een dergelijke wedstrijd [biedt] de sportbeoefenaar de mogelijkheid [...] zijn sportactiviteit uit te oefenen door zich te meten met andere wedstrijddeelnemers, terwijl de sportbeoefenaren door hun deelname aan de wedstrijd de organisator in staat

⁶³ E. van Westerloo, *We hoeven er niet aan te verdienen. De geschiedenis van de miljoenen om de uitzendrechten van voetbalwedstrijden*, Nieuwegein: Arko Sports Media 2004, p. 21.

⁶⁴ G.A.I. Schuijt, *Vrijheid van nieuwsgaring*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 339.

⁶⁵ De Premier League sloot in 2007 een driejarig contract af ter waarde van (omgerekend met de koers van 31-12-2007) 776 miljoen euro per jaar voor de uitzendrechten.

⁶⁶ AFC Ajax verdiende in seizoen 2009-2010 25 miljoen euro aan sponsorinkomsten op een netto omzet van 69,5 miljoen euro.

⁶⁷ In 1967 werd het uitzenden van reclameboodschappen wettelijk geregeld in de omroepwet van 1 maart 1967, Stb. 1967, 176. Dit was echter al sinds 1965 toegestaan in het zogenoemde overgangsbestel: *Televisiebesluit 1965*, Stb. 1965, 485. Dit is ook de reden dat het eerste meerjarencontract over de uitzendrechten tussen de NTS en de KNVB dateert van 1966. De NTS betaalde een bedrag van (omgerekend) 113 duizend euro voor één seizoen.

⁶⁸ Hof van Justitie EU, 11 april 2000, NJ 2000, 542, (*Deliège*).

stellen een sportevenement te organiseren waarbij publiek aanwezig kan zijn, dat door televisiezoekers kan worden uitgezonden en dat reclamemakers en sponsors kan interesseren.”⁶⁹

Ondanks deze ontwikkeling had de opvolger van de NTS, de Nederlandse Omroep Stichting (hierna: “NOS”), bezwaren tegen betaling voor uitzendrechten. Deze bezwaren richten zich niet tegen het integraal en live uitzenden van de wedstrijden, maar tegen de uitzending van samenvattingen op een later tijdstip tijdens Studio Sport en tegen betaling voor radioverslaggeving tijdens de wedstrijden in het programma Langs de Lijn. Het ging om “gedeelten van wedstrijden, flitsen daaronder begrepen, van zodanige samenstelling, lengte of aard dat het gaat om reportages.”⁷⁰ De NOS stelde dat betaling in de weg stond aan de vrijheid van nieuwsgaring, in een belangrijk arrest was dit onderwerp van geschil.

3.2.3 KNVB/NOS

In het voor uitzendrechten van sportevenementen wellicht belangrijkste arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat geen intellectuele eigendomsrechten rusten op het organiseren van een voetbalcompetitie en/of het spelen van voetbalwedstrijden: “[...] of hier reden is voor een vergelijkbare bescherming als die welke de wet biedt in geval van absolute rechten van intellectuele eigendom [...] Een zodanige reden ontbreekt. Niet kan worden gesteld dat voldaan is aan de in voormeld arrest⁷¹ t.a.p. gestelde minimumeis dat wordt geprofiteerd van een prestatie van dien aard dat zij op een lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigen.”⁷²

In literatuur is kritiek te vinden op voorgaande argumentatie van de Hoge Raad. Enkele rechtsgeleerden hebben zich uitgesproken over het gegeven dat de Hoge Raad niet heeft uitgelegd waarom “een zodanige reden” ontbreekt.⁷³ Daarnaast is een enkeling van mening dat een éénlijnsprestatie moeilijk ontkend kan worden gezien de analogie met de aanspraak op naburige rechten van producenten van fonogrammen of omroeporganisaties.⁷⁴

Op grond waarvan kan de KNVB blijven volhouden dat het recht heeft op een vergoeding voor de uitzendrechten, indien geen sprake is van een ‘eenlijnsprestatie’ en daarmee ook geen bescherming op grond van het intellectuele eigendomsrecht op een voetbalwedstrijd? De KNVB kon zich volgens de Hoge Raad beroepen op het zogeheten ‘huisrecht’ dat de KNVB

⁶⁹ Hof van Justitie EU, 11 april 2000, NJ 2000, 542, (Deliège), ro. 57.

⁷⁰ Hoge Raad 20 april 1987, NJ 1988, 310 (KNVB/NOS), r.o. 5.3.

⁷¹ Hoge Raad 27 juni 1986, NJ 1987, 191 (Decca/Holland Nautisch). In r.o. 4.2 bepaalde de Hoge Raad dat indien een intellectueel eigendomsrecht ontbreekt dan is, in de situatie zoals zich voordeed in deze zaak, “voor een vergelijkbare bescherming via het recht van de ongeoorloofde mededinging in beginsel ten minste vereist dat wordt geprofiteerd van ene prestatie van dien aard dat zij op één lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigt.”

⁷² Hoge Raad 20 april 1987, NJ 1988, 310 (KNVB/NOS), ro. 5.1.

⁷³ S.A. Klos, ‘Sport op het speelveld van de intellectuele eigendom’, *Intellectuele Eigendom & Reclamerecht*, jaargang 1997 nr. 3 p. 86.

⁷⁴ Th.C.J.A. van Engelen, *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1994, p 287.

en eredivisieclubs toekwam vanwege het eigendoms- of gebruiksrecht van de stadions.⁷⁵ De KNVB en eredivisieclubs kunnen via het huisrecht voorwaarden stellen aan bezoekers van het stadion tijdens voetbalwedstrijden.⁷⁶ De NOS heeft toestemming nodig van de KNVB of de eredivisieclubs voor verslaggeving van “gedeelten van wedstrijden, flitsen daaronder begrepen, van zodanige samenstelling, lengte of aard dat het gaat om reportages.” Aan deze toestemming kunnen de KNVB en eredivisieclubs voorwaarden stellen zoals het betalen van een vergoeding. Het verzorgen van dergelijke uitzendingen zonder de toestemming van de KNVB zou onrechtmatig zijn. De Hoge Raad is vrij duidelijk in haar opvatting, maar liet wel wat ruimte open voor de vrijheid van nieuwsgaring. Het ging, volgens de Hoge Raad, in deze zaak niet “om het enkele informeren van het publiek of het berichten van het verloop van een wedstrijd achteraf, waarvan de geoorlooftheid [...] door de KNVB terecht wordt aanvaard.” Hoeveel interpretatieruimte de Hoge Raad hier heeft opengelaten zal later in KNVB/NOS aan de orde komen.

3.2.4 Sportprestatie en (beeld)opname van de sportprestatie

Sinds deze uitspraak is het duidelijk dat een onderscheid gemaakt moet worden tussen de sportprestatie en de opname van de sportprestatie. Op de sportprestatie bestaat geen auteursrechtelijke bescherming, de eredivisieclubs kunnen slechts een vergoeding vragen voor de uitzendrechten op grond van het huisrecht. Aan de opname van de sportprestatie komt wel auteursrechtelijke bescherming toe aangezien deze wel voldoet aan de eisen die, ingevolge het Endstra-arrest, aan een werk worden gesteld. Het gaat namelijk om een werk dat voor menselijk waarneming vatbaar is en dat een eigen oorspronkelijk en persoonlijk stempel van de maker draagt. Daarnaast moet de creativiteit van een maker in het werk terug te vinden zijn. Degene die een wedstrijd op beeld registreert maakt keuzes over de plek waar de camera's komen te hangen en heeft een eigen stijl van het registreren van een wedstrijd. Indien een organisator dezelfde wedstrijd door twee verschillende partijen laat registreren zal dit tot twee verschillende registraties leiden.

Nu de twee verschillende exclusieve rechten verduidelijkt zijn is het niet moeilijk om uit te vinden waar de flitsenregeling betrekking op heeft. De flitsenregeling beoogt, volgens artikel 3 duodecies lid 3 richtlijn AVMD 2007, “[...] de mogelijkheid te geven vrijelijk korte fragmenten te kiezen uit het signaal van de omroeporganisatie die de uitzending verzorgt...” De richtlijn AVMD 2007 biedt daarnaast ook een mogelijkheid om het huisrecht van de eredivisiewedstrijden te beperken, lid 4 van artikel 3 duodecies richtlijn AVMD 2007 geeft lidstaten de mogelijkheid om “[...] een gelijkwaardig systeem opzetten dat met andere middelen op billijke, redelijke en niet-discriminerende basis

⁷⁵ Dommering vindt deze oplossing van de Hoge Raad een ‘scheve oplossing’, het gaat volgens hem niet om het stadion maar juist om de sportprestatie. E. Dommering, ‘de achtervolging van Prometheus’, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2008, p. 233. Olfers is dezelfde mening toebedeeld. M. Olfers, ‘De exploitatie van (delen van) wedstrijden’, Tijdschrift voor Sport en Recht, jaargang 2009, nr. 2, p. 45.

⁷⁶ In een later arrest bepaalde de Hoge Raad dat de uitoefening van het eigendoms- of gebruiksrecht op stadions aan de thuisspelende club toekomt en niet aan de KNVB: Hoge Raad 23 mei 2003, NJ 2003, 494 (Feyenoord/KNVB).

toegang bewerkstelligt." De Nederlandse wetgever heeft bij de implementatie gekozen voor **toegang tot het signaal**: "In het wetsvoorstel is gekozen voor het verlenen van toegang tot het signaal. De Mediawet 2008 is van toepassing op mediadiensten en niet op stadionhouders en de huidige praktijk laat zien dat omroepen die niet de rechten hebben verworven in bijna alle gevallen kiezen voor het overnemen van beeldmateriaal en niet voor toegang tot het stadion."⁷⁷

Op het signaal, de beeldopname, rust zoals hiervoor besproken auteursrechtelijke bescherming. Het is volgens mij essentieel om uit te zoeken of een gebruiksrecht voor flitsen van eredivisiewedstrijden eventueel in het systeem van auteursrechtelijke beperkingen te vinden is. De auteursrechtelijke beperkingen die het bespreken waard zijn kennen hun grondslag in de informatievrijheid. Het is daarom van belang om eerst uit te zoeken hoe ver de informatievrijheid reikt.

3.3 "free flow of information"

3.3.1 Algemeen

Volgens overweging 32 van de Auteursrechtlijn is in deze richtlijn een uitputtende opsomming van auteursrechtelijke beperkingen te vinden. Dat sprake is van een gesloten systeem van auteursrechtelijke beperkingen doet echter geen afbreuk aan het feit dat in bijzondere gevallen op grond van geheel andere rechten en wettelijke regels beperkingen op het auteursrecht tot de mogelijkheden behoren.⁷⁸ Hierbij valt te denken aan een beroep op artikel 10 EVRM. Deze bepaling erkent de rechten van anderen als beperking op de vrijheden tot informatieverstrekking en -verkrijging, maar verlangt wel van de nationale regering dat deze beperkingen aan een nadere toets voldoen. Deze beperkingen moeten bij de wet zijn voorzien, bepaalde, limitatief opgesomde belangen dienen en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. De lidstaten krijgen een 'margin of appreciation' van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: "EHRM"), het eist wel dat een 'pressing social need' bestaat voor de beperking, waarbij de proportionaliteit een eis is.⁷⁹ Deze beperkingsgrond wordt ook wel de informatievrijheid genoemd. Naast de informatievrijheid als beperkingsgrond van het auteursrecht in bijzondere gevallen valt ook te denken aan misbruik van recht van artikel 3:13 BW, deze beperkingsgrond is echter niet relevant voor mijn scriptie en laat ik verder buiten beschouwing.

3.3.2 Informatievrijheid

Het EHRM heeft geoordeeld dat een beperking van de informatievrijheid op grond van artikel 10 lid 2 EVRM "must [...] be construed strictly, and the need for any restrictions must be established

⁷⁷ Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2008-2009, Wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten, 31 876 nr. 3, p. 16 en 17.

⁷⁸ J.H. Spoor e.a., *Recht en Praktijk. Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 222.

⁷⁹ Europese Hof van de Rechten van de Mens 26 april 1979, NJ 1980, 146 (Sunday Times).

convincingly.”⁸⁰ Een beperking op grond van deze bepaling is slechts noodzakelijk in een democratische samenleving indien sprake is van een ‘pressing social need’ naar een doel en deze beperking proportioneel is voor het bereiken van dat doel. De lidstaten krijgen hier wel een ‘margin of appreciation’ dat onder toezicht staat van het EHRM. Dit houdt in dat het EHRM zich hoofdzakelijk buigt over de belangenafweging tussen hetgeen met de beperking enerzijds wordt nagestreefd en het belang van de informatievrijheid anderzijds.⁸¹

Bij de totstandkoming en de herzieningen van de Auteurswet is weinig aandacht geschonken aan de informatievrijheid van artikel 10 EVRM,⁸² onze Auteurswet kent echter wel enkele bepalingen die de informatievrijheid pogen te waarborgen.⁸³ Deze bepalingen zijn mogelijk doordat artikel 1 Aw als volgt luidt: “Het auteursrecht is het uitsluitend recht van den maker van een werk [...], behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld”. De bij de wet gestelde beperkingen kunnen behalve in de Auteurswet ook in andere wetten, van gelijke orde,⁸⁴ worden opgenomen. Daarnaast kan tegenwoordig ook rechtersrecht, zoals vòòr de inwerkingtreding van de Auteursrechtlijn het Dior/Evora-arrest,⁸⁵ als ‘bij de wet gesteld’ aangemerkt worden. Ten slotte dienen bepalingen van een hogere orde, zoals het EVRM, gewaarborgd te worden in lagere regelingen en deze kunnen ook gelden als beperkingen ‘bij de wet gesteld’.⁸⁶

Eerder is gesteld dat in bijzondere gevallen een beroep op artikel 10 EVRM tot de mogelijkheden behoort indien de beperkingen van de Auteurswet niet voldoende blijken. Dit is een voortvloeisel uit het gegeven dat de wetgever in de Auteurswet een verfijnd systeem heeft neergelegd van balansen tussen de rechten van auteurs enerzijds en die van derden anderzijds.⁸⁷ De rechter heeft in de rechtspraak de door de wetgever gestelde contouren verder vormgegeven en nader ingevuld. Hierdoor is een zeer ontwikkelde specialis-regeling ontstaan dat veel verder ontwikkeld is dan de vage richtlijnen van regelgeving en rechtspraak op het gebied van artikel 10 EVRM.⁸⁸ Advocaat-generaal Verkade stelde in het Scientology/Spaink-arrest niet voor niets dat “het auteursrecht bij de wet is voorzien en dient ter bescherming van de rechten van anderen en aldus in beginsel aan de vereisten van artikel 10 lid 2 EVRM

⁸⁰ Europees Hof van de Rechten van de Mens 7 december 1976, NJ 1978, 236 (Handyside), r.o. 49.

⁸¹ Hoge Raad 16 december 2005, LJN AT2056, (Scientology/Spaink), conclusie AG D.W.F. Verkade r.o. 6.5.

⁸² J.H. Spoor e.a., *Recht en Praktijk. Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 7.

⁸³ Zie de artikelen die eerder in dit hoofdstuk zijn behandeld; artikelen 15, 15a en 16a Aw en daarnaast ook artikelen 16 en 18 Aw.

⁸⁴ Zoals de evenementenregeling van artikel 5.1 Mediawet 2008.

⁸⁵ Hoge Raad 1995, NJ 1996, 682 (Dior/Evora), in dit arrest bepaalde de Hoge Raad dat beperkingen buiten de Auteurswet onder bepaalde voorwaarden mogelijk zijn. Het effect van deze uitspraak is echter door de invoering van de Auteursrechtlijn teniet gedaan.

⁸⁶ Hoge Raad 16 december 2005, LJN AT2056, (Scientology/Spaink), conclusie AG D.W.F. Verkade r.o. 6.8.

⁸⁷ A. Quaadvlieg, ‘Een modern citaatrecht belemmert niet de uitingsvrijheid: Scientology, het openbaarmakingsbegrip en de noden van de democratische samenleving’, *Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht*, jaargang 2006 nr. 6 p. 199.

⁸⁸ A. Quaadvlieg, ‘Een modern citaatrecht belemmert niet de uitingsvrijheid: Scientology, het openbaarmakingsbegrip en de noden van de democratische samenleving’, *Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht*, jaargang 2006 nr. 6 p. 199.

voldoet, doch dat zich bijzondere gevallen kunnen voordoen waarin het auteursrecht moet wijken voor de informatievrijheid”.⁸⁹ Ik acht het echter beter om in zulke bijzondere gevallen de auteursrechtelijke beperkingen (ruimer) uit te leggen aan de hand van de informatievrijheid. Dit zal ik later in dit hoofdstuk doen bij de bespreking van de nieuwsexceptie, het citaatrecht en de reportage-exceptie.

Een omkering van de bewijslast kan een manier zijn om te bepalen wanneer sprake is van een bijzonder geval, aangezien het auteursrecht in beginsel voldoet aan de eisen gesteld in artikel 10 lid 2 EVRM. Met andere woorden, indien de informatievrijheid de uitoefening van het auteursrecht via de auteursrechtelijke beperkingen wil beperken, moet aannemelijk gemaakt worden dat het beschikbaar kunnen komen van die informatie noodzakelijk te achten is in een behoorlijk functionerende samenleving.⁹⁰ Dit is een zware maar geen onmogelijke eis en is volgens mij uitermate geschikt om tot de daadwerkelijk bijzondere gevallen te komen. Is het beschikbaar kunnen komen van flitsen van eredivisiewedstrijden noodzakelijk te achten in een behoorlijk functionerende samenleving? Deze vraag laat zich in mijn optiek niet zo moeilijk beantwoorden. Om het risico op censuur te beperken dat kan ontstaan door het verbinden van strikte voorwaarden aan de uitzendrechten, waardoor de onafhankelijkheid van de exclusieve rechthouder in het geding kan komen,⁹¹ is het van belang dat meerdere omroeporganisaties beelden kunnen uitzenden van hetzelfde evenement. Het beschikbaar komen van deze informatie is derhalve noodzakelijk in een behoorlijk functionerende samenleving. Dit is geen kwestie van de laatste jaren, 24 jaren geleden is namelijk een soortgelijke vraag gesteld en beantwoord. Dit is een uitgelezen mogelijkheid om het KNVB/NOS-arrest nader te inspecteren.

3.3.3 KNVB/NOS

De vrije nieuwsgaring is een vorm van informatievrijheid en bij de eerdere bespreking van het KNVB/NOS-arrest heb ik melding gemaakt van enige ruimte die de Hoge Raad heeft gecreëerd voor de vrije nieuwsgaring. Dit heeft de Hoge Raad gedaan door te bepalen dat het in deze zaak niet gaat “om het enkele informeren van het publiek of het berichten van het verloop van een wedstrijd achteraf, waarvan de geoorlooftheid [...] door de KNVB terecht wordt aanvaard.”⁹² De Hoge Raad bepaalde dat het enkel informeren van het publiek of het berichten van het verloop van een wedstrijd achteraf geoorloofd is. Dit arrest ging vooral om radioverslaggeving, maar aangezien de Hoge Raad radio- en televisieverslaggeving in één adem noemt lijkt het mij een

⁸⁹ Hoge Raad 16 december 2005, LJN AT2056, (Scientology/Spaink), conclusie AG D.W.F. Verkade r.o. 6.21.

⁹⁰ A. Quaedvlieg, ‘Een modern citaatrecht belemmert niet de uitingsvrijheid: Scientology, het openbaarmakingsbegrip en de noden van de democratische samenleving’, Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht, jaargang 2006 nr. 6 p. 200.

⁹¹ In het tenderdocument voor de eredivisie uitzendrechten in 2004 t/m 2007 stonden strikte inhoudelijke voorwaarden over het format van verschillende programma’s. De Commissariaat van de Media had hier dan ook zijn bedenkingen bij; <http://www.adformatie.nl/nieuws/bericht/uitvoering-tender-eredivisie-tegen-mediawet>.

⁹² Hoge Raad 20 april 1987, NJ 1988, 310 (KNVB/NOS), r.o. 5.3.

veilige aannname dat de ruimte die de Hoge Raad in dit arrest heeft gecreëerd ook voor televisieverslaggeving geldt. Het is nu noodzakelijk om uit te zoeken of hier genoeg ruimte bestaat voor het gebruik van flitsen van eredivisiewedstrijden.

Om na te gaan hoeveel interpretatieruimte hier ligt is het mijns inziens van belang om ergens een duidelijk grens te trekken. Deze grens heeft de Hoge Raad in ditzelfde arrest gegeven door te bepalen dat de KNVB de toegang mag weigeren aan partijen die opnamen willen maken voor het uitzenden van “gedeelten van wedstrijden, flitsen daaronder begrepen, van zodanige samenstelling, lengte of aard dat het [...] om reportages gaat”. De grens van vrije nieuwsgaring is bereikt zodra opnamen van zodanige samenstelling zijn dat het om reportages gaat.

“Het enkel informeren van het publiek of het berichten van het verloop van een wedstrijd achteraf” is in tweeën te delen, het tijdens de wedstrijd enkel informeren van het publiek en het na de wedstrijd berichten van het verloop van een wedstrijd. Deze tweedeling komt voort uit het gebruik van ‘achteraf’ in deze formulering.⁹³ Het van tijd tot tijd doorgeven van de stand, iets vertellen over de sfeer in het stadion, niveau van de spelers, beslissingen van de scheidsrechter en tactiek van beide clubs is het enkel informeren van het publiek.⁹⁴ Dit is hetgeen de Hoge Raad toelaatbaar acht voor de gelijktijdige verslaggeving in de vorm van vrije nieuwsgaring. Het achteraf berichten van het verloop van een wedstrijd houdt veelal korte weergaven in van het verloop van de wedstrijd, al dan niet ondersteunt met een enkele korte flits en al dan niet in combinatie met een commentariërende nabeschuiving.⁹⁵ Aangezien dit recht voortvloeit uit de vrije nieuwsgaring, artikel 10 EVRM, is het van belang om te bezien wat de reikwijdte is van deze bepaling. Het EVRM is van een hogere orde dan de nationale rechtsregels, hierdoor is het noodzakelijk om in deze hogere orde na te gaan hoe ver artikel 10 EVRM reikt.

3.3.4 Short reports

In het vorige hoofdstuk heb ik melding gemaakt van artikel 9 van de Transfrontier Conventie en deze bepaling luidt als volgt:

“Each party shall examine and, where necessary, take legal measures such as introducing the right to short reporting on events of high interest for the public to avoid the right of the public to information being undermined due to the exercise by a broadcaster within its jurisdiction of exclusive rights for the transmission or retransmission, within the meaning of Article 3, of such an event.”

Vrije nieuwsgaring reikt zover dat een recht op ‘short reporting’ mogelijk moet zijn, de vraag is natuurlijk wat ‘short reports’ zijn. Antwoord hierop is te vinden in de Recommendation van het Comité van Ministers (hierna: “Recommendation”) over ‘short reporting on major events’ en luidt als volgt: “Short report means such brief sound and picture sequences about a major event

⁹³ W.F. Korthals Altes, ‘KNVB versus NOS: Een pyrrhusoverwinning voor de voetbalbond, Nederlandse Juristen Blad, jaargang 1988 nr. 25, p. 894.

⁹⁴ G.A.I. Schuijt, Vrijheid van nieuwsgaring, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 344.

⁹⁵ G.A.I. Schuijt, Vrijheid van nieuwsgaring, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 344.

that will enable the public of the secondary broadcaster to have a sufficient overview of the essential aspects of such an event".⁹⁶ Volgens deze Recommendation dient de 'secondary broadcaster' hetzij van de 'primary broadcaster' toegang te krijgen tot de beelden, hetzij toegang tot het evenement te krijgen om zelf opnamen te kunnen maken. Het uitzenden van de 'secondary broadcaster' mag alleen plaatsvinden nadat de 'primary broadcaster' de mogelijkheid heeft gehad om zijn beelden uit te zenden.

De Transfrontier Conventie is niet geratificeerd door Nederland, noch heeft Nederland het noodzakelijk gevonden om wettelijke maatregelen te nemen om de short-reportingregels met zoveel woorden te omschrijven. De Recommendation en de Transfrontier Conventie kunnen, ondanks dat de Transfrontier Conventie niet geratificeerd is, dienen tot uitleg van de reikwijdte van artikel 10 EVRM.⁹⁷ Met deze uitleg kan achterhaald worden waar de Hoge Raad precies op doelt met "het berichten van het verloop van een wedstrijd achteraf".⁹⁸ Volgens mij heeft de Hoge Raad hier, in het licht van de Recommendation en de Transfrontier Conventie, genoeg interpretatieruimte opengelaten om het gebruik van flitsen ten behoeve van nieuwsvoorziening omtrent sportevenementen toe te staan. Het achteraf berichten geldt namelijk ook in het geval van "brief sounds and picture sequences [...] to have a sufficient overview of the essential aspects of the event".

Het voorgaande heeft betrekking op evenementen van groot belang voor de samenleving. Behalve de flitsenregeling kent ons rechtstelsel ook een evenementenregeling voor evenementen van aanzienlijk belang voor de samenleving, hierna zal ik kort ingaan op de verhouding tussen beide regelingen.

3.3.5 Evenementenlijst

In de richtlijn AVMD 2007, en daarmee ook in de Mediawet, is behalve de flitsenregeling voor evenementen van groot belang voor de samenleving ook een evenementenregeling voor evenementen van aanzienlijk belang voor de samenleving te vinden.⁹⁹ Beide regelingen hebben een andere uitwerking op de evenementen die onder één van de twee vallen. Hoe verhouden deze regelingen zich eigenlijk tot elkaar? Valt een evenement dat aan te merken is als 'evenement van aanzienlijk belang voor de samenleving' daarmee ook onder 'evenement van groot belang voor de samenleving'?

⁹⁶ Council of Europe Committee of Ministers, Explanatory memorandum to Recommendation No. R (91) 5 of the Committee of Ministers to member states on the right to short reporting on major events where exclusive rights for their television broadcast have been acquired in a transfrontier context, 11 April 1991.

⁹⁷ G.A.I. Schuijt, *Vrijheid van nieuwsgaring*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 348.

⁹⁸ N. Helberger, *Regulating Audiovisual Services, The "Right to information" and Digital Broadcasting: About Monsters, Invisible Man and the Future of European Broadcasting Regulation*, Farnham: Ashgate Publishing Limited 2009, p. 458.

⁹⁹ Artikel 5.1 t/m 5.3 Mediawet 2008.

De flitsenregeling beoogt, zoals in hoofdstuk twee uiteengezet, een beperking aan te brengen op de exclusieve keuzevrijheid van beeldopnamen van evenementen van groot belang en het subject van de regeling is de omroeporganisatie met de exclusieve rechten. Het subject van de evenementenregeling is de sportorganisatie, deze regeling waakt ervoor dat de uitzending van deze evenementen plaats zal vinden via het open net en niet via een betaalzender.¹⁰⁰ De evenementenregeling kent de informatievrijheid als grondslag en is een beperking buiten de Auteurswet om.

Evenementen van groot belang voor de samenleving worden als zodanig aangemerkt door de omroeporganisaties. Door de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna: "OCW") is immers gesteld: "In de wet is geen definitie van 'evenement' in de zin van artikel 5.4 opgenomen omdat de verzoekende aanbieder van een omroepdienst vrij dient te zijn in de keuze van fragmenten van evenementen van groot belang. Er zijn wat betreft aard en aantal evenementen dus geen beperkingen."¹⁰¹

Evenementen van aanzienlijk belang voor de samenleving moeten op de evenementenlijst geplaatst worden. Een evenement wordt op de evenementenlijst geplaatst indien in ieder geval is voldaan aan twee van de vier voorwaarden vermeld in artikel 5.1 lid 2 Mediawet:

- a. Het evenement is van algemeen belang voor de Nederlandse samenleving;
- b. Het evenement is van bijzondere culturele betekenis;
- c. Het evenement werd in het verleden ook al op een open televisieprogrammakanaal uitgezonden en kon rekenen op een grote kijkdichtheid; en
- d. Het gaat om een groot internationaal sportevenement waaraan een nationaal team deelneemt.

Evenementen die onderworpen zijn aan de evenementenregeling moeten geheel of gedeeltelijk op het open net of voor ten minste 75% van de huishoudens zonder bijbetaling beschikbaar zijn, deze evenementen mogen derhalve niet 'achter de decoder' verdwijnen.¹⁰² Eredivisiewedstrijden zijn aangemerkt als evenementen van aanzienlijk belang voor de samenleving en zijn in die hoedanigheid opgenomen in de evenementenlijst. Hierdoor moeten tenminste fragmenten van een bepaalde duur¹⁰³ in 'gedeeltelijk uitgestelde verslaggeving' van deze wedstrijden op het open net beschikbaar zijn.¹⁰⁴ Studio Sport zendt ruime samenvattingen uit en is voor iedereen zonder bijbetaling beschikbaar, de NOS voldoet hiermee aan de eisen van de evenementenregeling.

¹⁰⁰ Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2008-2009, Wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten, 31 876 nr. 23, p. 3.

¹⁰¹ Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2008-2009, Wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten, 31 876 nr. 23, p. 1.

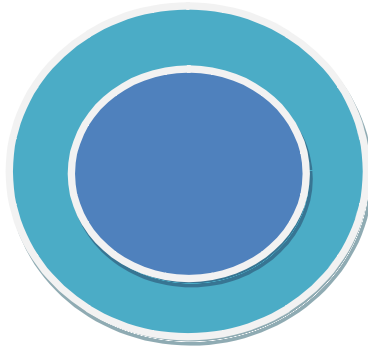
¹⁰² Rechtbank Utrecht 12 mei 2010, LJN BM4200, Stichting ROOS c.s./Eredivisie c.s., m.nt. P. Kreijger en S.A. Hoogcarspel.

¹⁰³ De duur is afhankelijk van de club; samenvattingen van wedstrijden van Ajax, Feyenoord en PSV dienen minimaal 20 minuten lang te zijn, andere wedstrijden slechts 10 minuten.

¹⁰⁴ Artikel 21 Mediabesluit 2008 en onderdeel C van de evenementenlijst.

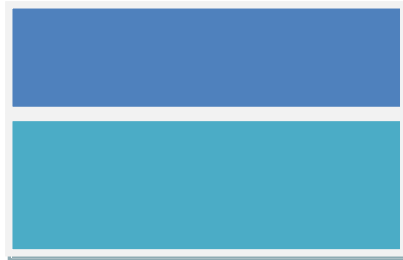
Er zijn twee wijzen waarop de verhouding tussen de evenementen- en de flitsenregeling kan worden uitgelegd. Aan de hand van de ene wijze zijn evenementen die onder de [evenementenregeling](#) vallen tevens onderworpen aan de [flitsenregeling](#):

Optie 1:



Aan de hand van de andere wijze zijn evenementen die onder de [evenementenregeling](#) vallen niet onderworpen aan de [flitsenregeling](#):

Optie 2:



De Minister van OCW gaf in kamerstukken aan dat ten aanzien van de flitsenregeling "sportorganisaties al te maken hebben met de zogenoemde nationale evenementenlijst."¹⁰⁵ Hierdoor kan aangenomen worden dat beide regelingen tegelijkertijd van kracht zijn. In mijn optiek is de strikte en ruime uitleg van beperkingen hier relevant. Deze beperkingen mogen naar mijn mening niet verder reiken dan strikt noodzakelijk is, dit zou anders een te grote inbreuk zijn op het auteursrecht van sportorganisaties. Daarnaast kan mijns inziens uit het systeem van de wet eventueel de bedoeling van de wetgever geïnterpreteerd worden.

Doordat strikte voorwaarden gelden voor het uitzenden van samenvattingen van eredivisiewedstrijden kan dit gevolgen hebben op de prijs van deze uitzendrechten, dit is een grote inbreuk op het auteursrecht van Eredivisie. Nu de evenementenregeling reeds van toepassing is en de flitsenregeling mijns inziens vanuit het oogpunt van de informatievrijheid niet zoveel toevoegt, de beelden van eredivisiewedstrijden zijn immers voor iedereen beschikbaar en de schrijvende pers kan eventuele misstanden ook aankaarten, zou het een

¹⁰⁵ Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2008-2009, Wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten, 31 876 nr. 23, p. 3.

te grote uitholling van het auteursrecht zijn indien eredivisiewedstrijden onder beide regelingen vallen. Ten slotte kan gesteld worden dat uit de plek van de flitsenregeling, artikel 3 duodecies richtlijn AVMD 2007, ten opzichte van de evenementenregeling, artikel 3 undecies richtlijn AVMD 2007, de flitsenregeling een restcategorie is. Met andere woorden, indien een evenement niet onder artikel 3 undecies richtlijn AVMD 2007 valt kan deze vervolgens onder artikel 3 duodecies richtlijn AVMD 2007 vallen.

Vanwege het voorgaande, vraag ik mij af of het van toepassing zijn van zowel de evenementenregeling als de flitsenregeling op eredivisiewedstrijden proportioneel is. Het stellen van deze vraag aan een rechter lijkt mij een uitgelezen mogelijkheid om hier, hopelijk, een bevredigend antwoord op te krijgen.

Nu de invloed van de informatievrijheid op het auteursrecht ten aanzien van de flitsenregeling uiteen is gezet, is het van belang dit in gedachten te houden bij het bespreken van de auteursrechtelijke beperkingen. De te bespreken beperkingen kennen namelijk de informatievrijheid als grondslag, de reikwijdte van de informatievrijheid is derhalve bepalend voor de uitleg van deze bepalingen.

3.4 Auteursrechtelijke beperkingen

3.4.1 Algemeen

Uit hoofdstuk twee is gebleken dat de kortgedingrechter het naar mijn mening bij het juiste eind had, de meerwaarde van de flitsenregeling ten opzichte van de auteursrechtelijke beperkingen is dat het meer keuze en een hogere kwaliteit van beeldmateriaal verschaft. Het is nu noodzakelijk om na te gaan of in de auteursrechtelijke beperkingen daadwerkelijk een gebruiksrecht te vinden is voor flitsen van beelden van eredivisiewedstrijden. De auteursrechtelijke beperkingen worden beheerst door artikel 5 van de Auteursrechtlijn, deze richtlijn biedt in beginsel een limitatief stelsel van beperkingen. Niet alle beperkingen kennen dezelfde grondslag. De informatievrijheid is de auteursrechtelijke beperkingsgrond die mijns inziens van belang is voor de flitsenregeling. De beperkingen van artikelen 15, 15a en 16a Aw zijn te beschouwen als bepalingen die belemmeringen voor de informatievoorziening willen beperken of opheffen, ze beogen de 'free flow of information' te stimuleren.¹⁰⁶ De wetgever geeft met deze beperkingen het gebruik van auteursrechtelijk beschermd werk niet geheel 'vrij', aan deze beperkingen zijn veelal voorwaarden verbonden in de zin van het stellen van grenzen aan de vorm en omvang.

3.4.2 Uitleg van beperkingen

¹⁰⁶ J.H. Spoor e.a., *Recht en Praktijk. Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 216.

Nu de beperkingen beheerst worden door de Auteursrechtlijn, dient de interpretatie van deze beperkingen te geschieden aan de hand van dezelfde richtlijn en is het oordeel uiteindelijk voorbehouden aan het HvJ EU.¹⁰⁷ In de literatuur bestaan twee wijzen om auteursrechtelijke beperkingen uit te leggen, de strikte en ruime uitleg van beperkingen. De stroming die de ruime uitleg aanhangt betoogt dat de uitleg van een beperking afgeleid dient te worden uit de bewoordingen van die beperking, de bedoeling van de wetgever, het systeem van de wet en de uitleg die de rechter in de gegeven maatschappelijke context het meest wenselijk acht.¹⁰⁸ Voor de uitleg van beperkingen gelden met andere woorden dezelfde regels als voor de uitleg van de hoofdregels. De aanhangers van de strikte uitleg betogen dat de Auteurswet is ingevoerd om hoofdzakelijk auteurs te beschermen, de bescherming van de belangen van deze auteurs staat voorop.¹⁰⁹ De Auteurswet kent aldus een open systeem van rechten en een gesloten systeem van beperkingen die strikt uitgelegd moeten worden.¹¹⁰ Het auteursrecht wordt beschouwd als een absoluut recht en beperkingen hierop mogen niet verder reiken dan strikt noodzakelijk. Ik kan mij wel vinden in de laatste uitleg, zolang aanwijzingen niet duiden op het tegendeel dient een beperking niet verder te reiken dan strikt noodzakelijk. Met 'aanwijzingen' valt te denken aan nieuwe ontwikkelingen in het recht waardoor, onder invloed van bijvoorbeeld de fundamentele vrijheden, een beperking ruimer uitgelegd moet worden. Het HvJ EU heeft zich recentelijk uitgelaten over de uitleg van auteursrechtelijke beperkingen en stelde dat "de bepalingen van een richtlijn die afwijken van een bij dezelfde richtlijn vastgesteld algemeen beginsel, eng worden uitgelegd."¹¹¹ Dit vanwege het gegeven dat beperkingen uitgelegd worden in het licht van de drie-stappen-toets en de rechtszekerheid van de bescherming van auteurs voor hun werken.¹¹² In mijn optiek had het HvJ EU het voorgaande als volgt moeten formuleren 'de bepalingen van een richtlijn die afwijken van een bij dezelfde richtlijn vastgesteld algemeen beginsel, [moeten in beginsel] eng worden uitgelegd'. Hiermee had het HvJ EU voldoende ruimte opengelaten voor nieuwe ontwikkelingen in het recht.

De hierna te bespreken auteursrechtelijke beperkingen kennen de informatievrijheid als grondslag, deze beperkingen moeten hierdoor in het licht van de uitleg van de informatievrijheid bekeken worden. Indien een gebruiksrecht te vinden is in de auteursrechtelijke beperkingen kan middels een toetsing aan de drie-stappen-toets daarna bekeken worden of een dergelijke uitleg volgens de Auteursrechtlijn toegestaan is.

3.5 Nieuwsexceptie

¹⁰⁷ P.A.C.E. van der Kooij en S.J.A. Mulder, Serie hoofdzaken handelsrecht. Hoofdzaken intellectuele eigendom, Deventer: Kluwer 2007, p. 23.

¹⁰⁸ J.H. Spoor e.a., Recht en Praktijk. Auteursrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 218.

¹⁰⁹ J.H. Spoor e.a., Recht en Praktijk. Auteursrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 217.

¹¹⁰ Hoge Raad 16 december 2005, LJN AT2056, (Scientology/Spaank), conclusie AG D.W.F. Verkade r.o. 6.8.

¹¹¹ Hof van Justitie EU, 16 juli 2009, C-5/08, (Infopaq/DDF), r.o. 56.

¹¹² Hof van Justitie EU, 16 juli 2009, C-5/08, (Infopaq/DDF), r.o. 58 en 59.

3.5.1 Algemeen

De nieuwsexceptie heeft tot doel het, onder bepaalde voorwaarden, bieden van de mogelijkheid aan persmedia om berichten over actuele onderwerpen vergoedingsvrij en zonder toestemming over te nemen uit andere persmedia.¹¹³ Artikel 15 Aw luidt als volgt:

“1. Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd het overnemen van nieuwsberichten, gemengde berichten, of artikelen over actuele economische, politieke, godsdienstige of levensbeschouwelijke onderwerpen alsmede van werken van dezelfde aard die in een dag-, nieuws- of weekblad, tijdschrift, radio- of televisieprogramma of ander medium dat eenzelfde functie vervult, zijn openbaar gemaakt, indien:

1°. het overnemen geschiedt door een dag-, nieuws- of weekblad of tijdschrift, in een radio- of televisieprogramma of ander medium dat een zelfde functie vervult;

2°. artikel 25 in acht wordt genomen;

3°. de bron, waaronder de naam van de maker, op duidelijke wijze wordt vermeld; en

4°. het auteursrecht niet uitdrukkelijk is voorbehouden.

2. Ten aanzien van nieuwsberichten en gemengde berichten kan een voorbehoud als bedoeld in het eerste lid, onder 4° niet worden gemaakt.

3. Dit artikel is mede van toepassing op het overnemen in een andere taal dan de oorspronkelijke.”

Bij het lezen van artikel 15 lid 1 Aw vallen enkele begrippen op die in mijn optiek het bespreken waard zijn, deze begrippen zijn onder te verdelen in ‘overnemen’, ‘werk’, ‘medium’ en ‘nadere voorwaarden’. Ik zal eindigen met de vraag of een gebruiksrecht op flitsen te vinden is in de nieuwsexceptie.

3.5.2 Overnemen

“Het begrip overnemen in artikel 15 Aw omvat weergave in druk of anderszins, en uitgave of andere spreiding, van het werk zoals het eerder verscheen, werd uitgezonden, of per kabel werd overgebracht. Het veronderstelt ook een zekere selectie door de overnemer.”¹¹⁴ Bij overnemen gaat het om het geheel of gedeeltelijk overnemen van een bericht, waarbij geen sprake is van een bewerking van het bericht in de zin van artikel 13 Aw.¹¹⁵ Een volledige of zeer vergaande overneming van berichten kan in bepaalde gevallen een inbreuk opleveren op grond van artikel 10 lid 2 Aw.¹¹⁶ Overnemen is daardoor strikter dan het verveelvoudigingsbegrip, het in een andere taal overnemen wordt

¹¹³ Ch. Gielen en D.W.F. Verkade, *Tekst & Commentaar. Intellectuele Eigendom*, Deventer: Kluwer 2009, p. 25.

¹¹⁴ Rechtbank 's-Gravenhage 13 mei 1992, *Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht*, jaargang 1992, p. 154 (stichting Reprorecht/NBLC en Provincie Noord-Brabant).

¹¹⁵ Rechtbank Amsterdam 28 september 1995, *Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht*, jaargang 1996, p. 143.

¹¹⁶ Rechtbank Utrecht 21 januari 1988, *Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht*, jaargang 1988, nr. 4/82, (ANP/Stadsomroep Amersfoort).

niettemin uitdrukkelijk toegestaan door artikel 15 lid 3 Aw.¹¹⁷ Commentaar toevoegen aan hetgeen dat is overgenomen, bijvoorbeeld commentaar van de presentator bij het uitzenden van een overgenomen flits van een wedstrijd, is eveneens toegestaan. Het gelijktijdig overnemen is toegestaan op grond van de ‘free flow of information’.¹¹⁸ Dit zou het mogelijk moeten maken om flitsen gelijktijdig uit te zenden, ware het niet dat de flitsenregeling dit niet mogelijk heeft gemaakt.¹¹⁹ Bij het overnemen dient wel rekening gehouden te worden met de persoonlijkheidsrechten zoals vermeld in artikel 25 Aw.¹²⁰

3.5.3 Werk

Volgens artikel 15 Aw kunnen berichten in drie categorieën worden onderscheiden:

- 1- Nieuws- en gemengde berichten; deze berichten mogen te allen tijde vrij worden overgenomen.
- 2- Artikelen over actuele economische, politieke, godsdienstige of levensbeschouwelijke onderwerpen alsmede van werken van dezelfde aard; deze berichten mogen enkel en alleen worden overgenomen indien geen auteursrechtelijk voorbehoud is gemaakt. Toestemming is vereist indien wel sprake is van een voorbehoud.
- 3- Restcategorie; alle berichten die niet onder 1 of 2 vallen mogen nooit, ook al is geen voorbehoud gemaakt, worden overgenomen met een beroep op artikel 15 Aw.

3.5.4 Nieuws- en gemengde berichten

De begrippen nieuws- en gemengde berichten vinden hun oorsprong in artikel 2 lid 8 BC; “new of the day or to miscellaneous facts having the character of mere items of press information.” De grens tussen nieuws en niet-nieuws is moeilijk te trekken, dit zal ik dan ook niet proberen. De begrippen ‘nieuws’ en ‘gemengde’ zijn relatief, hierdoor is het begrip ‘bericht’ bepalend.¹²¹ Voor de werking van artikel 15 Aw maakt dit overigens niets uit, voor nieuws- en gemengde berichten gelden namelijk exact dezelfde voorwaarden. Bij nieuws- en gemengde berichten gaat het om mededelingen van feitelijke aard. De Hoge Raad was van mening dat niet alle mededelingen van feitelijk aard als nieuws- en gemengde berichten aan zijn te merken, helaas was de Hoge Raad niet duidelijk over de grens tussen beiden.¹²² Nieuws- en gemengde berichten zijn hierdoor als volgt te omschrijven: “mededelingen van feitelijke aard over gebeurtenissen die onlangs hebben plaatsgevonden, of die zullen plaatsvinden en die zich volgens gebruik en

¹¹⁷ J.H. Spoor e.a., *Recht en Praktijk. Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 231.

¹¹⁸ Rechtbank Utrecht 21 januari 1988, *Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht*, jaargang 1988, nr. 4/82, (ANP/Stadsomroep Amersfoort).

¹¹⁹ Artikel 5.4 lid 3 sub b Mediawet 2008.

¹²⁰ P.G.F.A. Geerts, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 2009, p. 69.

¹²¹ J.H. Spoor e.a., *Recht en Praktijk. Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 232.

¹²² Hoge Raad 17 april 1953, NJ 1954, 211 (Radioprogramma’s I).

verkeersopvattingen als nieuws- en gemengd bericht aandienen.”¹²³ Verkiezingen, ongelukken, ruzies, feesten, rampen, jubilea en sportevenementen vallen in ieder geval onder deze omschrijving.¹²⁴ Berichten die zich in hoofdzaak beperken tot een ‘blote’ weergave van het nieuws en nieuwsfeiten zonder dat daar zichtbaar en kenbaar een relativering of een eigen kleuring aan wordt gegeven zijn van auteursrechtelijk bescherming uitgesloten.¹²⁵ Onlangs is, weliswaar door een lagere rechter, bepaald dat de nieuwsexceptie ruim uitgelegd moet worden, een interview is ook aan te merken als nieuws- en gemengde bericht.¹²⁶ Ten aanzien van sportevenementen, en daarmee eredivisiewedstrijden, kan een onderscheid gemaakt worden in de berichtgeving. Algemene nieuwsfeiten gerelateerd aan het evenement, bijvoorbeeld rellen rondom een wedstrijd, en sportnieuws, bijvoorbeeld de uitslagen van wedstrijden of doelpunten. Dit onderscheid is volgens mij het verschil tussen nieuws- en gemengde berichten, maar dit verschil is zoals hiervoor al aangegeven verder niet relevant. Voor nieuws- en gemengde berichten is het niet mogelijk om een auteursrechtelijk voorbehoud te maken, deze kunnen derhalve vergoedingsvrij en zonder toestemming worden overgenomen.

3.5.5 Artikelen over actuele economische, politieke, godsdienstige of levensbeschouwelijke onderwerpen alsmede van werken van dezelfde aard

De omschrijving ‘actuele economische, politieke, godsdienstige of levensbeschouwelijke onderwerpen alsmede van werken van dezelfde aard’ oogt ontzettend ruim, zodoende is het af en toe lastig om objectief vast te stellen dat iets ‘actueel’ of ‘politiek’ is,¹²⁷ maar kent uiteraard zijn grenzen. Artistieke, literaire, sportieve en aan showbusiness gerelateerde onderwerpen zijn actuele onderwerpen die hier buiten vallen. Eredivisiewedstrijden vallen hierdoor niet onder deze omschrijving. Ten aanzien van berichten die wel onder deze omschrijving vallen is het mogelijk om deze te beschermen tegen het overnemen door het uitdrukkelijk maken van een auteursrechtelijk voorbehoud.¹²⁸ Indien een auteursrechtelijk voorbehoud is gemaakt moet toestemming gevraagd worden en kan aan deze toestemming (financiële) voorwaarden worden verbonden.

3.5.6 Restcategorie

¹²³ J.H. Spoor e.a., *Recht en Praktijk. Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 232.

¹²⁴ Ch. Gielen en D.W.F. Verkade, *Tekst & Commentaar. Intellectuele Eigendom*, Deventer: Kluwer 2009, p. 25.

¹²⁵ Rechtbank Almelo 6 april 2011, LJN: BQ2955 (Cozzmoss) r.o. 26. Dergelijke berichten kunnen echter wel onder de geschriftenbescherming van artikel 10 Aw vallen. De enige eisen zijn dat het op schrift is gesteld en dat de geschriften openbaar zijn gemaakt of bestemd om openbaar te worden gemaakt; Hoge Raad 25 juni 1965, NJ 1966, 116 (Televizier).

¹²⁶ Rechtbank Amsterdam 12 mei 2010, Rolnummer CV 2009-20781 (Nijmeegse Stadskrant/Geen Stijl). Er bestaat echter wel enig discussie of deze uitleg niet te ruim is.

¹²⁷ Rechtbank Amsterdam 8 september 1999, Mf 1999, nr. 53, p. 323 (De Telegraaf/Party).

¹²⁸ D.J. Hesemans, *Lexplicatie. Auteursrecht deel 1*, Deventer: Kluwer 2008, p.224.

Het bespreken van de restcategorie is naar mijn mening niet relevant aangezien alle berichten die niet onder de voorgaande twee categorieën vallen niet overgenomen mogen worden.

3.5.7 Medium

Sinds de implementatie van de Auteursrechtlijn in 2004 is artikel 15 Aw medianeutraal geformuleerd, dit blijkt uit de zinsnede “ander medium dat eenzelfde functie vervult.” Door deze formulering is het niet van belang uit welk medium wordt overgenomen, zolang het voldoet aan de eis die deze bepaling stelt aan het soort medium. Aangezien artikel 15 spreekt over “een dag-, nieuws- of weekblad, tijdschrift, radio- of televisieprogramma of ander medium dat eenzelfde functie vervult” en door de eis van actualiteit van berichten, kan het medium waaruit overgenomen wordt als pers worden omschreven.¹²⁹ Het moet gaan om het overnemen van een bericht door de pers van de pers.

Het soort medium is in drie soorten op te splitsen, gedrukte medium, niet-gedrukte medium en andere medium dat eenzelfde functie vervult. Voor alle media gaat het erom dat deze periodiek verschijnen of vernieuwd worden.¹³⁰ Niet alle periodieke uitingen zijn hier onder te brengen, de exacte grens tussen beiden is echter moeilijk te trekken. De moeilijkheid zit vooral in het feit dat artikel 15 Aw poogt overnemingsvrijheid van actuele kwesties in stand te houden, maar om uit te zoeken welke werken onderwerp zijn van deze bepaling moet gekeken worden naar de wijze waarop werken zijn verschenen.¹³¹ Wat betreft gedrukte medium zal hetgeen dat naar opvattingen van het maatschappelijk verkeer als “dag-, nieuws- of weekblad, tijdschrift” wordt aangemerkt bepalend zijn voor de grensafbakening.¹³² Dit kan bij eenzelfde dienst dat in een ander vorm wordt gegoten een ander uitkomst hebben. Een commissie die de hervormingen van het auteursrecht naar het digitale tijdperk onderzocht concludeerde over artikel 15 Aw ook “dat op communicatievormen [...] waarvan de archief-, bewaar- of naslagfunctie van meer belang is dan de nieuwsfunctie, de bestaande beperking niet van toepassing wordt geacht”.¹³³ Hierdoor vallen analoge knipselkranten¹³⁴ enerzijds wel binnen de reikwijdte van artikel 15 Aw en digitale knipselkranten anderzijds hierbuiten. De rechter tilde zwaar aan de zoek- en bewaarmogelijkheden van de digitale knipselkranten, deze mogelijkheden zouden

¹²⁹ Ch. Gielen en D.W.F. Verkade, *Tekst & Commentaar. Intellectuele Eigendom*, Deventer: Kluwer 2009, p. 25.

¹³⁰ Hoge Raad 10 november 1995, nr. 15761, LJN: ZC1875 (Stichting Reprorecht/NBLC en Provincie Noord-Brabant).

¹³¹ J.H. Spoor e.a., *Recht en Praktijk. Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 227.

¹³² J.H. Spoor e.a., *Recht en Praktijk. Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 227.

¹³³ Commissie Auteursrecht, “Advies over auteursrecht, naburige rechten en de nieuwe media”, augustus 1998, p. 31.

¹³⁴ Hoge Raad 10 november 1995, nr. 15761, LJN: ZC1875 (Stichting Reprorecht/NBLC en Provincie Noord-Brabant).

een te grote inbreuk maken op het auteursrecht.¹³⁵ Binnen- en buitenlandse omroepprogramma's, abonnee-tv, elektronische muurkranten, Teletekst, Webtelevisie en soortgelijke diensten zijn onder te brengen onder niet-gedrukte media en vallen daarmee onder de reikwijdte van artikel 15 Aw.¹³⁶ Bij andere media die eenzelfde functie vervullen valt te denken aan websites die nieuws brengen,¹³⁷ nieuwsbrieven per mail en nieuwsdiensten die via telefoons verspreid worden. Websites die niet regelmatig vernieuwd worden en duurzame dragers zoals dvd's en dergelijke vallen buiten de reikwijdte van artikel 15 Aw.¹³⁸ Voor alle hiervoor besproken media is het actualiteitsvereiste het belangrijkste, artikel 15 Aw is van toepassing zolang het actueel is.

3.5.8 Nadere voorwaarden

Bij het overnemen uit de pers door de pers is het van belang dat de persoonlijkheidsrechten van artikel 25 Aw in acht worden genomen en dat de bron, waaronder de naam van de maker, duidelijk wordt vermeld. De naam van de maker, waar ook een andere aanduiding zoals een pseudoniem onder valt,¹³⁹ dient alleen vermeld te worden indien deze in de bron voorkomt.¹⁴⁰ Bij bronvermelding moet het zoveel mogelijk gaan om de titel, datum of de jaargang en het nummer van het medium waaruit is overgenomen.¹⁴¹

3.5.9 Gebruiksrecht?

Het is belangrijk om na te gaan of de website en televisiekanaal van Eredivisie onder persmedia valt. Via de website www.eredivisie.nl en het televisiekanaal Eredivisie Live zendt Eredivisie live en integraal eredivisiewedstrijden uit, verzorgt samenvattingen van de wedstrijden, interviews met spelers en anderen en houdt bezoekers op de hoogte van voetbalnieuws. Eredivisie beoogt mijns inziens met deze mediakanalen klanten en bezoekers hoofdzakelijk te amuseren, dit was ook de conclusie van de kortgedingrechter, en daarnaast te informeren.

Artikel 15 Aw bepaalt dat het medium waaruit wordt overgenomen dezelfde functie dient te hebben als het medium waarin wordt overgenomen. Eredivisie en Stichting ROOS dienen

¹³⁵ Rechtbank 's-Gravenhage 2 maart 2005, nr. 192880, LJN: AS8778 (Nederlandse Dagbladpers e.a./Staat der Nederlanden).

¹³⁶ Commissie Auteursrecht, "Advies over auteursrecht, naburige rechten en de nieuwe media", augustus 1998, p. 31.

¹³⁷ Rechtbank Rotterdam 22 augustus 2000, Mf 2000, p.344 (AD/Eureka; kranten.com).

¹³⁸ Rechtbank 's-Gravenhage 3 mei 1995, Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht, jaargang 1995, p. 116 (Literom).

¹³⁹ J.H. Spoor e.a., Recht en Praktijk. Auteursrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 238.

¹⁴⁰ Ch. Gielen en D.W.F. Verkade, Tekst & Commentaar. Intellectuele Eigendom, Deventer: Kluwer 2009, p. 26.

¹⁴¹ Kantonrechter Hilversum 15 maart 2000, Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht, jaargang 2000, p. 144.

met andere woorden dezelfde functie te hebben.¹⁴² Een medium kan als persmedium worden aangemerkt indien sprake is van actuele nieuws- en gemengde berichten. De kortgedingrechter is duidelijk een aanhanger van de beperkte uitleg en merkt Eredivisie niet aan als persmedia. Dit is begrijpelijk met het Infopaq-arrest¹⁴³ in gedachten, maar dit arrest vertelt naar mijn mening slechts de halve waarheid. Beperkingen moeten weliswaar beperkt uitgelegd worden maar men moet de ogen niet sluiten voor nieuwe ontwikkelingen in het recht en de invloed van fundamentele vrijheden. In Nederland bestaan ruim negen miljoen voetbalfans die geïnteresseerd zijn in sportnieuws van één of meer clubs in de Eredivisie.¹⁴⁴ Sportnieuws is mijns inziens, vooral met de Nijmeegse Stadskrant/GeenStijl uitspraak¹⁴⁵ in gedachten, vlak na een speelronde onmiskenbaar aan te merken als ‘nieuws- en gemengde berichten’ vanwege de actualiteit en het belang van deze informatie. Doordat de Tweede Kamer expliciet heeft gezegd dat de nieuwsexceptie de mogelijkheid biedt om wedstrijdbeelden over te nemen, de ruimte die de Hoge Raad in het KNVB/NOS-arrest heeft gelaten voor de informatievrijheid en de uitleg van artikel 9 van de Transfrontier Conventie, zoals eerder in dit hoofdstuk besproken, ben ik van mening dat de nieuwsexceptie in dit geval ruimer uitgelegd moet worden zodat de flitsenregeling in deze bepaling kan worden gefaciliteerd. Hierdoor valt Eredivisie onder het begrip persmedia en mag uit haar berichten worden overgenomen, derhalve is de conclusie van de kortgedingrechter in mijn optiek onjuist. Dit brengt mij tot de conclusie dat artikel 15 Aw vlak na een speelronde gebruikt kan worden om flitsen van eredivisiewedstrijden uit te zenden.¹⁴⁶

Het effect van de beslissing van de kortgedingrechter is overigens zeer gering. Met deze uitspraak in de hand kan Stichting ROOS zich met haar verzoek tot een partij richten die onder de uitleg van de kortgedingrechter wel als persmedia is aan te merken, in dit geval bijvoorbeeld tot de NOS, dan zou voldaan zijn aan alle eisen van artikel 15 Aw die hiervoor zijn besproken en is volgens de kortgedingrechter wel sprake van een gebruiksrecht van flitsen van eredivisiewedstrijden.

3.6 Citaatrecht

3.6.1 Algemeen

Het citaatrecht beoogt derden de mogelijkheid te geven om, onder bepaalde voorwaarden, zonder toestemming gedeelten van een eerder rechtmatig openbaar gemaakt werk aan te

¹⁴² Rechtbank Utrecht 12 mei 2010, LJN BM4200, Stichting ROOS c.s./Eredivisie c.s., r.o. 4.25.

¹⁴³ Hof van Justitie EU, 16 juli 2009, C-5/08, (Infopaq/DDF), r.o. 56.

¹⁴⁴ Club Positioning Matrix-score 2010/2011.

¹⁴⁵ Rechtbank Amsterdam 12 mei 2010, Rolnummer CV 2009-20781 (Nijmeegse Stadskrant/Geen Stijl).

¹⁴⁶ Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2008-2009, Wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten, 91-7171, 3 juni 2009 TK 91.

halen in een aankondiging, beoordeling, polemieek of wetenschappelijke verhandeling of voor uiting met een vergelijkbaar doel.¹⁴⁷ Artikel 15a Aw luidt als volgt:

“1. Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd het citeren uit een werk in een aankondiging, beoordeling, polemieek of wetenschappelijke verhandeling of voor een uiting met een vergelijkbaar doel mits:

1°. het werk waaruit geciteerd wordt rechtmatig openbaar gemaakt is;

2°. het citeren in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is en aantal en omvang der geciteerde gedeelten door het te bereiken doel zijn gerechtvaardigd;

3°. artikel 25 in acht wordt genomen; en

4°. voor zover redelijkerwijs mogelijk, de bron, waaronder de naam van de maker, op duidelijke wijze wordt vermeld.

2. Onder citeren wordt in dit artikel mede begrepen het citeren in de vorm van persoverzichten uit in een dag-, nieuws- of weekblad of tijdschrift verschenen artikelen.

3. Dit artikel is mede van toepassing op het citeren in een andere taal dan de oorspronkelijke.”

Na het lezen van dit artikel is het noodzakelijk om dieper in te gaan op enkele aspecten van deze bepaling. Om deze bepaling te begrijpen moet verduidelijkt worden wat artikel 15a Aw verstaat onder ‘citeren’ en ‘aankondiging, beoordeling, polemieek, wetenschappelijke verhandeling of voor een uiting met een vergelijkbaar doel’, wat de geoorloofde omvang van een citaat is, welke nadere voorwaarden gelden bij deze bepaling en ten slotte of hier een gebruiksrecht valt te ontwaren.

3.6.2 Citeren

Sinds de wetwijziging uit 1985 mag uit alle soorten werk geciteerd worden, voorheen was dit beperkt tot geschriften, muziekwerken en beeldende kunst.¹⁴⁸ Dit houdt in dat ook uit televisiebeelden geciteerd mag worden. Het begrip citeren veronderstelt dat het citaat inhoudelijk verband moet houden met de context waarin dit plaatsvindt, het te citeren stuk wordt als het ware geïntegreerd met deze context.¹⁴⁹ Daarnaast dient het geciteerde ondergeschikt te zijn aan het werk waarin wordt overgenomen.¹⁵⁰ Hierin verschilt het citeren van artikel 15a Aw van het overnemen van het hiervoor behandelde artikel 15 Aw. Een zelfstandig gepubliceerde samenvatting is namelijk geen citaat omdat het inhoudelijk verband met de context ontbreekt.¹⁵¹ Hetzelfde valt te zeggen over illustraties die

¹⁴⁷ N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Amsterdam: Wolters-Noordhoff 2007, p. 137.

¹⁴⁸ N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Amsterdam: Wolters-Noordhoff 2007, p. 137.

¹⁴⁹ J.H. Spoor e.a., *Recht en Praktijk. Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 238.

¹⁵⁰ Ch. Gielen en D.W.F. Verkade, *Tekst & Commentaar. Intellectuele Eigendom*, Deventer: Kluwer 2009, p. 26.

¹⁵¹ Rechtbank 's-Gravenhage 1 oktober 1985, KG 1985, 320 (Prentice Hall/LOI).

overgenomen zijn en slechts als verfraaiing dienen.¹⁵² Dit is anders indien bij een aankondiging van een tentoonstelling of een geïllustreerd boek sprake is van een beeldcitaat van een werk dat wordt tentoongesteld of in dat boek is opgenomen.¹⁵³ Het verband hoeft overigens niet heel sterk te zijn, het citeren van een motto aan het begin van een film zal, tenzij het nergens op slaat, het vereiste verband met de context hebben. Het voorgaande houdt in dat een beeldcitaat van eredivisiewedstrijden mogelijk is indien het citaat voldoende inhoudelijk verband houdt met de context en deze ondergeschikt is aan het geheel.

3.6.3 Aankondiging, beoordeling, polemieek, wetenschappelijke verhandeling of voor een uiting met een vergelijkbaar doel

Om geoorloofd te citeren moet dit plaatsvinden in 'een aankondiging, beoordeling, polemieek, wetenschappelijke verhandeling of voor een uiting met een vergelijkbaar doel', daarnaast noemt lid 2 van artikel 15a Aw ook persoverzichten.

Bij een aankondiging wordt de aandacht gericht op het geciteerde werk of de gebeurtenis die correspondeert met het werk, de beeldopname van een wedstrijd of de wedstrijd zelf. Dit is bijvoorbeeld het geval bij berichtgeving dat een werk is verschenen, heruitgegeven wordt, tentoongesteld wordt of verkrijgbaar is.¹⁵⁴ Een aankondiging is naar mijn mening niet geschikt voor het citeren uit eredivisiewedstrijden aangezien het citeren zal geschieden nadat de wedstrijd is uitgezonden. De wedstrijdbeelden zijn dan weliswaar verschenen, maar het is niet gebruikelijk dat deze beelden na de integrale uitzending nog bekeken zullen worden. De wedstrijdbeelden worden niet heruitgegeven, tentoongesteld en zijn meestal ook niet verkrijgbaar. Hierdoor kan, in mijn optiek, geen sprake zijn van een aankondiging.

Recensie is een ander woord voor beoordeling en beoogt de pers een kritische blik te laten werpen over openbaar gemaakte werken.¹⁵⁵ Het zou mijns inziens mogelijk moeten zijn dat de pers een beoordeling geeft over het niveau en kwaliteit van een eredivisiewedstrijd, de spelers en de scheidsrechters, de sfeer in het stadion en tactiek van beide clubs.

Een polemieek wordt ook wel omgeschreven als een pennenstrijd en deze kan mondeling worden gevoerd. Dit begrip is ruim op te vatten¹⁵⁶, maar volgens mij niet zo ruim dat eredivisiewedstrijden hiermee geciteerd kunnen worden.

"Ieder serieus en zakelijk verslag, betoog of voorlichtend werk zal als wetenschappelijke verhandeling moeten worden aangemerkt,"¹⁵⁷ dit komt doordat geen bevredigende omschrijving van wetenschap kan

¹⁵² Rechtbank Zutphen 12 januari 1996, Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht, jaargang 1996, p. 94 (Anatomisch correcte poppen).

¹⁵³ Hoge Raad 26 juni 1992, NJ 1993, 205 (Damave/Trouw) en Kantonrechter Rotterdam 15 februari 1990, NJ 1990, 744 (Greiner/NDU).

¹⁵⁴ Rechtbank 's-Gravenhage 29 december 1971, NJ 1972, 212 (Portugese vissers).

¹⁵⁵ Ch. Gielen en D.W.F. Verkade, Tekst & Commentaar. Intellectuele Eigendom, Deventer: Kluwer 2009, p. 27.

¹⁵⁶ Ch. Gielen en D.W.F. Verkade, Tekst & Commentaar. Intellectuele Eigendom, Deventer: Kluwer 2009, p. 27.

worden gegeven. Hier ligt de ruime uitleg van dit begrip aan ten grondslag, maar zelfs met een ruime uitleg is het in mijn optiek niet haalbaar om met een beroep op een wetenschappelijke verhandeling te citeren uit eredivisiewedstrijden. De samenvattingen die Stichting ROOS beoogt te verzorgen zijn immers bedoeld als nieuwsvoorziening en niet als wetenschappelijke verhandeling.

Bij de implementatie van de Auteursrechtlijn in 2004 is een restcategorie toegevoegd met de aanvulling van 'uitingen met een vergelijkbaar doel'. Iedere uiting dat inhoudelijke min of meer serieuze informatie beoogt over te brengen valt onder deze restcategorie.¹⁵⁸ Door deze verruiming mag ook geciteerd worden in bijvoorbeeld populaire fictie of in literaire werken.¹⁵⁹ Hierbij gaat het niet om de vorm waarin een citaat wordt gegoten maar om de aard van een citaat. De aard moet kritieken of recensies en soortgelijke doelen betreffen.¹⁶⁰ Dit is mijns inziens ook een manier om uit eredivisiewedstrijden te kunnen citeren, een uiting in een nieuwsuitzending is immers een uiting dat inhoudelijk min of meer serieuze informatie beoogt over te brengen.

In artikel 15a lid 2 Aw is bepaald dat het citeren uit artikelen verschenen in een dag-, nieuws-, weekblad of tijdschrift in de vorm van persoverzichten eveneens is toegestaan indien dit geschiedt onder de voorwaarden van artikel 15a Aw. Het citeren dient in de vorm van een persoverzicht plaats te vinden,¹⁶¹ het betreft in feite citeren in persoverzichten, uit persoverzichten. Deze omschrijving toont meer samenhang met de nieuwsexceptie van artikel 15 Aw dan met het citaatrecht van artikel 15a Aw. Bij persoverzichten valt namelijk te denken aan overzichten in dag-, nieuws-, weekbladen, tijdschriften, of met andere woorden nieuwsbrieven, waarin een overzicht wordt gegeven van hetgeen in andere persmedia is verschenen door middel van zeer korte samenvattingen.¹⁶² Doordat het moet gaan om een persoverzicht is het in mijn optiek niet mogelijk om op grond hiervan uit eredivisiewedstrijden te citeren.

3.6.4 Omvang van een citaat

De vereisten die voortvloeien uit artikel 15a lid 1 sub 2 Aw inzake de relevantie, de ondergeschiktheid en de mate waarin de betreffende omvang van een citaat functioneel is,

¹⁵⁷ J.H. Spoor e.a., *Recht en Praktijk. Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 242.

¹⁵⁸ J.H. Spoor e.a., *Recht en Praktijk. Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 242.

¹⁵⁹ D.J.G. Visser, 'De Auteurswet gewijzigd: Artikel 15 Aw (citaatrecht)', *Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht*, jaargang 2005 nr. 4 p. 132.

¹⁶⁰ Eerste Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2003-2004, Aanpassing van de Auteurswet 1912, de Wet op de naburige rechten en de Databankenwet ter uitvoering van richtlijn nr. 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PbEG L 167) (Uitvoering richtlijn auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij), 28 482, E, p. 1.

¹⁶¹ Ch. Gielen en D.W.F. Verkade, *Tekst & Commentaar. Intellectuele Eigendom*, Deventer: Kluwer 2009, p. 28.

¹⁶² J.H. Spoor e.a., *Recht en Praktijk. Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 243.

zijn belangrijk voor de toelaatbaarheid van een citaat.¹⁶³ De Hoge Raad oordeelde in het *Zienderogen Kunst-arrest*¹⁶⁴ dat het citeren “zijn begrenzing mede hierin vindt dat de opneming ‘in het verband van de tekst’ niet wezenlijk afbreuk mag doen aan de door het auteursrecht beschermde belangen van de rechthebbende ter zake van de hiervoor bedoelde exploitatie van het werk”. Daarnaast moest een citaat “een zodanig ondergeschikt onderdeel vormen dat de door de opneming in die tekst tot stand gebrachte verveelvoudiging redelijkerwijs niet meer als een vorm van exploitatie van die werken kan worden beschouwd”. De rechtbank Amsterdam bepaalde in 2007 dat een werk niet mag worden ‘weggegeven’ in een item door de weergave van fragmenten.¹⁶⁵ Het publiek moet met andere woorden het geciteerde stuk nog interessant vinden om te bekijken na het zien van het citaat. In het desbetreffende werk zat veel meer dan hetgeen in het item was vertoond, hierdoor werd het werk niet ‘weggegeven’ en was het een citaat dat qua omvang was toegestaan. Volgens kamerstukken is het tevens van belang dat een citaat als zodanig wordt herkend.¹⁶⁶ In het geval van korte en visuele werken, bijvoorbeeld een foto en een kort gedicht, is het toegestaan om het hele werk te citeren.¹⁶⁷

Bij het citeren van eredivisiebeelden gaat het om het wel of niet ‘weggeven’ van een wedstrijd, het is goed mogelijk dat het citeren op een wijze gebeurt dat geen sprake is van het ‘weggeven’ van de wedstrijd. Het is dan wel van belang dat de beeldcitaten een ondergeschikt onderdeel vormen en dat dit geen wezenlijk afbreuk doet aan de belangen van de auteursrechthebbende.

3.6.5 Nadere voorwaarden

Zoals bij de nieuwsexceptie van artikel 15 Aw stelt artikel 15a Aw ook nadere voorwaarden aan het citaatrecht. Het werk waaruit geciteerd wordt moet volgens artikel 15a lid 1 sub 1 Aw vooraf rechtmatig openbaar gemaakt zijn, dit sluit uiteraard niet-gepubliceerde foto’s, brieven of dagboeken uit. Het geciteerde stuk moet openbaar gemaakt zijn, dat het een onderdeel is van een groter geheel dat eerder openbaar is gemaakt doet daar geen afbreuk aan.¹⁶⁸ Dit zal geen probleem opleveren bij het citeren uit eredivisiewedstrijden aangezien het citeren steevast na de integrale uitzending zal plaatsvinden.

Deze bepaling stelt hiernaast ook eisen ten behoeve van eerbiediging van de persoonlijkheidsrechten genoemd in artikel 25 Aw en een bron- en auteursvermelding. Hiervoor gelden dezelfde voorwaarden als bij de nieuwsexceptie, met als enig verschil dat

¹⁶³ Ch. Gielen en D.W.F. Verkade, *Tekst & Commentaar. Intellectuele Eigendom*, Deventer: Kluwer 2009, p. 27.

¹⁶⁴ Hoge Raad 22 juni 1990, NJ 1991, 268 (*Zienderogen Kunst*).

¹⁶⁵ Rechtbank Amsterdam 6 juni 2007, HA ZA 06-3976, (*China Blue*).

¹⁶⁶ D.J. Hesemans, *Lexplicatie. Auteursrecht deel 1*, Deventer: Kluwer 2008, p.234.

¹⁶⁷ D.J. Hesemans, *Lexplicatie. Auteursrecht deel 1*, Deventer: Kluwer 2008, p.236.

¹⁶⁸ Gerechtshof Amsterdam 8 juli 1999, *Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht*, jaargang 1999, p. 116 (*Anne Frank Fonds/Het Parool*).

artikel 15a lid 1 sub 4 Aw stelt dat het vermelden van een bron en naam van de maker alleen is verplicht voor zover dit redelijkerwijs mogelijk is.

3.6.6 Gebruiksrecht?

Een beroep op artikel 15a Aw kan mijns inziens slagen om vlak na een speelronde flitsen van eredivisiewedstrijden uit te zenden. Het is namelijk niet, zoals de kortgedingrechter oordeelde, “onvoldoende aannemelijk dat regionale omroepen deze beeldcitaten zullen uitzenden in de context van een aankondiging, beoordeling, polemie, wetenschappelijke verhandeling of een soortgelijk doel.”¹⁶⁹ De bedoeling van Stichting ROOS is immers om beeldcitaten te gebruiken in nieuwsuitzendingen ter ondersteuning van informatie over een wedstrijd, dit kan in de context van een ‘beoordeling’ en ‘een soortgelijk doel’. In mijn optiek moet Stichting ROOS er wel voor waken dat deze beeldcitaten een ondergeschikt onderdeel vormen van het beoogde werk en dat het beoogde werk niet hoofdzakelijk om deze flitsen zal draaien.

Per speeldag zal namelijk 90 seconden aan flitsen beschikbaar zijn, na één speelronde van drie speeldagen zal 270 seconden oftewel vier en een halve minuut aan flitsen beschikbaar zijn. Vier en een halve minuut aan flitsen aangevuld met commentaar over een speelronde en eventueel interviews kan gauw een item opleveren van ruim vijftien minuten, indien de beeldcitaten een te prominente rol krijgen zal hier geen sprake zijn van ondergeschiktheid. De invloed van de informatievrijheid zal hier, in mijn optiek, niet zover reiken dat het contextvereiste bij het citaatrecht zal vervallen. Er is niet voor niets een onderscheid tussen de nieuwsexceptie en het citaatrecht, dit verschil moet ook ten aanzien van flitsen van voetbalwedstrijden blijven bestaan.

Aangezien de flitsenregeling binnen de nieuwsexceptie valt en deze slechts te gebruiken is indien iets actueel is, kan het citaatrecht soelaas bieden op het moment dat de beelden niet meer actueel zijn. De beelden kunnen namelijk gebruikt worden zolang de flitsen ondergeschikt zijn aan het item en voldoen aan de overige eisen van het citaatrecht. Dit zou goed kunnen bij een seizoenoverzicht of het bespreken van bepaalde spelsituaties enige tijd na de voetbalwedstrijd. Al met al kan het citaatrecht wel gebruikt worden op de manier dat Stichting ROOS voor ogen had, maar moet het daarbij waken dat de flitsen ondergeschikt blijven aan het item. Daarnaast kan het citaatrecht een leemte vullen waar nog geen vragen over zijn gesteld, namelijk het uitzenden van flitsen indien de beelden niet meer actueel zijn en een beroep op de nieuwsexceptie derhalve niet zal slagen.

3.7 Reportage-exceptie

3.7.1 Algemeen

Het doel van artikel 16a Aw, de reportage-exceptie, is vrij duidelijk. Bij actuele reportages is het ondoenlijk om vooraf toestemming aan de auteursrechthebbenden te vragen wiens

¹⁶⁹ Rechtbank Utrecht 12 mei 2010, LJN BM4200, (Stichting ROOS c.s./Eredivisie c.s.), r.o. 4.29.

werken in de reportage voor zullen komen, daarnaast dienen de auteursrechthebbenden in het kader van een goede weergave van actuele gebeurtenissen hun recht op een vergoeding te laten varen.¹⁷⁰ Een karakteristiek voorbeeld hiervan is de opening van een nieuw museumgebouw in het journaal waarbij bijvoorbeeld beelden van het gebouw en kunststukken te zien zijn. Het zou ondoenlijk zijn om toestemming aan de architect van het gebouw en de makers van de kunstwerken te vragen alvorens deze beelden uit te zenden. Artikel 16a Aw luidt als volgt:

“Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd een korte opname, weergave en mededeling ervan in het openbaar in een foto-, film-, radio- of televisiereportage voor zover zulks voor het behoorlijk weergeven van de actuele gebeurtenis welke het onderwerp der reportage uitmaakt, gerechtvaardigd is en mits, voor zover redelijkerwijs mogelijk, de bron, waaronder de naam van de maker, duidelijk wordt vermeld.”

Bij deze bepaling is een nadere inspectie van “[...] voor zover voor het behoorlijk weergeven [...] gerechtvaardigd is...” essentieel. Hier zal ik dieper op ingaan waarna ik de ‘nadere voorwaarden’, zoals bij artikelen 15 en 15a Aw, zal bespreken en ten slotte zal het vraagstuk van het wel of niet geschikt zijn als gebruiksrecht voor het uitzenden van flitsen aan de orde komen.

3.7.2 “voor zover voor het behoorlijk weergeven [...] gerechtvaardigd is”

Een toelaatbare opname van auteursrechtelijk beschermd materiaal is alleen geoorloofd voor zover deze voor het behoorlijk weergeven van het onderwerp van de reportage gerechtvaardigd is. Aan de toelaatbare opname van auteursrechtelijk beschermd werk in een reportage zijn twee voorwaarden verbonden, deze opname moet kort en gerechtvaardigd zijn voor het behoorlijk weergeven van de actuele gebeurtenis welke onderwerp uitmaakt van de reportage. Het begrip ‘kort’ in deze bepaling moet in relatie tot ‘gerechtvaardigd’ gelezen worden.¹⁷¹ De opname mag niet langer zijn dan nodig is voor de reportage, oftewel een ‘doel-middel-toetsing’.¹⁷² Bij deze bepaling gaat het om het onderwerp van de reportage en niet om het auteursrechtelijk beschermd materiaal. Bij het bespreken van een incident in Madame Tussauds zijn opnamen van de werken die op dat moment te zien zijn toegestaan, maar indien de cameraman onnodig minutenlang opnamen van de werken laat zien en daarna verder gaat met de reportage van het incident wordt niet voldaan aan de ‘doel-middel-toetsing’.

3.7.3 Nadere voorwaarden

¹⁷⁰ J.H. Spoor e.a., *Recht en Praktijk. Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 260.

¹⁷¹ Ch. Gielen en D.W.F. Verkade, *Tekst & Commentaar. Intellectuele Eigendom*, Deventer: Kluwer 2009, p. 36.

¹⁷² J.H. Spoor e.a., *Recht en Praktijk. Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 260.

In deze bepaling zijn eveneens nadere voorwaarden te vinden die in acht moeten worden genomen. Deze nadere voorwaarden bestaan slechts uit het vermelden van de bron en aanduiding van de maker voor zover dit redelijkerwijs mogelijk is.

3.7.4 Gebruiksrecht?

Bij de behandeling van de reportage-exceptie in het licht van eredivisiewedstrijden is het van belang om een onderscheid te maken tussen het beschermde werk en het onderwerp van het beschermde werk. Het beschermde werk is de registratie van een eredivisiewedstrijd, het onderwerp hiervan is uiteraard de eredivisiewedstrijd. De eredivisiewedstrijd is onderwerp van de actuele reportage en niet de registratie van de eredivisiewedstrijd, hierdoor is een beroep op de reportage-exceptie mijns inziens niet haalbaar om flitsen van beelden uit te zenden van eredivisiewedstrijden.

Een rechtvaardige vraag is of Stichting ROOS op grond van de informatievrijheid toegang tot stadions kan eisen om flitsen van het onderwerp van de reportage, de eredivisiewedstrijd, te registreren. Het EHRM heeft in het Appleby/Verenigd Koninkrijk-arrest bepaald dat artikel 10 EVRM niet automatisch leidt tot een recht op toegang tot particuliere eigendommen. Het Hof vond dat “where, however, the bar on access to property has the effect of preventing any effective exercise of freedom of expression or it can be said that the essence of the right has been destroyed, the Court would not exclude that a positive obligation could arise for the State to protect the enjoyment of the Convention rights by regulating property rights. A corporate town where the entire municipality is controlled by a private body might be an example.”¹⁷³ Indien informatievrijheid volledig onmogelijk gemaakt wordt kan een lidstaat het eigendomsrecht inperken en een recht op toegang creëren. Hier is geen sprake van, de beelden van de eredivisiewedstrijden zijn voor iedereen toegankelijk via Eredivisie Live, www.eredivisie.nl en Studio Sport. Daarnaast kan met de flitsenregeling beelden opgevraagd worden waarvan overgenomen en geciteerd kan worden ten behoeve van het uitzenden van flitsen. Al met al kan ook met een beroep op de informatievrijheid geen flitsen uitgezonden worden op grond de reportage-exceptie.

Nu een gebruiksrecht in de nieuwsexceptie en citaatrecht is gevonden is het van belang om na te gaan wat de rol is van de drie-stappen-toets en of deze toets invloed heeft op het gebruiksrecht.

3.8 Drie-stappen-toets

3.8.1 Algemeen

Artikel 5 lid 5 Auteursrechtlijn:

“beperkingen en restricties mogen [stap 1] slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits [stap 2] daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en [stap 3] de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.”

¹⁷³ Europese Hof van de Rechten van de Mens 6 mei 2003, nr. 44306/98 (Appleby) r.o. 47.

Deze drie-stappen-toets kan bij de interpretatie van beperkingen een rol spelen.¹⁷⁴ Over de exacte rol van de drie-stappen-toets bestaat geen consensus in de literatuur. Een aantal partijen¹⁷⁵ is van mening dat deze toets slechts een instructienorm is voor de wetgever, er zijn echter ook partijen¹⁷⁶ die betogen dat in ieder individueel geval aan de drie-stappen-toets getoetst kan worden.¹⁷⁷ De regering was een duidelijke mening toebedeeld en zag de drie-stappen-toets als een tot de wetgever gerichte norm en opname van deze norm in de Auteurswet zou tot rechtsonzekerheid leiden.¹⁷⁸ Desondanks heeft de Nederlandse rechter in enkele gevallen getoetst aan de drie-stappen-toets.¹⁷⁹ Onlangs heeft de Advocaat Generaal van het HvJ EU in zijn conclusie bevestigd dat het toepassen van de drie-stappen-toets, onder bepaalde voorwaarden, door de rechtelijke macht is toegestaan.¹⁸⁰ Het HvJ EU heeft dit eerder bevestigd door te stellen dat “deze uitzondering moet worden uitgelegd in het licht van artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29”.¹⁸¹ Bij de toetsing moet speciale aandacht worden geschonken aan de fundamentele vrijheden.¹⁸² Nu in de nieuwsexceptie en het citaatrecht een gebruiksrecht is gevonden voor de flitsenregeling, kan aan de hand van de drie-stappen-toets getoetst worden of het gebruiksrecht toegestaan is.

3.8.2 Drie-stappen-toets

Het auteursrecht mag volgens de eerste stap slechts in bijzondere gevallen worden beperkt. “Dit betekent (1) dat beperkingen niet te ruim mogen worden opgesteld en (2) dat zij één of ander bijzonder beleidsdoel moeten dienen.”¹⁸³ De flitsenregeling is mijns inziens niet te ruim

¹⁷⁴ P.A.C.E. van der Kooij en S.J.A. Mulder, Serie hoofdzaken handelsrecht. Hoofdzaken intellectuele eigendom, Deventer: Kluwer 2007, p. 23.

¹⁷⁵ Waaronder de Minister van Justitie en de Commissie Auteursrecht.

¹⁷⁶ Waaronder Cohen Jehoram, de Studiecommissie Informatiemaatschappij van de Vereniging voor Auteursrecht en de Raad van State.

¹⁷⁷ K.J. Koelman, ‘De nationale driestappentoets’, Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht, jaargang 2003 nr. 1 p. 6.

¹⁷⁸ J.H. Spoor e.a., Recht en Praktijk. Auteursrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 224.

¹⁷⁹ Rechtbank 's-Gravenhage 2 maart 2005, nr. 192880, LJN: AS8778 (Nederlandse Dagbladders e.a./Staat der Nederlanden), ro. 15. Rechtbank 's-Gravenhage 8 januari 2008, LJN: BC1440 (Norma/Sont en Staat), ro. 4.30. Rechtbank Amsterdam, 4 juni 2008, IEPT20080604, (Stemra/Chellomedia), ro. 2.19. Gerechtshof 's-Gravenhage 15 november 2010, LJN: BO3980 (FTD/Eyeworks), ro 5.6. Gerechtshof 's-Gravenhage 15 november 2010, LJN: BO3982, (Stichting de Thuis kopie), ro. 7.16. Rechtbank Haarlem 9 februari 2011, LJN: BP3757 (FTD/BREIN), ro. 4.18.

¹⁸⁰ Hof van Justitie EU, 10 maart 2011, C-462/09, (Stichting de Thuis kopie/Mijndert van der Lee ea.), conclusie AG N. Jääskinen r.o. 42. Wanneer nationale bepalingen dubbelzinnig zijn of ruimte laten voor verschillende uitkomsten moet de rechter de bepalingen uitleggen in het licht van de drie-stappen-toets.

¹⁸¹ Hof van Justitie EU, 16 juli 2009, C-5/08, (Infopaq/DDF), r.o. 58.

¹⁸² C. Geiger ea., ‘Declaration on a Balanced Interpretation of the ‘Three-Step Test’ in Copyright Law’, Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht, jaargang 2009 nr. 1, p. 9.

¹⁸³ K.J. Koelman, ‘De nationale driestappentoets’, Tijdschrift voor auteurs-, media- & informatierecht, jaargang 2003 nr. 1 p. 8.

opgesteld aangezien het slechts 90 seconden aan beeldmateriaal betreft,¹⁸⁴ de flitsen mogen alleen gebruikt worden in dagelijks geprogrammeerde algemene nieuwsprogramma's, flitsen van wedstrijdbepalende sportmomenten mogen niet eerder worden uitgezonden dan de exclusief rechthebbende en de flitsen mogen alleen binnen één etmaal onbeperkt worden herhaald. Daarnaast is het bevorderen van de pluriformiteit aan beeldmateriaal van evenementen die van groot belang zijn voor de samenleving in de zin van een van de fundamentele vrijheden, de informatievrijheid, in mijn optiek aan te merken als "één of ander bijzonder beleidsdoel".

Volgens de tweede stap mag geen afbreuk gedaan worden aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal. De normale exploitatie houdt in dit geval in dat de uitzendrechten verkocht worden door Eredivisie en daarmee winst wordt gemaakt; de economische voordelen die kunnen worden behaald met de uitzendrechten moeten ten goede komen aan de auteursrechthebbende. Aan de normale exploitatie van het werk wordt afbreuk gedaan indien de invloed op de verkoop van uitzendrechten aanzienlijk is en de inkomsten die daarmee gegenereerd worden dalen.¹⁸⁵ Beperkingen zullen altijd invloed hebben op de waarde van rechten, de vraag is nu of de invloed van deze beperking op de waarde van de rechten 'aanzienlijk' is. De exploitatie van uitzendrechten was hiervoor al aan strikte voorwaarden gebonden, door de evenementenregeling en daarmee het bord-op-schoot tijdstip van Studio Sport, maar de prijs van de uitzendrechten is desondanks de afgelopen 59 jaren explosief gestegen.¹⁸⁶ De flitsenregeling is een beperking die niet zo ver reikt als de evenementenregeling, mijns inziens zal de invloed op de prijs van uitzendrechten door de flitsenregeling derhalve niet groot zijn. De 90 seconden aan beeldmateriaal die na één speeldag uitgezonden mogen worden op grond van de flitsenregeling zal volgens mij niet een zodanige uitwerking hebben op het publiek dat de vraag naar de samenvattingen van Studio Sport op zondagavond van 55 minuten zal afnemen. In die 90 seconden kunnen namelijk niet alle belangrijke momenten van alle wedstrijden op een bepaalde speeldag verwerkt worden.

Volgens de derde stap mogen de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad. De belangen van derden dienen te worden meegewogen, dit volgt uit het begrip 'onredelijk' en het feit dat de Rechtbank 's-Gravenhage rekening hield met de 'free flow of information' bij de beoordeling van digitale knipselkranten in het licht van de driestappen-toets.¹⁸⁷ Mijns inziens is het belang van de 'free flow of information' bij de

¹⁸⁴ In zeer uitzonderlijke gevallen mag, op grond van de flitsenregeling, 180 seconden aan beeldmateriaal worden uitgezonden.

¹⁸⁵ Hof van Justitie EU, 16 juli 2009, C-5/08, (Infopaq/DDF), conclusie AG N. Jääskinen r.o. 137.

¹⁸⁶ In 2004 was een contract voor drie jaar gesloten met een waarde van € 69.900.000, - per seizoen. Na de periode van drie jaar besloot de Eredivisie tot het oprichten van een eigen televisiezender en is het moeilijk om te bepalen wat de exploitatie van de uitzendrechten nu precies oplevert.

¹⁸⁷ Rechtbank 's-Gravenhage 2 maart 2005, nr. 192880, LJN: AS8778 (Nederlandse Dagbladpers e.a./Staat der Nederlanden) r.o. 16.

flitsenregeling onmiskenbaar. Schaarse goederen, zoals dure uitzendrechten van voetbalwedstrijden, worden onder strikte voorwaarden van de hand gedaan. Dit kan de objectiviteit van de uitzendorganisatie in gevaar brengen. Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft onlangs bepaald dat het stellen van eisen aan de uitzendrechten van evenementen de prijs kan beïnvloeden, maar dit is gerechtvaardigd wanneer het erop toeziet het recht op informatie te beschermen.¹⁸⁸ Daarnaast ontvangt de houder van de exclusieve rechten een vergoeding voor het verstrekken van het beeldmateriaal. Dit kan relevant zijn omdat “een onredelijke schade aan de wettige belangen van de rechthebbenden [...] door het betalen van een vergoeding op een redelijk niveau [kan] worden gereduceerd.”¹⁸⁹ Bij het bespreken van de tweede stap heb ik reeds uiteengezet dat de schade volgens mij niet groot zal zijn, hierdoor is het niet relevant dat de vergoeding die betaald wordt niet hoger mag zijn dan de daadwerkelijke kosten voor het verstrekken van het beeldmateriaal. In mijn optiek is geen sprake van onredelijke schade aan de wettige belangen van de rechthebbende, de flitsenregeling voldoet hierdoor aan de drie-stappen-toets en is derhalve toegestaan.

¹⁸⁸ Gerecht van Eerste Aanleg 17 januari 2011, T-385/07 (FIFA/Europese Commissie, België, Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Noord-Ierland) r.o. 127.

¹⁸⁹ M.R.F. Senftleben, ‘Privé-kopiëren in het licht van de driestappentoets - opmerkingen naar aanleiding van het vonnis van de Haagse rechtbank inzake de thuiskopie’, *Intellectuele Eigendom en Reclamerecht*, jaargang 2008, nr. 5, p. 267.

4 Conclusie

De controversiële uitspraak van de kortgedingrechter was het startsein voor mij om uit te zoeken hoe de flitsenregeling zich verhoudt tot het auteursrecht. De discussie richt zich voornamelijk op de zinsnede "zij het met inachtneming van die exclusieve rechten" en daarmee op de vraag of de flitsenregeling een gebruiksrecht is of slechts een toegangsrecht. Indien de flitsenregeling een gebruiksrecht is, zou dit een nieuwe beperking op het auteursrecht betekenen.

Uit de Transfrontier Conventie valt af te leiden dat in Europa al geruime tijd het idee leeft dat een algemeen recht op flitsen moet bestaan voor omroeporganisaties. De flitsenregeling van richtlijn AVMD 2007 is de eerste communautaire regeling die de ontvangstvrijheid daadwerkelijk beschermt. Indien slechts één omroeporganisatie de beelden uit zal zenden kan dit censuur in de hand werken omdat er strikte voorwaarden aan de uitzendrechten verbonden kunnen worden. Het is derhalve gewenst dat meerdere omroeporganisaties verschillende beelden kunnen uitzenden van hetzelfde evenement.

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de flitsenregeling is gebleken dat lidstaten geen overeenstemming konden bereiken over het effect van de flitsenregeling op de Auteursrechtlijn, maar dat het wel de bedoeling is dat het recht op flitsen gebruikt kan worden. In België en het Verenigd Koninkrijk is de flitsenregeling gefaciliteerd door wijzigingen aan te brengen aan zowel de Mediawet als de Auteurswet. In Nederland achtte de Tweede Kamer een wijziging niet nodig aangezien in de Auteurswet reeds een gebruiksrecht te vinden is, de meerwaarde van de flitsenregeling is dat het een toegangsrecht is tot het signaal en daarmee meer keuze en een hogere kwaliteit aan beelden beschikbaar worden gemaakt.

De auteursrechtelijke beperkingen die een grondslag kennen in de informatievrijheid stonden centraal in hoofdstuk drie. Dit was om na te gaan of in het huidige systeem van auteursrechtelijke beperkingen een gebruiksrecht te vinden is voor flitsen van beelden van eredivisiewedstrijden. De nieuwsexceptie, citaatrecht en reportage-exceptie zijn de beperkingen die aan de orde kwamen. Deze beperkingen kennen hun grondslag in de informatievrijheid en moeten derhalve uitgelegd worden in het licht van de reikwijdte van deze vrijheid.

Na het bespreken van de reportage-exceptie ben ik tot de conclusie gekomen dat de kortgedingrechter het juist heeft gezien door een beroep op deze bepaling te verwerpen. Mijns inziens is er geen grond voor een gebruiksrecht te vinden in deze bepaling omdat de reportage-exceptie toeziet op het object van de reportage en niet op de beeldopname van het object van de reportage. In het geval van eredivisiewedstrijden gaat het bij een reportage dus om de wedstrijd zelf en niet om de registratie van de wedstrijd.

Dit is wat betreft de nieuwsexceptie en citaatrecht anders, deze zouden mijns inziens uitermate geschikt zijn om als gebruiksrecht te fungeren voor flitsen van beelden van eredivisiewedstrijden. In het KNVB/NOS-arrest in combinatie met de uitleg van artikel 10

EVRM en artikel 9 van de Transfrontier Conventie creëert de informatievrijheid mijns inziens voldoende ruimte om een gebruiksrecht te formuleren welke jegens de Eredivisie en NOS is in te roepen. Dit komt met name doordat de Hoge Raad met "om het enkele informeren van het publiek of het berichten van het verloop van een wedstrijd achteraf, waarvan de geoorlooftheid [...] door de KNVB terecht wordt aanvaard." ruimte creëerde voor de vrije nieuwsgaring. En de reikwijdte van deze ruimte is te vinden in de Transfrontier Conventie waarin een recht op flitsen is neergelegd. Het oordeel van de kortgedingrechter ten aanzien van de nieuwsexceptie vind ik derhalve moeilijk te verteren. Doordat de grondslag van de nieuwsexceptie gelegen is in de informatievrijheid is de uitleg van de reikwijdte van de informatievrijheid van belang voor deze bepaling. Sportnieuws valt mijns inziens onder nieuws- en gemengde berichten en Eredivisie is daarmee aan te merken als persmedia. Zolang de beelden actueel zijn, bijvoorbeeld vlak na een speelronde, kan Stichting ROOS met de nieuwsexceptie in de hand hier flitsen uit overnemen en deze uitzenden. Indien de beelden niet meer actueel zijn kan uit deze beelden geciteerd worden, ondergeschiktheid van het citaat aan het item is de belangrijkste voorwaarde. Mijns inziens is het citaatrecht ook te gebruiken om vlak na een speelronde een speelrondenoverzicht te maken, maar hierbij moet Stichting ROOS ervoor waken dat de flitsen geen te prominente rol spelen. Het citaatrecht vult daarnaast de leemte op voor het uitzenden van flitsen indien de beelden niet meer actueel zijn.

Al met al kom ik tot de conclusie dat de flitsenregeling geen nieuwe beperking is op het auteursrecht maar dat in de huidige auteursrechtelijke beperkingen een gebruiksrecht is te vinden voor flitsen van beelden van eredivisiewedstrijden. Wel vraag ik mij nog af hoe evenementen van aanzienlijk belang en evenementen van groot belang zich tot elkaar verhouden. En of het tegelijkertijd van toepassing zijn van de evenementenregeling en de flitsenregeling niet een te grote inbreuk is op het auteursrecht. Maar dat is wellicht onderwerp van een ander onderzoek.