

ma-overzicht een substantiële investering vergt, komt de geschriftenbescherming – en daarmee de bewijsregel van art. 59 Mediawet – te vervallen.<sup>20</sup> Overigens is de NMa van mening dat programma-overzichten *niet* aan het investeringscriterium voldoen.

Curieus gevolg van het wetsvoorstel is, tenslotte, dat producenten van gegevensverzamelingen die niet voor sui generis bescherming in aanmerking komen wél van de geschriftenbescherming kunnen blijven profiteren. Databanken van dit (allertriviaalste) soort zullen dus langer beschermd zijn (en wel voor de volle duur van het auteursrecht) dan databanken die voldoen aan het criterium van 'substantiële investering'. Studenten van het recht van intellectuele eigendom kunnen hun borst nat maken; na implementatie gelden er voor databanken *drie* verschillende beschermingsregimes: auteursrechtelijke bescherming (voor oorspronkelijke databanken), het databankrecht (voor databanken die aan het investeringscriterium voldoen) en de geschriftenbescherming (voor schriftelijke databanken die niet oorspronkelijk zijn). Het moet raar lopen wil een databank na aanvaarding van het wetsvoorstel nergens onderdak vinden.

13. Vgl. de memorie van toelichting, p. 22: 'In de plaats van de geschriftenbescherming komt de bescherming van het recht sui generis.'

14. Dirk Visser, 'Het ministerie zwicht weer voor de uitgevers', *NJB* 1998/31, p. 1396-1397; met reacties A.A. Quaadvlieg en M. Reinsma in *NJB* 1998/34.

15. Pres. Rb. Den Haag 20 maart 1998, *Computerrecht* 1998/3, p. 144 m.nt. J.H. Spoor, *IER* 1998/3, p. 111 m.nt. JJK.

16. Noot 5.

17. Het voorgestelde art. 10 lid 4 (nieuw) Aw luidt als volgt: 'Verzamelingen van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen [...] waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering behoren niet tot de in het eerste lid, onder 1, genoemde geschriften.' Overigens blijft op grond van het overgangsrecht de geschriftenbescherming voor databanken die op 27 maart 1996, de datum van bekendmaking van de Richtlijn, al bestonden, voor de normale duur van het auteursrecht gehandhaafd (art. III C van het wetsvoorstel).

18. HR 17 april 1953, *NJ* 1954, 211 (Het Radioprogramma); HR 27 januari 1961, *NJ* 1962, 355 (Explicator); HR 25 juni 1965, nr. 9843, *NJ* 1966, 116 (Televizier II).

19. NMa 10 september 1998, *Mediaforum* 1998/10, p. 304 (Telegraaf/NOS-HMG), m.nt. P.B. Hugenholtz.

20. P.B. Hugenholtz, 'Het einde van het omroepbladenmonopolie nadert', *Mediaforum* 1995-7/8, p. 82-87.

## COLLEGA'S VAN GOD?\*

MR M.R. DE ZWAAN\*\*

*Recentelijk verschenen het preadvies van prof. mr P.B. Hugenholtz 'Het internet: het auteursrecht voorbij?', het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij en het Advies over Auteursrecht, Naburige rechten en de nieuwe media. In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan deze pogingen tot' herschepping van het auteursrecht.*

### Inleiding

De stormachtige ontwikkelingen van de on- en off-line media, met internet en cd-rom als koplopers, hebben het auteursrecht in een zekere identiteitscrisis gestort. Zowel nationaal als internationaal wordt geworsteld met de aanpassing van de traditionele systematiek, concepten en dogma's van het auteursrecht.

De dringende behoefte aan herdefiniëring en internationale harmonisering van het auteursrecht hebben geleid tot twee belangrijke pogingen tot nieuwe regelgeving: de mondiale WIPO-verdragen van 20 december 1996<sup>1</sup> en het voorstel van de Commissie voor een richtlijn betreffende het auteursrecht en bepaalde naburige rechten in de informatiesamenleving van 10 december 1997.<sup>2</sup> De WIPO-verdragen worden hier niet in extenso besproken. Ik verwijs naar het 'WIPO-nummer' *AMI* 1997/4. Wel aan de orde komt het

richtlijnvoorstel dat overigens op verschillende punten uitvoering geeft aan bepalingen uit de WIPO-verdragen. Ook zal aandacht worden besteed aan het op 18 augustus 1998 door de Commissie Auteursrecht aan de Minister van Justitie aangeboden 'Advies over auteursrecht, naburige rechten en de nieuwe media'.<sup>3</sup>

De Commissie Auteursrecht gaat in haar Advies uitvoerig in op de merites van het voorstel van de Europese Commissie. De kritische bespreking van het voorstel en het achterwege blijven van pasklare oplossingen in het Advies, illustreren dat de problematiek van het auteursrecht en de nieuwe media niet zomaar is opgelost. Ook niet door er een paar knappe koppen eens goed over na te laten denken.<sup>4</sup>

De complexiteit en wijldropigheid van de problematiek vergemakkelijken een oplossing niet. Het laatste geldt ove-

\* Met een knipoog naar mr G. van Empel (overleden op 27 oktober 1998).

\*\* Mr M.R. de Zwaan is advocaat bij Houthoff Advocaten & Notarissen te Amsterdam.

1. WIPO Copyrighttreaty (CRNR/OC/94) WIPO Performances and Phonogramtreaty (CRNR/OC/95) beide (onder meer) gepubliceerd in Vermande's *Wettenreeks IE*, 3e druk 1997.

2. COM(97), 628 def. Zie *Pb.* 1998, EGC 108/6.

3. Het document zal hier verder worden aangeduid als 'Advies'.

4. De knappe koppen in de Commissie zijn: Prof. mr D.W.F. Verkade (voorzitter), prof. mr J.J. Brinkhof, prof. mr H. Cohen Jehoram, prof. mr E.J. Dommering, prof. mr E.W. Grosheide, prof. mr K.J.M. Mortelmans, prof. mr J. Spoor.

rigens ook voor de bespreking van dit onderwerp. Ik zal mij in deze bijdrage daarom concentreren op de vermoedelijk meest spraakmakende harmonisatievoorstellen, te weten het reproductierecht (art. 2) en het stelsel van wettelijke beperkingen (art. 5).

#### *Het reproductierecht en haar uitzondering (richtlijnvoorstel art. 2 jo. art. 5 lid 1)*

De moeilijke toepasbaarheid van het verveelvoudigingsrecht in de elektronische omgeving is de steen des aanstoots van het huidige auteursrecht. Op het world wide web gaat iedere verzending, ieder transport, iedere ontvangst en ieder gebruik van informatie gepaard met enige vorm van tijdelijke kopieën. Wanneer deze kopieën niet zonder toestemming van de rechthebbenden zouden mogen worden gemaakt zou dit leiden tot een 'ver buiten zijn oevers tredend exploitatierecht'.<sup>5</sup> De auteursrechtelijke verbodsrechten die dogmatisch beperkt zijn tot de handelingen die voorafgaan aan het gebruik/de consumptie van een werk (drukken van een boek, het uitzenden van een programma, etc.), zouden nu worden uitgebreid naar de gebruikshandelingen zelf; naar het lezen of het kijken.

De Europese Commissie meende op de kansen en bedreigingen (de ongelimiteerde kopieermogelijkheden) van het digitale tijdperk het beste te kunnen reageren met een versterking van de positie van de auteursrechthebbenden. Zij toonde zich daarom reeds vroeg een voorstander van zo'n expansief verveelvoudigingsrecht. In het voorbereidende Groenboek<sup>6</sup> zag de Commissie het reproductierecht zelfs als 'het hart van het auteursrecht'. Die bevoegdheid moest derhalve stevig worden verankerd en onvermijdelijke uitzonderingen moesten terughoudend worden toegestaan en strikt gedefinieerd.

Bij de onderhandelingen over de totstandkoming van de WIPO-verdragen heeft de Europese Commissie namens de Gemeenschap dit uitgangspunt verdedigd en heeft zij (voor het auteursrecht tevergeefs) getracht het reproductierecht in het verdrag te laten opnemen. In het richtlijnvoorstel heeft de Commissie nu haar kans schoon gezien en gekozen voor een alomvattend verbodsrecht dat zich uitstrekt tot elk type en elke vorm van verveelvoudiging; is er technisch sprake van een verveelvoudiging, dan valt deze in beginsel onder het verbodsrecht.

Het voorstel illustreert dat de Commissie niet beducht is voor het uitdijend auteursrecht, waarbij de grens van de exploitatiehandeling wordt overschreden en het auteursrecht doordringt in de gebruikssfeer. Aldus volgt de Commissie de omstreden benadering die zij had gekozen in de Softwarerichtlijn<sup>7</sup> en die later is bevestigd in de Databankrichtlijn.<sup>8</sup>

#### *De uitzondering*

In het voorgestelde art. 5 lid 1 geeft de Europese Commissie mogelijk weer veel prijs van het met art. 2 in bezit genomen terrein. Dit zou kunnen duiden op de door onder meer Quaadvlieg<sup>9</sup> waargenomen en door Von Lewinsky<sup>10</sup> uitdrukkelijk afgekeurde grotere invloed van de tegenstanders van een alomvattend verbodsrecht. Zij bestaan ondermeer uit gebruikers, intermediairs (bibliotheken) en 'bloot vervoerders' van beschermd werk (telecombedrijven). De uitzondering<sup>11</sup> luidt:

1. Van het in artikel 2 bedoelde recht zijn uitgezonderd

tijdelijke handelingen, bestaande in een reproductie als in artikel 2 omschreven, die een wezenlijk onderdeel vormen van een technologisch procédé dat wordt toegepast met als enig doel een gebruik van een werk of een andere zaak mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische betekenis bezitten.

Deze tekst bevat een aantal begrippen (zoals 'tijdelijk', 'wezenlijk' en bovenal 'geen zelfstandige economische betekenis') die nog moeten worden geïnterpreteerd en derhalve de mogelijkheid bieden het verbodsrecht in concrete gevallen verder in te perken.

Een belangrijk houvast bij deze inperking zou kunnen worden gevonden in de zogenaamde normatieve benadering van het verveelvoudigingsrecht. Deze benadering wordt zowel in het Preadvies van Hugenholtz over Internet en auteursrecht<sup>12</sup> als in het Advies<sup>13</sup> voorgestaan. Het uitgangspunt bij de normatieve benadering is dat het technisch begrip verveelvoudiging niet wordt vereenzelvigd met het juridisch begrip verveelvoudiging.<sup>14</sup> Anders gezegd, de wetgeving en de daarin gekozen beschermingsomvang dient niet technologie-afhankelijk, maar normatief te worden bepaald. Wat die norm inhoudt, zegt Hugenholtz niet. De Commissie Auteursrecht laat zich leiden door 'de gerechtvaardigde belangen van de rechthebbenden'. Deze belangen bepalen, aldus de Commissie Auteursrecht, welke controle op de reproductiehandeling toelaatbaar is. Met deze stellingname ontloopt de Commissie Auteursrecht zich als een pleitbezorger van waarachtige rechtvaardigheid en schudt daarmee de gelijkenis met de ijdele en onoprechte bijbelse collega's<sup>15</sup> van zich af. Helaas schuift de open norm het probleem ietwat voor zich uit en draagt zij bitter weinig bij aan de beoogde harmonisatie en rechtzekerheid. In plaats van het mechanisch testen van de vraag of er een technische verveelvoudiging heeft plaatsgehad, zullen nationale rechters immers deze open norm, met alle interpretatieruimte van dien, in concrete gevallen moeten gaan invullen.

Hugenholtz neemt in zijn preadvies alvast stelling met betrekking tot dergelijke concrete gevallen. Hij behandelt veel voorkomende internet-handelingen waarbij wordt verveelvoudigd, zoals caching, mirroring, de hyperlink en uiteraard het browsen.

#### **Caching**

Hugenholtz noemt caching (het tijdelijk bewaren van een opgevraagde pagina op server of PC om de wachttijd op het www te beperken) een technisch geïndiceerde reproductiehandeling zonder zelfstandige economische betekenis.<sup>16</sup> Ook volgens de Europese Commissie (overweging 23 van de considerans) kan caching onder de voorgestelde uitzondering vallen. Beide voeren hier echter geen nadere argumenten voor aan. De tegenstanders van deze opvatting, Corbet en Quaadvlieg, menen echter dat caching wel degelijk een zelfstandige economische betekenis bezit<sup>17</sup> vanwege de waardevolle tijdwinst die ermee wordt geoekt.

#### **Mirroring**

In beginsel dient mirroring (het kopiëren van een complete website naar een meer nabij gelegen server om de bereikbaarheid te vergroten) een zelfde doel als het (in omvang) bescheidener caching.<sup>18</sup> Hugenholtz is van mening dat

mirroring wel onder het verbodsrecht van de rechthebbenden moet vallen, wanneer de spiegelende internetprovider de website kopieert met het doel de eigen aantrekkingskracht te vergroten. Dit zou immers de advertentierevenuen van de provider kunnen vergroten. Om die reden zou mirroring wel degelijk 'zelfstandig economische betekenis' hebben. In de lijn van Quaedvlieg en Corbet is deze verwijzing niet nodig, omdat immers reeds de tijdwinst de aantrekkelijkheid van de provider en dus diens exploitatiewaarde aanzienlijk vergroot.

### Brouwen en linken

Het browsen (het elektronisch bladeren) en het linken (het gebruik van klikverbindingen, de hyperlinks) zijn volgens Hugenholtz inherent aan het gebruik van het Internet. De rechthebbende die informatie via het web beschikbaar stelt, moet daarom volgens Hugenholtz, maar goedvinden ('hij moet dan ook niet klagen'), dat daarvan normaal gebruik wordt gemaakt, 'al was het maar op grond van een stilzwijgende licentie'. Quaedvlieg onderschrijft deze uitkomst, maar signaleert dat de redenering niet sluitend is omdat hetzelfde geldt voor mirroring, dat Hugenholtz niet wil toestaan. Visser<sup>19</sup> attaqueert de analyse van Hugenholtz door te stellen dat het probleem niet zit bij het inzien, of browsen zelf, maar bij het daartoe beschikbaar stellen door een bibliotheek of andere exploitant.

Het open einde van de stelling van Hugenholtz bestaat uit het niet definiëren van het te accepteren normaal gebruik. Waar ligt de grens: moet het voorzienbaar en vanzelfsprekend zijn, zoals bij de impliciete licentie, of gaat het om beoogd gebruik zoals door de rechtmatig verkrijger van software (art. 45j)?<sup>20</sup>

Hugenholtz voert in feite drie gronden aan waarom het browsen zou moeten mogen:

1. het is een gebruikshandeling zoals bladeren, lezen of kijken, waarvoor van oudsher geen toestemming van de rechthebbende is vereist;
2. het openbaarmakingsrecht – het beschikbaar stellen van een werk op een website – moet worden begrensd om cumulatie van auteursrechtelijke bevoegdheden te voorkomen, vergelijkbaar met de uitputting<sup>21</sup> van dat recht ten aanzien van rechtmatig in het verkeer gebrachte materiële exemplaren;
3. degene die een werk beschikbaar stelt, wordt geacht ten behoeve van het browsen een stilzwijgende licentie te hebben verleend.

Uit punt 2. en 3. blijkt dat Hugenholtz zijn blik niet uitsluitend heeft gericht op het browsen zelf maar ook kijkt naar de bevoegdheid van het beschikbaar stellen. Wanneer men het browsen nader bekijkt in relatie tot de exploitatierechten begrijp ik het als volgt:

1. vanuit de verveelvoudigingshandeling gezien, moet browsen mogen ofwel (a) omdat het een *gebruikshandeling* is, zonder acht te slaan op een eventuele zelfstandige economische betekenis ofwel (b) omdat de rechthebbende (wanneer het browsen toch in beginsel aan de rechthebbende zou zijn voorbehouden) een impliciete licentie voor deze verveelvoudigingshandeling heeft verleend;
2. vanuit het beschikbaar stellen gezien moet browsen mogen, omdat het slechts een aan de ontvangst inherente handeling is en niet een nieuwe openbaarmaking. Men zou de toelaatbaarheid van het browsen echter ook

vanuit het perspectief van de rechthebbende kunnen analyseren en de handeling van het beschikbaar stellen aan een nader onderzoek onderwerpen.

Kenmerken van het openbaarmakingsrecht zijn dat dit (territoriaal en/of naar exploitatievorm) kan worden

5. P.B. Hugenholtz, 'Het auteursrecht, het Internet en de informatiesnelweg', *NJB* 1995, p. 513-519.
6. *Groenboek* (COM (95), 382 def., zie ook *NTER* 1995, p. 234 e.v.), t.a.p. p. 49, zie ook het vervolg document (COM (96), 568 def., zie *NTER* 1997, nr. 4, p. 89 e.v.) waarin deze lijn wordt voortgezet.
7. Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma, Richtl. 91/250/Eg, *PbEG* 1991 L 122/44, art. 4.
8. Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van databanken, Richtl. 96/9/EG, *PbEG* L 77/20, art. 5.
9. A.A. Quaedvlieg, *Computerrecht* 1998/3, p. 125.
10. Silke von Lewinsky, *EIPR* 1998, nr. 4, p. 135 t/m 139 ('A successful step towards copyright and related rights in the information age: the new EC proposal for harmonisation directive'). Zij bevreest een 'change of climat' en zegt ondermeer 'it seems that the idea of an incontestable information society, to which authors' rights and neighbouring rights would only be obstacles – an idea which emerged in the United States and which tends to favour those who want to avoid any kind of liability – is beginning to gain influence also in Europe'.
11. Volgens de Commissie Auteursrecht (p. 12) betreft het hier geen uitzondering, maar een dwingende – door het mededingingsrecht bepaalde – interpretatie van het verveelvoudigingsrecht en derhalve een onderdeel van dit recht; de aanduiding van hetgeen traditioneel en systematisch niet onder het recht behoort te vallen, hoort bij de definitie van het recht zelf.
12. P.B. Hugenholtz, *Preadviezen bundel 'Recht en Internet'*, Tjeenk Willink, Deventer 1998, p. 201-260.
13. p. 11.
14. De Europese Commissie doet dat dus wel (art. 2), maar ook weer niet (art. 5 lid 1). Deze inconsequentie illustreert, vermoed ik, de worsteling van de Europese Commissie met het probleem, en is voor de Commissie Auteursrecht waarschijnlijk de aanleiding om op te merken dat art. 5 lid 1 onderdeel van de definities van art. 2 had moeten zijn (zie noot 11).
15. De Schriftgeleerden en Farizeeërs.
16. *Preadvies*, p. 210.
17. A.A. Quaedvlieg t.a.p. p. 125 en prof. dr J. Corbet, *AMI* 1998 nr. 6, p. 96. Quaedvlieg komt als altijd weer als leukste uit de hoek en zegt: 'De door de Europese Commissie in het Voorstel voor de Richtlijn gepropageerde visie dat caching geen zelfstandige economische betekenis heeft, is klinkklare onzin. Wie anno 1998 nog beweert dat een informatieproduct met tijdwinst geen zelfstandige economische betekenis heeft, is aan het internet nog niet toe, fraaie richtlijnvoorstellen ten spijt'. Quaedvlieg valt overigens slechts de (vermeende) opvatting van de Commissie aan, maar niet die van Hugenholtz. Hij onderbouwt zijn aanval vervolgens per abuis met een verwijzing naar de argumentatie van Hugenholtz voor de toelaatbaarheid van het browsen: 'De benadering van Hugenholtz is daarom veel realistischer: "caching hoort gewoon bij de realiteit van internet en je weet waar je aan begint".' Hugenholtz zegt dit echter niet over caching. Woorden van deze strekking wijdt hij aan het browsen, maar niet aan caching. Over caching zegt hij 'het gaat hier om technisch geïndiceerde reproductiehandelingen zonder zelfstandige economische betekenis'. De opvatting van de Commissie, tenslotte, is minder klinkklaar dan Quaedvlieg stelt. In de considerans (nr. 23) zegt de Commissie letterlijk 'dat onder deze voorwaarden ook "caching" en "browsing" onder deze uitzondering vallen'. Het is met andere woorden nog maar een voorwaardelijke kwalificatie. Of de voorwaarden ook zijn vervuld, zegt de Commissie niet.
18. Het belang van mirroring op Europese servers werd onlangs goed zichtbaar toen het Internet volkomen verstopte vanwege de door iedereen gewenste toegang tot de paar Amerikaanse sites die het rapport van Starr over de affaire-Lewinsky aanboden.
19. D.J.G. Visser, 'Techniek en contract geven auteursrecht op Internet het nakijken', *NJB* 5 juni 1998/23, p. 1037.
20. Deze gedachte lijkt aan te sluiten bij de suggestie van de commissie Auteursrecht (*Advies* p. 28, 29), tot het scheppen van minimale gebruiksrechten voor de rechtmatig verkrijger van een digitale drager.

gesplitst en dat een bepaalde vorm (territoir) van openbaarmaking het recht op openbaarmaking in andere vormen (territoria) niet uitput. Praktische en technische beperkingen (de zaalgrootte, de reikwijdte van een televisiezender) maken splitsing van de openbaarmaking uitvoerbaar of zelfs onvermijdelijk. In de elektronische omgeving is er een verschil. Het beschikbaar stellen van een werk op het Internet maakt het immers mogelijk dat een ieder met een Internetaansluiting, waar ook ter wereld, van het openbaargemaakte werk kan kennisnemen op elk gewenst moment en wijze. Het werk is in feite aan de (elektronische on-line) openbaarheid prijsgegeven en dat maakt het moeilijk te bepalen waar de grenzen ('normaal gebruik') van de bevoegdheden van de gebruikers liggen.

Een principieel verschil met traditionele wijzen van openbaarmaken is er echter niet. Ook in een elektronische omgeving kan de rechthebbende de openbaarmaking splitsen, zij het op andere wijzen. Zo kan hij zijn werk beschikbaar stellen voor bezitters van slechts een password, dat tegen betaling wordt verkregen (zoals bij sommige elektronische nieuwsbrieven). Ook kan hij het werk in afgeslankte vorm aanbieden (een softwarespelletje met alleen de eerste twee levels, een foto met lage resolutie) en het volledige werk pas ter beschikking stellen nadat de gebruiker zijn keuze heeft gemaakt en het verschuldigde bedrag heeft betaald. De rechthebbende bepaalt aldus door de wijze van openbaarmaking, welk gebruik 'gewoon' is toegestaan c.q. welke 'ontvangsthandeling' auteursrechtelijk irrelevant is.

Dat betekent dat browsen niet per definitie mogelijk is en wordt toegestaan. Degene echter die rechtmatig en zonder toegangsbeperking een werk (of een deel daarvan) op het www (zoals dat nu bestaat en functioneert) zet, geeft daarmee toestemming tot browsen c.q. zal dit moeten aanvaarden als auteursrechtelijk irrelevante gebruikshandeling (het kennisnemen daarvan).

Het belang van het differentiëren van de beschikbaarstelling en van het nauwkeuriger bezien van het begrip browsen wordt duidelijk uit een nadere analyse van de kritiek van Visser op de benadering van Hugenholtz. Visser stelt: 'Omdat het full-text op Internet aanbieden van recente kranten of tijdschriften voor *on-line browsen* de informatiebehoefte van zeer velen tegelijk geheel zal bevredigen en de aanschaf van die media overbodig zal maken, is *dergelijke* beschikbaar stellen een vorm van primaire exploitatie die niet aan de zeggenschap van de auteursrechtelijke ontrokken kan worden.' Los van het speculatieve karakter van deze stelling is het zinvol om te signaleren dat hier blijkt dat browsen niet beperkt blijft tot het elektronisch bladeren. Browsen omvat ook het zonder beperking in omvang of tijd lezen c.q. raadplegen van de elektronische informatie. Browsen is met andere woorden niet slechts het elektronisch bladeren ter oriëntatie, maar omvat ook de daadwerkelijke 'consumptie'<sup>22</sup> van het elektronische werk. Het spreekt nu voor zich dat de beschikbaarstelling van het werk die dit mogelijk maakt aan het verbodsrecht voor de rechthebbende op het werk is voorbehouden. Bedreiging of niet. Conclusie van dat alles is dat browsen mag, voorzover de rechthebbende of diens rechtverkrijger het werk, of een gedeelte, daartoe (impliciet of niet) beschikbaar stelt. In de huidige internet situatie zal dit het geval zijn wanneer iemand zijn werk of het werk van een derde met diens toestemming zonder beperking op het internet zet. Hij geeft het dan aan de elektronische on-line werkelijkheid voor gebruik prijs en herwint pas zijn greep als het die elektroni-

sche omgeving weer verlaat.<sup>23</sup> Voor de toekomstige exploitatiepraktijk is vermoedelijk echter belangrijker om te constateren dat het de rechthebbende of diens rechtverkrijger evenzeer vrijstaat om de beschikbaarstelling en daarmee ook de browsmogelijkheid te beperken.

### **Wettelijke beperkingen, art. 5**

Zeer belangrijk bij de herdefiniëring van het auteursrecht is de positie van de wettelijke beperkingen in de elektronische omgeving.

Hugenholtz' bijdrage aan dit onderwerp is kort maar wel goed. Hij gaat op twee plaatsen in op de positie van de wettelijke beperkingen. Allereerst analyseert hij hun bestaansrecht<sup>24</sup> en verderop in het preadvies vraagt hij zich af of de beperkingen weggecontracteerd mogen worden.<sup>25</sup> Hugenholtz neemt bij zijn plaatsbepaling over het bestaansrecht de ratio van de wettelijke uitzonderingen tot uitgangspunt.<sup>26</sup> Hij onderscheidt drie categorieën. De eerste categorie dient volgens Hugenholtz vanzelfsprekend op het Internet van kracht te blijven. Het betreft uitzonderingen die hun bestaansgrond vinden in de grondwettelijke vrijheden, zoals de informatievrijheid en de privacybescherming (vergelijk art. 15, 15a, 16b Auteurswet). Voor een tweede categorie (bibliotheken en onderwijsinstellingen), die zijn grondslag vindt in overwegingen van algemeen belang, staat nog niet vast wat hun lot moet zijn. 'Niemand weet hoe de digitale bibliotheek eruit zal zien' en of een 'altijd geopende, voor de hele wereld toegankelijk en alom aanwezige bibliotheek niet iedere uitgever en iedere rechthebbende de das om zou doen'. Nog terughoudender is Hugenholtz over de derde en laatste categorie. Het betreft de beperkingen die hun grondslag vinden in een falende marktwerking, zoals het reprorecht. Niet blindelings overplaatsen naar een digitale omgeving, zo betoogt hij. Juist de grote contractuele mogelijkheden van het Internet zouden hier uitkomst kunnen bieden.

Die contractuele mogelijkheden zouden omgekeerd echter ook een grote bedreiging kunnen vormen voor de wettelijke beperkingen. Wat belet immers de licentiegever om deze hinderlijke enclaves via een contract van de gebruiker af te pakken. Met andere woorden; in hoeverre zijn de wettelijke beperkingen van dwingend recht? Hugenholtz laat zien dat, zoals wel vaker bij de digitale herijking is gebleken, het antwoord op deze fundamentele vraag nergens duidelijk is beantwoord: 'De discussie is eerst recent op gang gekomen', 'in de Auteurswet valt het niet te lezen' en 'de Hoge Raad heeft in Dior/Evora slechts overwogen dat de beperkingen "in het algemeen belang" zijn gecodificeerd'. Toch concludeert Hugenholtz dat de contractsvrijheid niet onbeperkt is en meent hij dat beperkingen die hun rechtsgrond hebben in constitutionele vrijheden niet zomaar opzij gezet mogen worden.<sup>27</sup>

Het Richtlijn-voorstel volgt helaas de ratio-analyse van Hugenholtz niet. De Europese Commissie heeft zich bij het opstellen van haar lijst met toegestane uitzonderingen laten leiden door 'de rechtstradities van de verschillende lidstaten alsmede het vereiste van een goede functionerende markt' (overweging 22 in de considerans). Het Commissie-voorstel heeft daardoor zeer ernstige tekortkomingen.

Allereerst is de opsomming van toegestane uitzonderingen een allegaartje waarop voor Nederland meer en minder belangrijke uitzonderingen ontbreken, zoals de catalogus-exceptie, de afbeelding van een werk aan de openbare weg,

de uitzondering voor wetten en andere overheidsstukken en, zo heeft onder meer Quaedvlieg nog gesignaleerd, het portretrecht.<sup>28</sup>

In de tweede plaats is het voorgestelde stelsel uitdrukkelijk gesloten en is er zelfs geen opening geboden door middel van een algemene fair use exceptie. Het gesloten stelsel biedt aldus niet slechts geen ruimte voor belangrijke Nederlandse uitzonderingen, maar het voorstel druist ook nog eens in tegen de juist met Dior Evora<sup>29</sup> ingezette ontwikkeling waarbij ons gesloten stelsel werd opengebroken. Ook de Commissie Auteursrecht is niet tevreden met dit gesloten stelsel en de breuk met de Nederlandse ontwikkeling. Zij gaat zelfs zo ver om de introductie van een heuse fair-use exceptie voor te stellen.<sup>30</sup> Het zou hierbij moeten gaan om een open norm waarop in een concreet geval een beroep kan worden gedaan als verweer tegen een inbreukvordering en waarbij alle betrokken belangen tegen elkaar kunnen worden afgewogen.<sup>31</sup>

De derde ernstige tekortkoming van het harmonisatievoorstel is dat het stelsel weliswaar gesloten is, maar dat behoudens de reeds besproken uitzondering voor de tijdelijke en economisch onbetekenende verveelvoudiging, geen van de uitzonderingen verplicht is. Het is een optioneel stelsel met bovendien af en toe bewust vaag geformuleerde bepalingen.<sup>32</sup> Hoe een dergelijk voorstel tot werkelijke harmonisatie mag leiden, mag Joost weten.<sup>33</sup> Denk maar aan de moeizame gevechten die al op nationaal niveau plaatsvonden ter zake van bijvoorbeeld het reprorecht en de positie van de bibliotheek. De voorgestelde bibliotheekexceptie van art. 5 lid 2 sub c ziet bijvoorbeeld slechts op het mogen kopiëren in bijzondere gevallen, zoals ten behoeve van werken die niet meer op de markt zijn.<sup>34</sup> De bibliotheekwereld denkt echter juist aan het mogen verveelvoudigen en elektronisch aanleveren van alle werken die zij niet zelf in huis hebben.<sup>35</sup> Maar on-line delivery is nu net iets waarvoor de Commissie uitdrukkelijk geen uitzonderingspositie voor de bibliotheken wil creëren.<sup>36</sup> De lange weg die nog te gaan is voor het 'wereldauteursrecht', wordt onmiddellijk duidelijk. Eenzelfde conclusie kan worden getrokken na lezing van het Advies van de Commissie Auteursrecht. Bijna de helft (26 pagina's) van het 61 pagina's tellende advies staat uit een zeer kritische bespreking van de beperkingen, waarbij de Commissie overigens opnieuw de door haar voorgestane (maar helaas zo weinig harmoniserende) 'normatieve benadering'<sup>37</sup> op de bepaling van de reikwijdte van de uitzonderingen wil loslaten.

### **Territorialiteit**

Nog problematischer dan de worsteling met het verveelvoudigingsrecht en de harmonisatie van de uitzonderingen is in het Internet-tijdperk de nationale versnippering van de rechtsbescherming. Dit probleem is niet nieuw, maar wel veel grootschaliger, zoals Quaedvlieg<sup>38</sup> terecht opmerkte. Het territorialiteitsprobleem zou, althans materieelrechtelijk worden opgelost door verregaande harmonisatie ('het wereldauteursrecht'). De Europese Commissie behandelt in het voorstel echter slechts enkele onderwerpen en dan nog slechts voor de lidstaten. Voor de niet geregelde onderwerpen en voor exploitatie en/of inbreuk in landen buiten de Gemeenschap laat de Commissie na een uniforme IPR-oplossing te suggereren. Wel stelt zij in art. 8 van de concept-richtlijn nog voor dat de lidstaten een passende rechtsgang moeten bieden voor de bescherming- en/of

compensatie zoekende rechthebbende. Voor wat betreft de IPR-problematiek komt de Commissie echter niet verder dan het voor zich uitschuiven van het probleem omdat wetgevendende maatregelen op communautair niveau momenteel niet dienstig werden geacht.<sup>39</sup> Voorts legt de Commissie uit dat zij de oorspronkelijk in het Groenboek aangeduide voorkeur voor het land van oorsprong<sup>40</sup> heeft verlaten vanwege het gevaar van de-locatie (het opzoeken van een 'copyright haven') en de problematiek van het moeilijk vast kunnen stellen waar het werk precies op het net is gezet. Dat het IPR, waaronder de lex protectionis, allesbehalve een bevredigende oplossing biedt en aanleiding geeft tot onzekerheid over de meest elementaire vragen, is goed geïllustreerd door Quaedvlieg in zijn artikel over dit onderwerp, zoals vorig jaar gepubliceerd in AMI.<sup>41</sup>

Hugenholtz erkent in het preadvies wel de omvang van de problematiek, maar hij zoekt tevergeefs naar een oplossing. Hij besluit zijn zoektocht met de verzuchting: 'Welke IPR-regel men ook verkiest, het territorialiteitsbeginsel van het nationale en internationale auteursrecht, blijft het belangrijkste obstakel. Veruit de beste oplossing is dan ook het materiële auteursrecht op mondiaal niveau geheel gelijk te schakelen. Als de voortekenen ons niet bedriegen, zal het Internet aan de mondiale unificatie van het auteursrecht

21. De vergelijking met uitputting in relatie tot het beschikbaar stellen staat op gespannen voet met het door de Europese Commissie voorgestelde art. 3 lid 3 van de ontwerp Richtlijn dat uitputting bij de beschikbaarstelling van een werk juist uitsluit.

22. Ik ontleen de term aan D.J.G. Visser *'Auteursrecht op Toegang'* p. 27.

23. Eenmaal rechtmatig (geheel of gedeeltelijk voor sommigen of iedereen) beschikbaar gesteld, dienen uiteraard dwingendrechtelijke bevoegdheden van de rechthebbende wel in acht te worden genomen.

24. *Preadvies*, p. 214-216. Voor een veel uitvoeriger studie zij verwezen naar het *ITER-rapport* (nr. 10) van D.J.G. Visser, Samson, Alphen a/d Rijn 1998.

25. *Preadvies*, p. 238-243.

26. Zo ook de Adviescommissie Auteursrecht; *t.a.p.* p. 24.

27. *Preadvies*, p. 242. Visser, *NJB* 1998/23, is het hier van harte mee eens, of zou zelfs nog verder willen gaan (*NJB* 1998/27, p. 1187).

28. A.A. Quaedvlieg, *Computerrecht* nr. 3, p. 125. D.J.G. Visser, *Stcrt.*, 22 december 1997 nr. 246, p. 6.

29. Hoge Raad 20 oktober 1995, *NJ* 1996, 682.

30. *Advies t.a.p.* p. 46. Zie ook D.J.G. Visser, 'De Commissie Auteursrecht, de Europese Commissie en de beperkingen op het auteursrecht', *Mediaforum* 1998-10, p. 279.

31. Een commissielid ging dit voorstel in verband met de daardoor veroorzaakte onaanvaardbare rechtsonzekerheid een brug te ver.

32. Zoals bij de door de Commissie economisch minder belangrijk geachte uitzonderingen die zijn opgesomd in art. 5 lid 3, zie Toelichting bij dit artikel, punt 8, p. 38.

33. Idem *Advies* p. 26.

34. Toelichting p. 36.

35. A.C. Klugkist, 'De maatschappelijke aanvaardbaarheid van het auteursrecht', *AMI* 1998/2, Position paper FOBID 1997.

36. Zie opnieuw Toelichting p. 36 en 37.

37. *Advies t.a.p.* p. 28.

38. *T.a.p.* p. 125.

39. *Toelichting* p. 12, onder verwijzing naar het vervolg op het *Groenboek*, zie noot 6, *t.a.p.* p. 22.

40. Geïntroduceerd in de satelliet- en kabelrichtlijn (Richtl. 93/83/EEG, 27 september 1993, *PbEG* L 248/15). Ten tijde van sluiten van kopij voor deze bijdrage (oktober 1998) rouleert een niet officiële concept tekst van het aanstaande e-commerce Richtlijn voorstel, waarin wel degelijk het country of origin principe wordt gevolgd, zij het dat daarbij eisen worden gesteld aan de mate van substantialiteit van enige economische activiteit/aanwezigheid in het betreffende land.

41. 'Een multiple personality syndroom in het IPR: wie is auteursrecht-hebbende', *AMI* 1997/8, p. 155 e.v.

een beslissende impuls geven. De contouren van een wereldauteursrecht (lange tijd een fata morgana) beginnen zich af te tekenen. Het WIPO Auteursrecht Verdrag dat eind 1996 tot stand kwam, moge een mislukking heten, het verbijsterende tempo waarmee het verdrag tot stand is gekomen, is veelzeggend', aldus Hugenholtz. Cynici zullen opmerken dat de uitputtende zoektocht Hugenholtz van zijn zinnen heeft beroofd en dat een werkelijk wereldauteursrecht een volkenbond-achtige fantasie is.

### *Aansprakelijkheid*

Ook het probleem van de aansprakelijkheid van intermediairs schuift de Europese Commissie voor zich uit. De Commissie heeft de regeling van het onderwerp aangekondigd voor haar Richtlijn over electronic commerce en beperkt zich in het onderhavige voorstel tot de Toelichting, waar zij (hoofdstuk 2 sub 7) memoreert dat de kwestie van aansprakelijkheid ook reeds in de WIPO-onderhandeling aan de orde is geweest waarbij aandacht was voor de zogenaamde horizontale aspecten waarmee wordt bedoeld dat het vraagstuk zich niet beperkt tot het auteursrecht maar ook gevolgen sorteert voor een aantal andere rechtsgebieden.<sup>42</sup> Hugenholtz refereert aan dit voornemen en verwacht dat het Duitse Informations- und Kommunikationsdienste Gesetz van 1 augustus 1997 voor de Commissie tot voorbeeld zal dienen. In deze wet is sprake van zo'n horizontale wettelijke regeling. De wet geldt als *lex specialis* voor alle vormen van civiele of strafrechtelijke aansprakelijkheid. Informatieleveranciers zijn voor eigen inhoud normaal aansprakelijk. Service-providers zijn voor 'vreemde inhoud' alleen aansprakelijk als zij daarvan 1) kennis dragen en 2) redelijkerwijs technisch in staat zijn verder gebruik te verhinderen. Access providers zijn nimmer aansprakelijk. Hugenholtz merkt hierover op dat voor de praktijk een uniform regime ongetwijfeld voordelen heeft, maar dat het nadeel van een horizontale benadering is dat dit weinig recht doet aan een verschil in rechtsgrond van de betrokken regimes. Aansprakelijkheid voor onrechtmatige uitlatingen heeft bijvoorbeeld een sterk culpoos karakter, terwijl in gevallen van auteursrechtinbreuk het risico-element een grotere rol speelt, aldus Hugenholtz. De Commissie Auteursrecht meent dat het niet nodig is voor tussenpersonen op Internet bijzondere auteursrechtelijke regels te maken. Aansluiting kan worden gezocht bij de rechtspraak over openbaarmaking door kabelexploitanten, telefoonmaatschappijen en zaalhouders. De toevalligheid van de techniek van openbaarmaking is niet beslissend, aldus de Commissie Auteursrecht.<sup>43</sup>

### ***Technische beschermingsmaatregelen (art. 6 en 7)***

In aansluiting op de art. 11 en 12 (auteursrecht) en 18 en 19 (naburige rechten) van de WIPO-verdragen introduceert de Commissie in het richtlijnvoorstel de verplichting van de lidstaten tot het creëren van een beschermingsregime tegen het produceren en verhandelen van 'inrichtingen' (apparatuur) waarmee encryptievoorzieningen kunnen worden gekraakt (art. 6) en tegen verwijdering van elektronische informatie betreffende het beheer en tegen de verspreiding van aldus 'gestripte' kopieën van werken (art. 7).

Hugenholtz trekt in zijn preadvies behoorlijk fel van leer tegen deze voorstellen.<sup>44</sup> Hij vraagt zich af waarom het

auteursrecht nu opeens naast de eigenlijke verbodsrechter nog een tweede (de encryptie) en een derde beschermingslaag (de voorgestelde anti-kraak bepalingen) nodig heeft 'waar zijn de tijden gebleven dat het verlenen van rechten van intellectuele eigendom nog een goed gemotiveerde uitsondering op de regel van vrije mededinging was' roept hij onder verwijzing naar Koopmans<sup>45</sup> uit. Ook vraagt hij zich af of we eigenlijk wel (al) behoefte hebben aan dit soort maatregelen en of zij – als instrument van aanbieders van informatiediensten – eigenlijk wel thuishoren in een auteursrechtelijk stuk. De Commissie Auteursrecht deelt toepassing op zekere hoogte deze twijfel<sup>46</sup> en meent dat zodanig technologie neutrale regels moeten worden geformuleerd die rekening houden met 'andere bij de toegang tot informatie betrokken belangen, zoals de belangen van rechtmatige gebruikers'.<sup>47</sup> In het verlengde hiervan ligt de door Hugenholtz opgeworpen vraag wat de betekenis is van de bepaling bij het kraken van een kopieerbeveiliging ten behoeve van gebruik van een werk dat is toegestaan in het kader van een wettelijke beperking.

### ***De toekomst***

Na de WIPO-verdragen brengt ook het richtlijnvoorstel op gemeenschapsniveau nog niet het harmonisatieheil dat – vanuit een juridische gedachtengang – noodzakelijk is voor een voorspoedige rechtmatige exploitatie. Uiteenlopende rechtstradities en grote belangentegenstellingen verhinderen voorlopig de totstandkoming van het wereldauteursrecht.

### ***Alternatief voor haperende regelgeving?***

Wil het herscheppen en harmoniseren van de auteursrechtelijke regelgeving niet zo vlotten in cyberspace, geheel omgekeerd is dit met de mogelijkheden van technische versleuteling van informatie en het contractueel reguleren van de toegang tot de weggestopte werken.

Volgens Hugenholtz<sup>48</sup> is het internet geknipt voor het rechtstreeks aangaan door informatieproducenten van een veelheid van contractuele relaties met hun eindgebruikers. Hij verwacht dan ook dat 'op het gecommmercialiseerde internet van de nabije toekomst de gebruikslicentie eerder regel dan uitzondering zal vormen; de relatie tussen informatieproducent en consument zal aldus in toenemende mate door het contractenrecht worden beheerst'.

Geen licentie, geen gebruik; want al functioneert het auteursrecht dan misschien gebrekkig om de intellectuele eigendomsrechtelijke aanspraken te beschermen, encryptie vormt een voortreffelijk alternatief. 'Build your own fence' citeert Hugenholtz<sup>49</sup> en de analogie met het Wilde Westen waar eigendomsrechten met paal en prikkeldraad werden gevestigd is een feit. Het digitale prikkeldraad heet encryptie en Hugenholtz hoopt nog zachtjes dat idealiter uit de zich ontwikkelende contractuele praktijken nieuwe rechtsnormen ontstaan die op de nieuwe omgeving van het internet beter zijn toegesneden.<sup>50</sup>

Aldus wordt de ploeterende auteursrechtregelgeving links en rechts ingehaald door het krachtenspel van de markt. Bij commercieel voldoende aantrekkelijk werk zullen de aanbieders erin slagen om zelf hun gebruiksvoorwaarden contractueel op te leggen, ongehinderd door de vraag of iets nu dogmatisch zus of zo zit. Deze ontwikkeling heeft van-

zelfsprekend gevaarlijke kanten, met name waar machtsposities tot misbruik van recht zouden kunnen leiden en onbeperkte contractsvrijheid juist de informatievrijheid onder de voet zou lopen. Ook de vrees voor het ontstaan van een bestseller cultuur<sup>51</sup> bij een ongebreidelde marktwerking is zeer begrijpelijk. Anderzijds heeft de vitaliteit en de natuurlijke ordening van de markt iets aantrekkelijks, wanneer men dit plaatst tegenover het machteloze politieke gepeuter en de kunstmatige ordening door middel van verdragen. Het zijn de wetten<sup>52</sup> van het Wilde Westen en is er ooit een wereldorde op basis van een verdrag geschapen? Ik geloof het niet. Eerder gaat de ontwikkeling andersom en wordt eerst de macht bevochten<sup>53</sup> en het land verdeeld en wordt er pas daarna een verdrag bijgemaakt.

Wanneer deze analogie hier van toepassing is, zou het betekenen dat de rechthebbenden in ieder geval op het internet hun macht vestigen met het encryptiewapen en de licentie. Voor de handhaving en anti-piraterij blijft er dan zonder twijfel nog wel behoefte aan adequate rechtsmiddelen en goed functionerende gerechten om de naleving van enkele algemeen aanvaarde uitgangspunten van het auteursrecht af te dwingen. Het is echter de vraag of de aansluiting van die essentie van het auteursrecht er niet al is.<sup>54</sup> Al met al kan men zich daarom afvragen of het accent van de zo dringend begeerde (materiële) regelgeving niet verschuift van het beschermen van de belangen van de rechthebbenden, naar het beschermen van de belangen van de gebruiker door bijvoorbeeld de handhaving van de wettelijke beperkingen op het auteursrecht en het bewaken van een uitzonderingspositie voor het bibliotheekwezen, alles ter bescherming van constitutionele rechten en het algemeen belang. Consumentenrecht, contractenrecht en staatsrecht worden dan de rechtsgebieden die minstens evenzeer als het traditionele auteursrecht de bouwstenen moeten aanreiken voor een eigentijdse juridische basis.

Hugenholtz is er niet gerust op dat de afkalving van het publieke domein met wettelijke middelen kan worden tegengegaan. Het forceren van toegang tot informatie ziet

hij slechts mogelijk met het mededingingsrecht. Intuïtief ben ik daar iets minder somber: wanneer de regelgeving de marktwerking niet verstoort, kunnen er denk ik heel goed belangrijke randvoorwaarden aan de contractsvrijheid worden gesteld die de vrijheid van informatie kunnen waarborgen. Hugenholtz heeft in zijn preadvies de waarschuwing opgenomen dat zijn wenken slechts beperkt houdbaar zijn. Ik voeg daar aan toe dat elke bespreking over dit onderwerp door onvolledigheid soms misleidend kan zijn. Aan elk thema kan immers gemakkelijk een afzonderlijk preadvies of zelfs een proefschrift worden gewijd en voor je het weet schrijf je een heuse bijbel over het onderwerp.

42. Zie ook Von Lewinsky, *t.a.p.* p. 135.

43. *Advies t.a.p.* p. 14.

44. *Preadvies*, met name p. 246-249.

45. T. Koopmans, 'Intellectuele Eigendom, Economie en Politiek', *AMI* 1994/6.

46. *Advies*, p. 50, 51.

47. In afwijking van de opvatting van de Commissie Auteursrecht en de afkeer van Hugenholtz is men intussen in Brussel naar verluidt doende art. 6 van het Richtlijnvoorstel nog verder aan te scherpen; verscheidende commissies van het EP hebben hiertoe voorstellen ingediend. De elektronische beveiliging wordt aldaar – naar ik vermoed terecht – gezien als een net zo belangrijke peiler als het auteursrecht zelf voor de aanstaande grootschalige elektronische exploitatie.

48. *Preadvies*, p. 236.

49. *Preadvies*, p. 244. E. Mackaay, 'The Economics of Emergent Property Rights on the Internet', in: *The future of copyright in the digital environment*, Den Haag, Kluwer Law International, p. 20.

50. *Preadvies*, p. 236.

51. Von Lewinsky, *t.a.p.* p. 139.

52. Lastig is uiteraard voor de rechthebbende dat de licenties slechts partijen tot 'wet' strekken, zodat er voor de rechthebbenden de behoefte blijft bestaan aan enkele algemene beginselen op grond waarvan ongeautoriseerd gebruik kan worden aangepakt.

53. Bij conflicten zal zonodig de nationale of Europese rechter de richting moeten aangeven door invulling van de 'rechtvaardige' regel van de Commissie Auteursrecht.

54. Zie mr M.P.Th. Steyn, 'Het internationaal auteursrecht in de Informatiemaatschappij', *Informatierecht AMI* 1998/7, p. 109/110, en in het bijzonder aldaar noot 3 en 4.