

Ruimte in het citaatrecht in Europa?

Zoekmachine vindt niets bij 'search naar flexibiliteiten'

Het auteursrecht is een sta-in-de-weg bij alledaagse activiteiten op internet. Senftleben en Hugenholtz hebben gezocht naar de noodzakelijke ruimte voor de informatievrijheid. Zij menen deze te hebben gevonden binnen het communautaire copyright acquis. In hun rapport Fair use in Europe. In Search of Flexibilities signaleren zij onder meer dat de beperkingen in de Auteursrechtlijn (ARI) zo rudimentair zijn geformuleerd, dat geen tijdrovende nieuwe Europese wetgeving noodzakelijk is om de informatie en communicatiebehoefte op het internet verregaand te faciliteren. De formulering van de richtlijn beperkingen laat ruimte voor een open norm, die bijna net zo flexibel is als de 'fair use'-exceptie.¹ Zo menen zij dat het kwalificeren van de activiteiten van de zoekmachine als 'citeren' in de zin van artikel 5(3)d ARI, heel goed verdedigbaar is. Het oprekken van het citaatbegrip tot de weergave van zoekresultaten, gaat echter een brug te ver. De ruimere uitleg van het citaatrecht sinds de implementatie van de ARI verdient kritische aandacht. Het HvJ EU maakt met zijn arrest Painer/Standard Verlags een interessant begin met de verkenning van het citaatrecht en biedt aanknopingspunten voor voor- en tegenstanders van een ruim uitgelegd citaatrecht.²

M.R. de Zwaan
Mr. M.R. de Zwaan is
advocaat te Amsterdam.

In februari 2012 vond in Den Haag het symposium 'Towards flexible copyright?' plaats, georganiseerd door Staatssecretaris Teeven van V&J. Met deze bijeenkomst loste de staatssecretaris de belofte uit zijn Speerpuntenbrief in, om de vraag naar een 'fair use'-exceptie te agenderen in Europa.³ De behoefte aan een flexibeler auteursrecht met open normen is evident. Die normen moeten tegemoet kunnen komen aan de door technologische ontwikkelingen snel groeiende en veranderende exploitatie- en gebruiksmogelijkheden. Het van stal halen van de Angelsaksische fair use-exceptie is in dit verband een even vanzelfsprekende (want open en technologie neutraal) als verguisde (want wezensvreemde en veel te vage) remedie. In hun rapport en op het symposium bepleitten Hugenholtz en Senftleben, in plaats van het introduceren van een 'fair use achtige exceptie,' om de ruimte te benutten die bestaat binnen het communautaire copyright acquis. Zij suggereren onder meer de herimplementatie van de beperkingen uit de Auteursrechtlijn. De elementaire aanduiding ('prototypes') van de excepties in de richtlijn zou de mogelijkheid bieden voor flexibeler geformuleerde nationale beperkingen, die meer

ruimte scheppen voor de informatievrijheid.⁴ Met deze strategie van de herimplementatie omzeilen zij en passant de dogmatische en systematische bezwaren uit het 'droit d'auteur'-kamp tegen het copyright concept van de fair use.⁵ Zij hopen bovendien de Brusselse slakkengang te vermijden, die met een omlooptijd van doorgaans tien jaar van groenboek tot gemeenschapsbrede wetbepalingen veel te traag is voor de dringende verlichting van de greep van het auteursrecht op de informatievrijheid. Ter illustratie van de ruimte die de summiere formulering van de richtlijnbeperkingen aan de implementatie biedt, wijzen Hugenholtz en Senftleben op de uiteenlopende implementatie van het citaatrecht in Nederland en Duitsland en de daarop gebaseerde rechtsontwikkeling.⁶ In Nederland zou de activiteit van de zoekmachine als citeren kunnen worden gewalificeerd, vanwege de ter gelegenheid van de implementatie geopende opsomming van de tot dan toe gesloten context-categorieën. In Duitsland heeft men die opening achterwege gelaten, en de afwijzing door de hoogste rechter van de toepasselijkheid van het citaatrecht op de activiteiten van Google, zou daarvan het gevolg zijn.

1 P.B. Hugenholtz & M.R.F. Senftleben, *Fair use in Europe. In search of flexibilities*, IViR/VU Amsterdam, november 2011 (verder 'Rapport'), p. 2, p. 17, 18.

2 HvJ EU 1 december 2011, AMI 2012/2, p. 66-75, m.nt. M.M.M. van Echoud, IER 2012/2, p. 143-162, m.nt. S.J. Schaafsma en P.G.F.A. Geerts.

3 F. Teeven, 11 april 2011, *Speerpuntenbrief Auteursrecht 20©20*. Zie ook: J.N.T. Weda, J.P. Poort en I. Akker, 'Makers over speerpunten: opvattingen van makers en uitvoerende kunstenaars over de speerpuntenbrief Auteursrecht 20©20,' AMI 2011/5, p. 164-170.

4 Rapport, p. 14, p. 17.

5 Deze strategie van het creëren van openheid en flexibiliteit door letterlijke implementatie is al te vinden in M.R.F. Senftleben, 'Beperkingen à la carte: waarom de Auteursrechtlijn ruimte laat voor fair use', AMI 2003/1, p. 10-14 (verder 'Senftleben 2003').

6 Hof Arnhem 4 juli 2006 (*Zoekalhuizen.nl*), *Mediaforum* 2007-1, nr. 1 m.nt. B. Beuving, AMI 2007/3, nr. 12 m.nt. K.J. Koelman; V.zr. Rb. Alkmaar, 7 augustus 2007, (*Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa*), AMI 2007/5, nr. 18 m.nt. K.J. Koelman; Bundesgerichtshof 29 april 2010, I ZR 69/08, GRUR 2010, 628 (*Bildersuche*).

Het is de vraag of deze invalshoek met betrekking tot het citaatrecht juist is. Hugenholtz en Senftleben en de Nederlandse zoekmachinejurisprudentie waarnaar zij verwijzen, lijken voorbij te gaan aan de betekenis van het citaatbegrip. Mijn negatieve conclusie over de door Senftleben en Hugenholtz veronderstelde ruimte voor de zoekmachine binnen het citaatrecht, betekent – voor alle duidelijkheid – niet dat ik daarmee ook hun benadering om de binnen het copyright acquis de beschikbare ruimte te signaleren en hun aanbeveling om deze ruimte benutten, afwijs. Senftleben en Hugenholtz zien, voor zover ik begrijp terecht, niet alleen flexibiliteit vanwege de ruimte die geboden wordt door de rudimentaire (= open) formulering van de bestaande richtlijnbeperkingen, maar ook vanwege het ongemoeid laten van het bewerkingsrecht en vanwege het open karakter van de flexibele normen, die ten grondslag liggen aan het communautaire auteursrecht, zoals de Berner Conventie en het civiele recht. Die open basis, waarvan de ‘fairness’ (vergelijk onze redelijkheid en billijkheid) het belangrijkste beginsel is, maakt niet alleen een ruime interpretatie van richtlijnbegrippen mogelijk, maar biedt ook gelegenheid om aan te sluiten bij niet in de richtlijn geregelde gevallen. In deze bijdrage zal ik in de eerste plaats nog eens stil staan bij de vraag wat citeren nu eigenlijk is en waarom daarvan bij een zoekmachine geen sprake is. Daarna wil ik laten zien dat de aanpassing van ons citaatrecht door de implementatie van de Auteursrechtlijn, wel een ruimere toepassing van het citaatrecht mogelijk maakt, maar niet de basis vormt voor een begripsverandering. Tot slot sta ik stil bij verenigbaarheid van het ruim uitgelegde citaatbegrip, met de uit het *Painer*-arrest af te leiden reikwijdte van de citaatbepaling in de Auteursrechtlijn.

Genereren en weergeven van zoekresultaten: citeren?

De activiteit van een zoekmachine bestaat uit het geautomatiseerd zoeken en weergeven van resultaten op basis van door de gebruiker ingevoerde zoektermen. Kan deze activiteit van de zoekmachine worden gekwalificeerd als citeren? Het antwoord hangt af van de betekenis van het begrip citeren. In de Berner Conventie, de Auteursrechtlijn en in de Auteurswet vindt men noch in de tekst, noch in de wetsgeschiedenis een definitie van wat onder citeren moet worden verstaan.⁷ In de Nederlandse literatuur definieert ook niemand het citaatbegrip, maar verschillende auteurs geven, al dan niet onder verwijzing naar de wetsgeschie-

denis, aan wanneer van citeren sprake zou zijn.⁸ Van citeren is sprake wanneer een (gedeelte van een) werk in een inhoudelijk verband wordt opgenomen in een ander werk, of althans in een andere uiting, op zodanige wijze dat het opgenomen werk deel gaat uitmaken van het andere werk (van de andere uiting) en daarmee als één geheel kan worden beschouwd.⁹

Citeren is *per definitie* niet slechts het neutrale *aanhalen*, maar omvat ook het ‘doelgerichtere’ *aanvoeren* van het andere werk; de opname van het andere werk geschiedt ter verduidelijking of onderbouwing van de eigen mededeling, die in de citerende uiting besloten ligt. De dienstbaarheid van het citaat aan de eigen gedachte die in de eigen uiting besloten ligt, is even essentieel als neutraal van aard. De Hoge Raad omschreef de functie van het citaat in *Damave/Trouw* als onderbouwing en/of verduidelijking van de context, door over een illustratie bij een recensie te overwegen dat het opnemen van een illustratie uit het besproken boek een toelaatbaar citaat is wanneer ‘de afbeelding samen met de tekst van de bespreking redelijkerwijs kan worden beschouwd als één geheel *dat ertoe strekt om aan de lezer een indruk van het betreffende boek te geven*’.¹⁰

Met de eis van een eigen mededeling, van een eigen uiting, staat de zoekmachine buiten spel als ‘citeerder’. De gedachte die door het citaat wordt onderbouwd of verduidelijkt, ontbreekt. De zoekmachine ontwikkelt geen gedachte. Je zou ook kunnen zeggen ‘de zoekmachine vindt niks’. De zoekmachine doet dan ook geen eigen mededeling, creëert geen eigen uiting waarin het één of meerdere citaten ter onderbouwing of verduidelijking opneemt; er is geen context en dus geen citaat. De loutere verzameling van werken, zoals het zoekresultaat bij Google afbeeldingen, of van gedeelten van werken zoals bij een gewone zoekopdracht, is geen citaat maar hooguit een bloemlezing; Google citeert het internet niet. Ook niet net niet. Gerbrandy schrijft al ver vóór de opkomst van de zoekmachines dat de redacteur van een databank zich verre dient te houden van al wat zweemt naar een citatenverzameling. Hij verwijst a contrario naar de wel toelaatbare persoverzichten (artikel 15a lid 2 Aw). Met instemming haalt hij het Hof Parijs aan dat een, uit louter citaten opgebouwde, databank ontoelaatbaar achtte bij gebreke van een zelfstandig werk waarin de citaten waren geïncorporeerd. Gerbrandy concludeert: ‘Pure verzamelingen van citaten zijn onaanvaardbaar.’¹¹ Daarna vervolgt hij: ‘Ze zijn ook niet nodig. Een databank kan aan-geven waarover het artikel handelt, zonder het te citeren.’

7 Zie naast de bepalingen zelf, bijvoorbeeld S. Ricketson, *The Berne Convention of literary and artistic Works: 1886-1986*, Londen 1987, The Eastern Press Ltd., p. 489-493 (verder ‘Ricketson 1987’); Conclusie A-G Trstenjak, in *Painer/Standard Verlags* (zie noot 2) en K.J. Koelman, J. Haec, commentaar bij art. 15a, 27/31 e.v. en de daar genoemde literatuurverwijzingen, in: *Intellectueel Eigendom, artikels-gewijs commentaar*, Band 2, Amsterdam: Elsevier Juridisch (verder ‘IEC’).

8 Vgl. S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 223 (verder ‘Gerbrandy 1988’), J.H. Spoor/D.W.F. Verkade/D.J.G. Visser, *Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer 2005, Kluwer, p. 238-241 (verder Spoor/Verkade/Visser 2005), M.R. de Zwaan, ‘Zeer apart. Een beoordeling van 10 jaar citaatrecht’, *Informatierecht/AMI* 1995/10, (verder De Zwaan 1995), p. 183-185.

9 In deze ‘fenomenale’ beschrijving zijn de elementen samengebracht die men

aantreft in de MvT bij artikel 16 lid 1 (oud), de voorganger van artikel 15a Aw (MvT 1964-1965, 7877, nr. 3, p. 5) en in het arrest *Damave/Trouw* (HR 26 juni 1992, NJ 1993, 205, m.nt. D.W.F. Verkade). Zie voor een uitvoeriger ontleding van het citaatbegrip De Zwaan 1995 p. 183-190.

10 Dit sluit aan bij de ‘Belegfunktion’, die Duitsland kent; zie M.R. de Zwaan, *Geen beelden geen nieuws*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2003, p. 179, 180 en de daar genoemde literatuur (verder ‘De Zwaan 2003’).

11 S. Gerbrandy 1988, p. 228. De Duitsers denken er ook zo over en verlangen dat de eigen uiting een ‘zelfstandigheid’ bezit. Dit is het geval wanneer de uiting auteursrechtelijk beschermbaar (‘schutzfähig’) is en de eigen geestelijke prestatie overheerst ten opzichte van het citaat (T. Dreier, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München 2004, Beck, p. 705 (verder ‘Dreier 2004’); G. Schrickler, *Urheberrecht Kommentar*, München 2010, Beck, p. 1012-2013 (verder ‘Schrickler

Het afwijzen van de reproductie en weergave van een verzameling werken of gedeelten van werk als citaat, is niet slechts normatief ('onaanvaardbaar'), maar volgt simpelweg uit de betekenis van het citaatbegrip. De aanwezigheid van een context is onlosmakelijk verbonden met en vormt een onvermijdelijk uitvloeisel van het citeren; aanhaling en context zijn de twee samenstellende delen van het citeren en de onderlinge verhouding wordt gekarakteriseerd door een inhoudelijk verband en door een ondergeschikte en dienende functie van het citaat ten opzichte van de context. Hij moet er zijn, die context, en bij een zoekmachine is hij er niet.

Implementatie ARI verruimt toepassing art. 15 a Aw, maar verandert niet betekenis van citaatbegrip

Leidt openen contextbeperking tot slopen contextvereiste?

Tot zover de zoekmachine. In het voorgaande is echter nog niet duidelijk geworden waarom Hugenholtz en Senftleben zouden kunnen denken dat een beroep op het citaatrecht wel mogelijk zou kunnen zijn. Ik begrijp het als volgt. Tot 2004 was citeren uitsluitend toegestaan in een viertal typen context, te weten de aankondiging, de polemiek, de wetenschappelijke verhandeling en de beoordeling. Door de implementatie van de ARI werd deze limitatieve opsomming (doorgaans aangeduid als de 'contextbeperking') opengemaakt door de toevoeging 'of voor een uiting met een vergelijkbaar doel'. De Duitse wetgever heeft deze in de ARI voorkomende opening (voor uitingen met een vergelijkbaar doel) niet ter implementatie in haar citaatbepaling (§ 51 UrhG) opgenomen. Hugenholtz en Senftleben zien de opening van de contextcategorieën als een serieuze mogelijkheid om de activiteit van de zoekmachine onder het citaatrecht te brengen. De afwijzing door de hoogste Duitse rechter van het beroep van Google image search op het citaatrecht, zou het gevolg zijn van de ontoereikende implementatie door Duitsland:

A more flexible implementation of the quotation prototyp of article 5 (3)(d) ISD would have allowed the German Federal Court of Justice to solve the case more consistently on the basis of the right of quotation. In this way a questionable expansion of the rules governing implicit consent in German private law could have been avoided. It is thus important to note in the present context that the wording of Article 5(3)(d) has inspired an implementation in the Netherlands, which seems to bring picture thumbnails under the umbrella of the right of quotation. In Germany, by contrast, the maintenance of the traditional context requirement prevents the courts from this more extensive reading of the quotation right.¹²

Deze gedachte lijkt mij fundamenteel onjuist; met het verdwijnen van de limitatieve opsomming van het type context, verdwijnt immers niet het vereiste van het bestaan van een context. Hugenholtz en Senftleben menen daarentegen dat als de contextbeperking zou zijn afgeschaft door de Duitse wetgever 'the German legislator would be free to adhere to the more flexible Dutch approach to the quotation right and abandon the traditional context requirement.'¹³

Welke betekenis mogen wij wel hechten aan de opening van de contextbeperking? Is daardoor het contextvereiste vervallen, of zijn althans de daaraan te stellen eisen sterk verlaagd? Uit de wetsgeschiedenis blijkt het volgende. De beperking tot vier toelaatbare contextcategorieën, ooit voorgesteld door De Beaufort om het vergoedingsvrije citeren (anders dan de vergoedingsplichtige onderwijsexceptie) niet teveel ten nadele van de auteursrechthebbende toe te staan, werd als een te grote beknelling van de uitingsvrijheid en van de algemeen aanvaarde citaatpraktijk ervaren.¹⁴ De huidige formulering van de opening van de limitatieve opsomming, kwam tot stand op voorspraak van de CDA-fractie. 'Bij Nota van wijziging is de door de leden van de CDA-fractie geopperde suggestie overgenomen om in artikel 15a te spreken van "of voor uitingen met een vergelijkbaar doel". Aldus wordt in lijn met de tekst van de richtlijn verduidelijkt dat niet de vorm, maar de aard van het gebruik bepalend is voor de geoorlooftheid van een citaat. In antwoord op de vragen van de leden van de D66-fractie zij gemeld dat dat ook, maar niet uitsluitend, geldt voor citeren uit of in een werk van kunst.'¹⁵ Uit deze toelichting op de opening van de gesloten opsomming van de contextcategorieën, kan niet worden afgeleid dat het contextvereiste blijkens de wetsgeschiedenis is vervallen, of althans dat daaraan geen groot gewicht meer behoort te worden gehecht. De toelichting maakt slechts ondubbelzinnig duidelijk dat als het aan de minister ligt, er weinig tot geen waarde behoort te worden gehecht aan de aard van de context, maar dat de aard van het gebruik bepalend is. Deze open houding van de minister, die de genoemde contextcategorieën tot voorbeelden devalueert, vormt een consistent vervolg op de voordien al bestaande praktijk van een ruime interpretatie van de contextcategorieën. Dat door de opening van de contextbeperking slechts de aard van de context niet meer van groot belang is, maar dat de aan het citeren inherente eigenschappen en eisen nog onverkort vervuld moeten zijn, blijkt ook uit de Memorie van Toelichting, waarin, naar aanleiding van de opening, door de minister werd opgemerkt 'dat thans duidelijker wordt gemaakt dat ook een citaat in en uit een werk van kunst, zoals een beeld- of klankcitaat, mogelijk is en dat in bijzondere gevallen een citaat ook een geheel werk kan betreffen, uiteraard binnen de strenge voorwaarden die het artikel overigens stelt, zoals het verband met de omgeving waarbinnen geciteerd wordt en de morele rechten van de

2010)). Zie ook verwijzingen De Zwaan 2003, p. 11, nt. 9 en nt. 10.

12 BGH 29 april 2010 (Vorschaubilder, zie noot 6), Rapport pagina 16, 17 zie aldaar nt. 64.

13 Rapport, p. 17.

14 Zie voor de verwijzingen naar literatuur en rechtspraak onder meer IEC (27/71) aant. 4.1 bij artikel 15a en De Zwaan 2003, p. 177.

15 Kamerstukken II 2002/03, 28 482, nr. 5, p. 27.

auteur.¹⁶ Met het openen van de contextbeperking is het slopen van het contextvereiste ('het verband met de omgeving') derhalve bepaald niet aan de orde. Volledigheidshalve moet echter wel worden gewezen op de verwarring die de minister later zelf zaait, wanneer hij in de Eerste Kamer bevestigt dat het citaatrecht is verruimd door de toevoeging 'of voor een uiting met een vergelijkbaar doel', 'omdat het contextvereiste daarmee is komen te vervallen'.¹⁷ De uitleg van de minister die daarop volgt, maakt evenwel duidelijk dat de minister doelde op de contextbeperking in plaats van op het contextvereiste. De minister verwijst namelijk naar de diverse categorieën context waarin geciteerd mag worden bij de afbakening van het eerder door hem doorslaggevend geachte belang van de aard van het citeren. Die aard van het citeren moet, aldus de minister, 'in lijn met artikel 5, derde lid, onderdeel b (bedoeld is onderdeel d, MdZ) van de richtlijn waarop het citaatrecht is gebaseerd, kritieken of recensies en soortgelijke doeleinden betreffen.'

Het openen van de contextbeperking leidt wel tot verandering van de nadere citaatvereisten

Vanwege de verruimde mogelijkheid om zich te beroepen op het citaatrecht, ontstaat gemakkelijk de gedachte dat aan het contextvereiste zelf niet of nauwelijks meer eisen behoeven te worden gesteld. Dat is niet juist, maar de opening van de limitatieve contextcategorieën is wel degelijk van invloed op de eisen die aan de context, respectievelijk aan de onderlinge verhouding tussen citaat en context worden gesteld. Dat blijkt wanneer wij als ene uiterste de Duitse opvatting nemen over de hoge eisen die aan de context als zelfstandig werk moeten worden gesteld, en aan het andere uiterste van het spectrum: de reclame-uiting. In Duitsland verlangt men dat de eigen uiting een 'zelfstandigheid' bezit. Dit is het geval wanneer de uiting auteursrechtelijk beschermbaar ('*schutzfähig*') is en de eigen geestelijke prestatie overheerst ten opzichte van het citaat.¹⁸ De Duitse dogmatiek gaat uit van de rechtvaardiging van het citaatrecht op grond van een zekere wederkerigheid, waardoor het geestelijke scheppen wordt bevorderd.¹⁹ Tegenover deze enigszins veeleisende benadering staat de pretentieloze reclamefolder. De folder is zonder twijfel een auteursrechtelijk beschermbare uiting, maar hoe staat het met het overheersen van de eigen geestelijke prestatie en met de uiteenzetting van de adverteerder aan de hand van de geciteerde producten? Voldoet de Kruidvatfolder en de advertentiepagina met twintig kiloknallers aan deze eis? En is bijvoorbeeld het nieuwste model Mercedes, paginagroot en blikvangend in een advertentie afgebeeld, nog steeds ondergeschikt en dienend ten opzichte van de uiting

van de adverteerder, die daarin volstaat met een minimale typeaanduiding en prijs onderaan de advertentiefoto? De in de Nederlandse literatuur en rechtspraak gangbare ruime uitleg van het contextbegrip (de aankondiging, beoordeling, wetenschappelijke verhandeling en polemiek) vereist een navenant ruime, flexibele opvatting over de betekenis van de nadere vereisten die wij stellen aan de context en aan de onderlinge verhouding tussen citaat en context. Door de onderlinge samenhang van de begrippen context, inhoudelijk verband en ondergeschikte (dienende) functie, wordt immers de betekenis van deze woorden beïnvloed. Bij de reclame-uiting vinden wij een andere betekenis dan bijvoorbeeld bij een wetenschappelijke verhandeling of bij een citaat in een muziekwerk.

Deze beïnvloeding van de betekenis van de afzonderlijke nadere vereisten door de onderlinge samenhang van de begrippen, leidt gemakkelijk tot misvattingen. Het gebeurt onder meer in de door Hugenholtz en Senftleben aangehaalde uitspraak van het Hof Arnhem (*Zoekallemuzen*).²⁰ Deze zoekmachinedienst genereert zoekresultaten, bestaande uit de eerste regels van de woningomschrijving, de prijs, het adres en een verkleind fotootje afkomstig uit het online beschikbare woningaanbod op de websites van Nederlandse makelaars. Is deze weergave van het zoekresultaat te kwalificeren als een context in de zin van bijvoorbeeld de in artikel 15a Aw genoemde aankondiging, of een daarmee vergelijkbare uiting? Zelfstandig beschouwd zou men, zoals de rechter deed, de weergave (zoekvraag plus resultaat) met enige goede wil best kunnen beschouwen als een met een aankondiging vergelijkbare uiting, te weten de mededeling van de plaats waar u informatie gaat vinden, wanneer u de website behorende bij het citaat bezoekt.²¹ Maar het heeft op zijn zachtst gezegd iets gekunstelds. Wanneer men de weergave van het zoekresultaat zelf onder het mom van de vermelding van vindplaatsen als 'aankondiging' kwalificeert, is het nog maar een kleine stap om elke aanhaling waarbij braaf auteur en bron worden vermeld, ook als aankondiging te beschouwen, omdat de bronvermelding immers aankondigt waar men de aanhaling zal vinden. Veel meer voor de hand liggend dan als 'aankondiging' is een kwalificatie als citatenverzameling (denk aan Gerbrandy; zie noot 11). Ook mogelijk is een kwalificatie als inhoudsopgave of als 'overzicht' in de zin van art. 15a lid 2 Aw.²² Dit onderscheid tussen enkel de aanhaling, de context en een overzicht komt ook aan de orde in de recente uitspraak over de programmagegevens. De rechter oordeelde dat de vermelding van een enkele programmatitel als een aankondiging moest worden beschouwd, maar dat de systematische vermelding

16 MvT Kamerstukken II 2001/02, 28 482, nr 3, p. 40. Zie ook: Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 242, nt. 128 en D.J.G. Visser, 'Auteurswet gewijzigd, artikel 15a', *AMI* 2005/4, p. 134, die in de opening van de contextcategorieën geen basis zien voor de beweerde verdwijning of futilisering van het contextvereiste.

17 MvT Kamerstukken I 2003/04, 28 482, Nadere MvA p. 1.

18 Dreier 2004, p. 705; Schricker 2010, p. 1012-1013, zie ook verwijzingen De Zwaan 2003, p. 11, nt. 9 en nt. 10.

19 De Zwaan 2003, p. 177; Schricker 2010, p. 1003.

20 Hof Arnhem 4 juli 2006, *AMI* 2007/5, nr. 18 m.nt. K.J. Koelman.

21 Het aldus kwalificeren van het zoekresultaat doet denken aan het oordeel van de Ktr. Amsterdam 25 april 2000 (*AMI* 2000/8, p. 171 m.nt. G.J.H.M. Mom), die een tijdschrifttribriek (genaamd 'siteguide') waarin aandacht werd besteed aan websites, beschouwde als een 'onmiskkenbare aankondiging'.

22 Dit rudiment van de excepties die de informatiegaring en -doorgifte door de pers moet faciliteren, is een vreemde historische eend in de bijt van ons citaatrecht, waarvan de regeling aanvankelijk verweven was met de onderwijsexceptie en de nieuwsvoorziening (zie De Zwaan 2003, p. 175, 176) en ontbreekt in de richtlijn en Berner Conventie bepaling.

van programmatitels met uitzendtijdstippen niet meer ten doel had een bepaald programma aan te kondigen, maar het bieden van een overzicht. Daarmee zouden de grenzen van het citaatrecht worden overschreden (r.o. 4.11, 4.29).²³ De rechter keek ten onrechte naar het motief en zag over het hoofd dat de Telegraaf niet (zoals de zoekmachine) had volstaan met het louter vermelden van de geciteerde programmatitels, maar dat men zelf indicaties van de inhoud van de programma's had vervaardigd (r.o. 2.2). Deze eigen inhoudsbeschrijving (de context) en de geciteerde programmatitel, aangevuld met de zender en uitzendtijd vormden vermoedelijk telkens als één geheel beschouwd, de aankondiging van het programma. In een dergelijke aankondiging mag men uiteraard de titel citeren. Het motief van het bieden van een compleet overzicht en het systematische karakter verandert daar weinig aan. Het Arnhemse hof zag in de zoekmachine zaak de context niet over het hoofd, maar oordeelde dat het ontbreken daarvan niet in de weg stond aan een geslaagd beroep op het citaatrecht. Het hof achtte het (in zijn woorden) 'kenmerkend en beslissend' dat de ontlening en vermelding op zoekalhuizen.nl (ZAH) hetzelfde doel diende als hetwelk de makelaars nastreefden, namelijk de aandacht van potentiële kopers vestigen op het object. 'Het gebruik van deze (aan de vermelde websites ontleende, *MdZ*) gegevens valt te beschouwen als, of staat op gelijke voet met, het citeren uit een werk ten behoeve van een aankondiging', aldus het hof (r.o. 4.8).²⁴ Onder verwijzing naar ditzelfde doel, achtte het hof het 'uiteraard niet ter zake doende' dat ZAH zelf geen tekst heeft opgesteld. 'Het gaat ZAH immers om de duidelijkheid van de signalering, en niet om haar eigen omschrijving van het object' (r.o. 4.9). Aldus zien wij dat de ruime uitleg door het hof van het contextbegrip zo ver gaat, dat de betreffende zoekresultaten niet (elk afzonderlijk of gezamenlijk) een eigen omschrijving (context) behoeven, waarin een letterlijk woord- en beeldcitaat ter illustratie wordt verwerkt. Het contextvereiste is verdwenen met de overweging dat de citeerder vooral zelf geen tekst moet vervaardigen, omdat het ZAH daar niet om gaat.²⁵ Het verdwijnen van de gesloten opsomming van het type context, wordt vereenzelvigd met het verdwijnen van de noodzaak van het bestaan van een context (ongeacht zijn type) als inherent onderdeel van

het citeren. En met het verdwijnen van het contextvereiste, verdwijnen ook de met het citaatprocédé verbonden elementen van het innerlijk verband tussen context en citaat, en het ondergeschikte en dienende karakter van het citaat ten opzichte van de context. Aan deze vereisten komt in deze uitleg geen betekenis meer toe, om de eenvoudige reden dat zij zijn verdwenen door de onbestaanbare interpretatie van een context zonder inhoud. Hier is van citeren geen sprake meer.²⁶

Is kwalificatie van weergeven van zoekresultaat als citeren verenigbaar met interpretatieruimte van art. 5(3)d ARI?

De opening van de contextbeperking heeft de betekenis van de nadere citaatvereisten geopend en het is de vraag hoe ons in beweging zijnde citaatrecht zich zal ontwikkelen. Zullen de 'uitingen van vergelijkbare aard' uiteindelijk het citaatrecht omvormen tot een recht om aan te halen zonder context? Door de Auteursrechtlijn is het citaatrecht geharmoniseerd en zijn de daarin opgenomen begrippen 'uniebegrippen' geworden. De uitleg door het Europese Hof van deze begrippen zal maatgevend zijn voor de inhoud en reikwijdte van ons citaatrecht. Artikel 5 lid 3 sub d ARI laat beperkingen toe ten aanzien van: 'het citeren ten behoeve van kritieken en recensies en voor soortgelijke doeleinden, mits het een werk of ander materiaal betreft dat reeds op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld, indien de bron – waaronder de naam van de auteur – wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt en het citeren naar billijkheid geschiedt en door het bijzondere doel wordt gerechtvaardigd.' Het resultaat van een zoekopdracht is niets anders dan een verzameling citaten. Gerbrandy's afwijzing van zo'n verzameling en zijn oproep aan de 'databank houder' om in plaats van de verzamelde citaten zelf samenvattingen te maken, zal niet indachtig de gebruikseisen van de hedendaagse 'information location tools' zijn geschied. Dat was uiteraard wel het geval bij het BGH, dat over de weergave van de 'thumbnails' door Google, met het doel deze afbeeldingen vindbaar te maken voor de gebruiker, het volgende overwoog:

23 V.zr. Rb. Amsterdam 13 juni 2012, LjN BW8334 (NPO/Telegraaf). In de uitspraak wordt niet de aard en omvang van de eigen beschrijvingen van de programma's vermeld, zodat een voorbehoud past met betrekking tot de vraag of het citaat (de titel) telkens de vereiste ondergeschikte dienende functie vervult.

24 Het is de vraag of het voor de toelaatbaarheid van een beroep op het citaatrecht 'kenmerkend en beslissend' is, dat het doel van de citeerder overeenstemt met het doel van degene die geciteerd wordt. Het zou slecht nieuws zijn voor de schrijvers van een sombere recensie, om maar eens wat te noemen. In feite doet deze invalshoek van het hof nogal denken aan de door Hugenholtz en Senftleben uitdrukkelijk verfoede BGH-oplossing van de 'implied consent,' om de activiteiten van Google image search ('Bildersuche') toelaatbaar te achten.

25 Deze ontspannen opvatting van het hof over de citaatbevoegdheid, baseert het op de wetsgeschiedenis: 'Uit de wetsgeschiedenis van voormelde bepaling, blijkt immers dat het contextvereiste is vervallen, althans dat daaraan geen grote betekenis meer hoeft te worden gehecht, en dat aan de bepaling een ruimere betekenis dan alleen citeren in de context van kritiek of recensie toe-

komt' (r.o. 4.8). De hierboven geciteerde uitspraak van de minister in de MvT duidt op het tegendeel.

26 Ook de voorzieningenrechter in Alkmaar ging bij het geschil over de huizensite Jaap.nl (zie noot 6) voorbij aan het ontbreken van een context. De rechter concentreerde zich op de vraag als zodanig of aantal en omvang van de overgenomen gedeelten (foto's huis met volledige beschrijving) door het te bereiken doel gerechtvaardigd waren. Omdat het doel slechts haar eigen commerciële doel was en het overnemen een vorm van eigen en vrijwel ongewijzigde exploitatie van de overgenomen gegevens was, ging het beroep op het citaatrecht niet op (r.o.4.10.) Bij de bespreking van de vordering, blijkt dat de rechter het wel toelaatbaar vindt wanneer de zoekmachine met een beschrijving van maximaal 155 tekens en een foto van maximaal 194 x 145 pixels 'een goede indruk geeft van hetgeen op de site van de makelaar wordt aangetroffen' (r.o. 4.14). De omvang van de aanhaling verandert – in de ogen van de rechter – het doel (niet slechts haar eigen commerciële doel, maar het geven van een indruk...) en transformeert de activiteit van de zoekmachine kennelijk tot 'citeren'.

Die Darstellung der Vorschau-bilder in der Trefferliste der Bildersuchmaschine der Beklagten dient dazu, das Werk um seiner selbst willen als Vorschau-bild der Allgemeinheit zur Kenntnis zu bringen. Vorschau-bilder werden in einem automatisierten Verfahren in die Trefferliste eingefügt, ohne dass dieser Vorgang als solcher der geistigen Auseinandersetzung mit dem übernommenen Werk dienen soll... Die Anzeige der Vorschau-bilder erschöpft sich demnach in dem bloßen Nachweis der von der Suchmaschine aufgefundenen Abbildungen [...] Eine über den Zitat-zweck hinausgehende erweiternde Auslegung des § 51 UrhG ist weder aufgrund der technischen Fortentwicklung im Zusammenhang mit der Informationsvermittlung im Internet noch mit Blick auf die durch diese Schrankenbestimmung grundsätzlich geschützten Interessen der daran Beteiligten geboten (r.o. 27).

Het BGH zegt hiermee dat de 'freie geistige Auseinandersetzung,' die door het citaatrecht mogelijk wordt gemaakt, niet impliceert dat die mogelijkheid reeds kan worden benut, wanneer informatie toegankelijk wordt gemaakt door de zoek-er te wijzen waar deze informatie kan worden gevonden. De freie geistige Auseinandersetzung, die het citaatrecht zonder toestemming van de rechthebbende op het geciteerde werk mogelijk maakt, vereist een uiteenzetting tussen de context en het citaat. Ontbreekt die context, en ontbreekt aldus een gedachte die betrekking heeft op het citaat, dan is er geen beroep te doen op het citaatrecht, hoe cruciaal de zoekmachine bij de ontsluiting van informatie ook moge zijn, aldus het BGH.²⁷

Tegenover deze uitdrukkelijke verwerping van het beroep op het citaatrecht ten faveure van de zoekmachine, staat het hof in Arnhem, dat meent dat de activiteit van de zoekmachine 'valt te beschouwen als, of op gelijke voet staat met het citeren uit een werk ten behoeve van een aankondiging.'

Is een dergelijke ruime interpretatie van het citaatrecht verenigbaar met de uitleg van artikel 5 (3)d ARI, of moeten wij meer in de Duitse richting denken, die ongeacht de bijdrage van de zoekmachine aan de informatievrijheid het beroep op het citaatrecht bij gebreke van de context ontzegt?

Over de implementatievrijheid en over de interpretatieruimte komen wij het nodige te weten in het HvJ EU-arrest *Painer/Standard Verlags e.a.*²⁸ Het Hof overweegt dat de lidstaten bij de implementatie over een ruime beoordelingsmarge beschikken (r.o. 101), maar dat deze wel moet worden

uitgeoefend binnen de door het recht van de Unie opgelegde grenzen (r.o. 104). Deze grenzen omvatten meer dan het normatieve kader van artikel 5 lid 3 zelf. Zij laten zien dat de ruime beoordelingsmarge iets anders is dan het geven van ruim baan aan de uitingsvrijheid. Onder verwijzing naar zijn eigen vaste rechtspraak, somt het Hof op dat de wettelijke beperkingen moeten voldoen aan (i) de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit, (ii) het respecteren van het hoge auteursrechtelijke beschermingsniveau en (iii) het eng uitleggen van de richtlijnbeperkingen. Voorts moeten de beperkingen (iv) de rechtszekerheid van de auteur voorstellen en (v) moeten zij voldoen aan de driestappentoets. Is er nog ruimte voor een extensieve uitleg van de beperking ten koste van het auteursrecht, wanneer men deze beginselen trouwhartig toepast? Het ziet er somber uit. Het Hof biedt nog wel enige steun aan degenen die vrezen dat het recht van de Unie het auteursrecht tot hoofdbeginsel en de uitingsvrijheid tot verwaarloosbare en onbeperkt inperkbaar uitzondering maakt. Het Hof brengt namelijk in herinnering dat in de considerans (31) van de Auteursrecht-richtlijn, wordt overwogen dat bij de toepassing van de richtlijn een rechtvaardig evenwicht moet worden gewaarborgd tussen de rechten en belangen van de auteurs en de gebruikers van beschermd materiaal (r.o. 132). Onder verwijzing naar het *Premier League*-arrest benadrukt het Hof dat, al moet het citaatrecht eng worden uitgelegd, er bij de interpretatie wel voor moet worden gezorgd dat de nuttige werking van de beperking behouden blijft en het doel ervan wordt geëerbiedigd (r.o. 133).²⁹

Waar ligt rechtvaardig evenwicht?

Wat moet men concreet verstaan onder het rechtvaardige evenwicht en onder het doel en de nuttige werking van het citaatrecht? Het Hof verduidelijkt in de *Painer*-zaak het doel van het citaatrecht, door te overwegen (r.o. 120) dat 'door die bepaling moet worden verhinderd dat het aan de auteur verleende reproductierecht belet, dat door het citeren passages uit een reeds voor publiek beschikbaar gesteld werk kunnen worden gepubliceerd en van commentaar of kritiek kunnen worden voorzien.' In deze overweging klinkt de wens door om de uitingsvrijheid ten koste van het auteursrecht te waarborgen, ter zake van de auteur onwelgevallige mededelingen. Dat is wat je noemt nog eens een klassieke benadering van het doel van de exceptie.³⁰ Het lijkt mij niet waarschijnlijk dat het Hof het doel van het citaatrecht op een dergelijke beperkte wijze fixeert. Het teruggrijpen door het Hof op 'het beletten van commentaar en kritiek', vormt misschien wel een aanwijzing voor de richting waarin het

27 Deze benadering sluit aan bij Schrickler 2010 (p. 1012): 'Probleme resultieren daraus vor allem für Suchmaschinen im Internet, deren Suchergebnisse keine selbständigen Werke darstellen. Zwar besteht in Anbetracht der unübersehbaren Informationsfülle im Internet ein erhebliches gesellschaftliches Interesse an dem vereinfachten Zugang zu Suchergebnissen [...], das auch durchaus im Rahmen der grundrechtlich gewährleisteten Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs 1 GG zu berücksichtigen ist, doch führt das nicht daran vorbei, dass das Zitatrecht vom Gesetzgeber im Rahmen seiner konkretisierungsprärogative primär für den Zweck der geistigen Auseinandersetzung geschaffen wurde, nicht aber um technische Gegebenheiten zu vereinfachen.'

28 HvJ EU 1 december 2011 (zie noot 2).

29 HvJ EU 4 oktober 2011 (*Premier League/QC Leisure e.a.*); AMI 2012/1, nr. 1 m.nt. F.W. Grosheide, IER 2012/3, p. 227-246, m.nt. M. de Cock Buning en H. Speyart.

30 In de MvA bij de wetwijziging van 1985 die het citeren uit filmwerken mogelijk maakt, ziet de minister niets in de suggestie van de VVD-fractie om het citaatrecht gedurende een jaar na de openbaarmaking van de film te verbieden, ter voorkoming van vernietigende recensies die met een citaat uit het filmwerk zouden kunnen worden verduidelijkt (MvA Kamerstukken II 1982/1983, 16740, nr 7 p. 10). In het Eindverslag mokt de VVD-fractie dat de minister toch naar deze 'cri de coeur' uit de filmwereld zou moeten luisteren (t.a.p. nr. 11, p. 6).

Hof denkt bij het bepalen van de evenwichtige balans tussen de rechten en belangen van auteurs en gebruikers. De te waarborgen *nuttige werking* van het citaatrecht wordt bewaakt aan de hand van de inventarisatie en interpretatie van de voorwaarden, die in de citaatbepaling opgesomd zijn. Het Hof constateert desgevraagd dat tot die voorwaarden niet behoort, dat de context waarin wordt geciteerd een auteursrechtelijk beschermd werk is (r.o. 137). De vraag of wordt geciteerd in het kader van een auteursrechtelijk beschermd werk, is irrelevant voor het waarborgen van het rechtvaardige evenwicht tussen gebruiker en auteur en van de nuttige werking van de exceptie. Geen speld tussen te krijgen. Het Hof toetst de nuttige werking en de balans ook nog met betrekking tot een ander aspect van het citaatrecht. Het betreft de verplichte vermelding bij het citaat van de bron, waaronder de naam. Deze voorwaarde staat wel in de citaatbepaling, maar is niet absoluut geformuleerd ('tenzij naamsvermelding niet mogelijk blijkt'). Het Hof meent, enigszins opmerkelijk, dat van een dergelijke onmogelijkheid al sprake is, wanneer het citaat betrekking heeft op een eerdere rechtmatige openbaarmaking, waarbij de naamsvermelding niet is vereist, in casu de publicatie van een opsporingsfoto van Natascha Kampusch. Als reden voert het Hof aan dat het niet de taak van de pers is, de reden van niet vermelding van de naam van de maker bij de oorspronkelijke opsporingsfoto te verifiëren (r.o. 147).³¹

Duidt Painer op de ontwikkeling van een ruim te interpreteren citaatrecht?

Uit de beantwoording van beide aan het Hof voorgelegde vragen over de citaatbepaling, kan men vooralsnog niet afleiden dat het communautaire acquis de door Senftleben en Hugenholtz waargenomen ruimte toestaat voor een open en flexibel geformuleerde norm en een navenante interpretatieruimte. Laat staan dat uit de antwoorden van het Hof blijkt dat er vermoedelijk vrijbaan zal worden gegeven aan de op een zeer ruime interpretatie aangewezen zoekmachine, zoals het Arnhemse hof en de Alkmaarse voorzieningenrechter voorstaan. Vooralsnog is onzeker wat de openheid van de contextcategorieën in Europees verband betekent. Zou de opening in de richtlijnbeepaling ('Het citeren ten behoeve van kritieken en recensies en voor soortgelijke doeleinden') betekenen dat de daar genoemde voorbeelden van 'kritieken en recensies' even weinig richtinggevend zijn voor het HvJ EU, als de vier voorbeelden in artikel 15a Aw zijn in de Nederlandse leer? Zouden 'soortgelijke doeleinden' in de richtlijn eigenlijk wel onze aankon-

diging en polemieken en ook bijvoorbeeld reclame, beeldende kunst, literatuur en muziekcitaten kunnen omvatten?

Het antwoord zou moeten worden gevonden door terug te gaan naar artikel 10 lid 1 BC, dat ten grondslag ligt aan de tekst van de richtlijn. Volgens de beperking in de Berner Conventie is het citeren toegestaan mits '*their making is compatible with fair practice and their extent does not exceed that justified by the purpose*'. In artikel 10 lid 1 BC is bewust in het geheel geen beperking van de contextcategorieën opgenomen '*on the simple ground that such a list could not hope to be exhaustive*.' Het citeren moet simpelweg '*compatible with fair practice*' ('naar billijkheid') zijn. Het criterium van de fair practice zou de basis zijn voor een objectieve waardering van de toelaatbaarheid van het citaat. Ricketson geeft aan dat in de conferentiedocumenten weinig aanknopingspunten voor de betekenis van fair practice kunnen worden gevonden. De discussie richtte zich met name op de toelaatbare lengte van het citaat. Ricketson achtte de lengte, evenals het doel van het citaat, '*a matter certainly relevant to the question of fair practice*.' Aan de voorbereidende conferentie documenten ontleent hij vervolgens een hele reeks doelen, zoals '*critical, educational, scientific, informative, entertainment, political, judicial*' en zelfs '*for artistic effect*.'³²

Het beginsel van de fair practice is overgenomen in onze citaatbepaling onder de noemer van het vereiste, dat het citaat in overeenstemming moet zijn met de regels van het maatschappelijk verkeer. Aangezien in artikel 15a Aw de contextcategorieën wel met zoveel woorden worden genoemd, had het fair practice-criterium voor het vast kunnen stellen van de toelaatbare doelen aanvankelijk geen betekenis, tot de opening van de contextbeperking in 2004.³³ Bij de beoordeling van wat onder uitingen met een vergelijkbaar doel moet worden verstaan, zouden wij ons nu moeten laten leiden door de fair practice. Het is het voorbeeld van een open norm die veel flexibiliteit, maar weinig houvast biedt.³⁴ Het is immers niet eenvoudig om vast te stellen waaruit deze regels van het maatschappelijk verkeer bestaan. De voorstanders van een extensieve interpretatie van het citaatrecht zullen wijzen op het bestaan van grote praktische behoeften en maatschappelijk breed aanvaarde praktijken in de informatiemaatschappij. Dege- nen die vooral een hoog beschermingsniveau van het auteursrecht beogen en de 'normale exploitatie' van het werk willen waarborgen, zullen andere aspecten van de maatschappelijke realiteit naar voren kunnen halen. Zij zullen bijvoorbeeld de regels van het maatschappelijk ver-

31 Dat is curieus; omdat het niet de taak is van de pers, zou het ook onmogelijk zijn. Het Hof lijkt de toets van (on)mogelijkheid te verwarren met het toetsen van de (on)zorgvuldigheid. Het is de vraag hoeveel waarde men aan het soepele oordeel van het Hof over de voorwaarde van de naamsvermelding moet hechten, anders dan het besef dat 'onmogelijk' een relatief begrip is en er dus grenzen zijn aan wat men mag verlangen om aan de voorwaarde te voldoen. Bijna net zo opmerkelijk als de argumentatie van het Hof, is de reden waarom A-G Trstenjak tot een tegenovergestelde conclusie komt; de A-G beredeneert dat de voorwaarde van auteurs- en bronvermelding een dwingend karakter heeft, omdat deze voorwaarde moet verzekeren dat de auteur een zekere mate van controle blijft behouden en zo bijvoorbeeld kan controleren, of het gebruik van zijn werk niet verder gaat dan dat van een geoorloofd citaat (205).

32 S. Ricketson 1987, p. 491, 492. Zie over de geschiedenis van de (in de BC afwezige) contextbeperking ook De Zwaan 1995, p. 187.

33 De bedoeling van de minister om met de regels van het maatschappelijk verkeer aan te sluiten bij de 'goede gebruiken' uit de Berner Conventie bepaling blijkt uit de MvT bij wetsvoorstel 16 740. De systematisch gebrekkige verwerking door middel van de wetswijziging in 1985 wordt beschreven in De Zwaan 1995, p. 183 e.v.

34 Het nadeel van de geringe rechtszekerheid van de open norm en de flexibiliteit die zowel een extensieve als een restrictieve toepassing van de norm mogelijk maakt, wordt in het Rapport geïllustreerd bij de bespreking van de driestappentoes (p. 18-26). Zie ook M.R.F. Senftleben 2003 (noot 5), p. 11.

keer illustreren met de sinds jaar en dag bestaande raamcontracten tussen rechtenorganisaties en alle denkbare media. Door een afkoop van het gebruik van beschermd materiaal voorzien deze contracten erin dat, ook voor het vergoedingsvrije citeren, een vergoeding wordt betaald. Of zij wijzen op de redacteur van Nederland's populairste talkshow ('De Wereld Draait Door') die dagelijks fulltime doende is om toestemming te regelen voor het gebruik van de beeldfragmenten in het programma.³⁵ De voorbeelden illustreren dat de regels van het maatschappelijk verkeer niet zomaar kunnen worden afgeleid uit de maatschappelijke realiteit. De regels zijn immers billijkheidsregels en niet slechts pragmatische oplossingen die ontstaan wanneer de tijd of de duidelijkheid, of de voor een beroep op het citaatrecht noodzakelijke beschikbaarheid van het werk, ontbreekt.

Met het zoeken naar de regels van het maatschappelijk verkeer is men overigens nog steeds niet geheel op het spoor van de Berner Conventie, waarin immers geen met name genoemd doel in de citaatbepaling is opgenomen. In de Berner Conventie wordt de fair practice-toets dus ook niet aangelegd in relatie tot de interpretatie van dit (ontbrekende) doel, maar in relatie tot het willekeurige doel dat feitelijk aan de orde is. In de Auteurswet en in de richtlijn staan deze doelen echter wel vermeld en zo zal het HvJ EU zich moeten gaan uitspreken wat er allemaal onder 'met kritieken en recensies vergelijkbare doeleinden' mag worden begrepen.³⁶ De voorstanders van een ruime citaatbevoegdheid in allerlei typen uitingen, kunnen mogelijk enige hoop putten uit het feit dat het Europees Hof in *Painer* niet eigener beweging een vraagteken zet bij de vraag of het citeren wel plaats kan hebben in de berichtgeving over Kampusch, welke berichtgeving vermoedelijk immers niet als kritiek of recensie kan worden gekwalificeerd. Als het aan A-G Trstenjak ligt, ziet het er voor de zoekmachine in elk geval nog niet heel hoopvol uit. In haar 'aanvullende opmerkingen' overweegt zij:

Zoals blijkt uit de in artikel 5 lid 3, sub d van de richtlijn genoemde voorbeelden, volgens welke het moet gaan om citaten ten behoeve van kritieken of recensies, is dit (het enkel ongewijzigd en herkenbaar overnemen, MdZ) op zich niet vol-

doende. Er moet, integendeel, sprake zijn van een inhoudelijke terugkoppeling naar het geciteerde werk, in de vorm van een beschrijving, een commentaar, of een beoordeling. Het citaat moet derhalve de basis van een betoog vormen (210).

Naar Nederlands recht zouden wij de gedachte dat het citaat *de basis* van een betoog zou moeten vormen, veel te ver vinden gaan. Wij kunnen leven met een beduidend losser inhoudelijk verband tussen citaat en context.³⁷ De aanvaarding van een betrekkelijk los inhoudelijk verband zien wij bijvoorbeeld bij de acceptatie van het citaat als motto boven een betoog; weliswaar uitdrukking gevend aan iets wat de auteur van de citerende uiting voor zijn persoon en/of zijn betoog representatief acht, maar waaraan in het betoog doorgaans geen enkele zin wordt gewijd, laat staan dat het de basis van het betoog vormt, zoals Trstenjak verlangt. Is er wel tekst in het betoog gewijd aan het citaat, zoals in *Damave/Trouw*, dan vindt de Hoge Raad één zin al voldoende (het betoog dat de basis van het beeldcitaat vormde, luidde 'met zeer aparte tekeningen van Henriëtte Damave'). Bij deze voorbeelden van één zin, of geen zin in de context en toch een acceptabel citaat, zal er echter steeds een inhoudelijk verband zijn tussen citaat en context, ook al komt dit slechts tot uitdrukking in een 'conceptuele relatie'. Mocht het Hof de citaatbevoegdheid beperken tot de in artikel 5 lid 3 onder d ARL genoemde context (kritiek en recensie en daarmee vergelijkbaar doel), dan is men veel strenger dan het in Nederland gangbare 'ieder serieus betoog,' terwijl die omschrijving op haar beurt weer strenger is dan de Berner Conventie en strenger dan de maatschappelijk aanvaardbare praktijk.³⁸ Wie zou immers durven beweren dat men niet mag citeren 'for entertainment purposes', zoals bij het vertellen van een grappige belevenis ('Komt een konijn bij de bakker, vraagt het konijn aan de bakker; Hebt u ook worteltjestaart [...]') etc. Er is kortom nog volop ruimte nodig, maar of deze al bestaat of nog moet worden gecreëerd door enkele woorden uit de wet en richtlijn te verwijderen, staat nog te bezien. Maar hoeveel interpretatieruimte er ook is, wanneer deze voldoende mocht zijn voor het 'denaturaliseren' van de betekenis van het citaatbegrip tot het enkel weergeven van al dan niet korte delen van een werk, dan moet men ook niet meer van citeren willen spreken.

35 Artikel 'Vijf plezierverhogende weetjes over De Wereld Draait Door', *de Volkskrant* 17 februari 2012.

36 Daarbij zal het ook interessant zijn of de Engelse tekst 'Purposes such as criticism etc.' anders moet worden begrepen dan 'voor kritieken en recensies en voor soortgelijke doeleinden.'

37 Zoals onder meer naar voren komt bij het herhaaldelijk toelaatbaar geachte citeren van een foto, waar het verband tussen context en citaat niet de foto,

maar het onderwerp op de foto betreft. Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 240. Zie ook Ktr. Rotterdam 25 april 2000 (*Bakker/Semtex*), AMI 2000/8, p. 171-173, m.nt. G.J.H.M. Mom; Rb. Rotterdam 21 november 2006 (*NEM/Uitgeverij 010*), AMI 2007/1, p. 29-31; Hof Amsterdam 27 juli 2010, IEF 9017 (*Maroc.nl*).

38 Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 242; iedere uiting die min of meer serieuze informatie beoogt over te brengen.