

# De Auteurswet gewijzigd: Artikel 18 Aw (kunst op openbare plaatsen)

*Bij wet van 18 augustus 2004, Stb. 2004, 410 (wetsvoorstel 28 482) is de Auteurswet op een aantal punten ingrijpend gewijzigd. Aanleiding voor de wijziging was de aanpassing van de wet aan de Auteursrechtlijn (richtlijn 2001/29/EG). De gewijzigde wet is op 1 september 2004 in werking getreden. Vanaf AMI 2005/2 wordt telkens één nieuw of gewijzigd wetsartikel onder de loep genomen, in deze aflevering het aangepaste artikel 18 Aw.*

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

## Wetsgeschiedenis

Artikel 18 Aw staat onder bepaalde voorwaarden (verveelvoudiging en openbaarmaking van) de afbeelding van in het openbaar zichtbare beeldende kunst en architectuur toe. De wijziging is geïnspireerd door artikel 5 lid 3 sub h van de Auteursrechtlijn, dat bepaalt: 'Lidstaten kunnen beperkingen stellen ten aanzien van het gebruik van werken, zoals werken van architectuur en beeldhouwwerken, gemaakt om permanent in openbare plaatsen te worden ondergebracht.' De aanpassing moet worden beschouwd als een aanzienlijke verruiming, waardoor de geschiedenis van deze wettelijke beperking nu een opmerkelijke krimp/rek-beweging te zien geeft.<sup>1</sup>

Blijkens de memorie van toelichting wordt met de verruiming het advies van de Commissie gevolgd om het 'hoofdvoorstellingsvereiste' alsmede de eis dat de reproductie in afwijkende grootte of werkwijze moet zijn uitgevoerd, af te schaffen.<sup>2</sup> Aanvankelijk ontbrak in het wetsvoorstel de voorwaarde uit de Auteursrechtlijn dat de werken zijn gemaakt om in openbare plaatsen te worden ondergebracht. Deze – later op aandrang van diverse fracties alsnog opgenomen – inperking weerspiegelt de gedachte dat de werken door hun plaats en bestemming tot op zekere hoogte tot het publiek domein behoren.<sup>3</sup>

## Rechtsvergelijking

Artikel 59 van de Duitse auteurswet beperkt de zoge-

### Artikel 18

Als inbreuk op het auteursrecht op een werk als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onder 6°, of op een werk, betrekkelijk tot de bouwkunde als bedoeld in artikel 10 eerste lid, onder 8°, dat is gemaakt om permanent in openbare plaatsen te worden geplaatst, wordt niet beschouwd de verveelvoudiging of openbaarmaking van afbeeldingen van het werk zoals het zich aldaar bevindt. Waar het betreft het overnemen in een compilatiewerk, mag van dezelfde maker niet meer worden overgenomen dan enkele van zijn werken.

heten 'Strassenbildfreiheit' tot werken die 'sich bleibend an öffentlichen Wegen, Strassen oder Plätzen befinden'. 'Innenräume, sowie Werke die sich in Innenräumen befinden' vallen niet onder de Duitse exceptie.<sup>4</sup> De ratio van de bepaling is zeer vergelijkbaar met de overwegingen van onze minister; 'Sinn und Zweck, sowie Rechtfertigung der Bestimmung liegen darin, Werke, die ohnehin der Allgemeinheit gewidmet sind und von jedermann ungehindert betrachtet werden können, für die Vervielfältigung und Verbreitung – allerdings nur in zweidimensionaler Kunst- oder Darstellungsform – sowie für die öffentliche Wiedergabe freizugeben. Praktisch handelt es sich dabei um Abbildungen des Strassenbildes in Ganzen oder in Teilen'.<sup>5</sup> De 'Widmung der Allgemeinheit' van het werk aan de openbare weg impliceert in Duitsland dat niet alleen 'onvermijdelijke' verveelvoudiging van dat werk (bij een afbeelding van het straatbeeld) is toegestaan, maar dat het iedereen eveneens vrijstaat het werk in tweedimensionale vorm gericht te exploiteren. Bij deze exploitatie is

1 Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, derde druk, p. 289. Het nu geschrapte hoofdvoorstellingsvereiste werd in 1972 ingevoerd.

2 Memorie van toelichting, Tweede Kamer, 2002-2003, 28 482, nr. 3, p. 52. De afschaffing van de afwijkende reproductie-eis wordt door de MvT en de Commissie (p. 36) gemotiveerd door een verwijzing naar de zeer lastige afbakings- en interpretatie problemen in de digitale omgeving.

3 Verslag, *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 482, nr. 4, p. 15-16.

4 Uitdrukkelijk worden door Schrickler nog genoemd de 'Werke die in öffentlichen Museen allgemein zugänglich sind'. Zij vallen niet onder de exceptie omdat zij 'nicht in gleichem Masse der Allgemeinheit gewidmet sind wie an öffentlichen Plätzen aufgestellte Kunstwerke', Schrickler 1999, p. 914.

5 Schrickler 1999, p. 912.

de afbeelding van het werk als hoofdvorstelling, bijvoorbeeld op briefkaart of poster, geen bezwaar.

In een arrest van het Bundesgerichtshof uit 2002 over de door Christo ingepakte Reichstag wordt duidelijk wat onder de blijvende openbare bestemming moet worden verstaan.<sup>6</sup> Niet de weerbestendigheid van het werk, of de vraag of het zonder al dan niet onherstelbare beschadiging kan worden verwijderd, maar de wil van de kunstenaar en belangrijker nog het doel waartoe het werk in de openbare plaats is geplaatst, zijn bepalend. 'Widmung der Allgemeinheit' kan niet worden afgewezen omdat de kunstenaar zich het recht zou hebben voorbehouden om de sculptuur na veertig jaar te mogen vernietigen. Omgekeerd zal een installatie die speciaal voor een openbare plaats is gemaakt, maar in de context van een tijdelijke tentoonstelling of manifestatie, niet als blijvend aan de openbaarheid gewijd worden beschouwd.

Dat de openbare ruimte in de Duitse bepaling zich niet alleen uitstrekt tot hetgeen met het blote oog zichtbaar is vanaf de openbare weg, maar zich ook daartoe beperkt, bevestigde het Bundesgerichtshof in een recent arrest over de afbeelding van het beroemde Hundertwasserhaus in Wenen.<sup>7</sup> De rechter verbood de verhandeling van een afbeelding die was vervaardigd vanuit een tegenoverliggende woning hoog boven het straatniveau. Zichtbaarheid vanaf de openbare weg impliceert dat het ook is toegestaan om werken af te beelden die zich op een privé-terrein, bijvoorbeeld een voortuintje, aan de straat bevinden. Zodra de tuineigenaar het beeld aan het zicht heeft onttrokken door een schutting of heg, is het gedaan met de 'Strassenbildfreiheit'.<sup>8</sup>

## Analyse

### Welke werken

De beperking geldt slechts voor (i) bepaalde categorieën van werken, die bovendien (ii) bestemd moeten zijn om permanent in de openbare ruimte te worden geplaatst.

Door de wetwijziging wordt aan de werken die mogen worden afgebeeld nu toegevoegd de categorie van tweedimensionale werken betrekkelijk tot de bouwkunst of tot andere wetenschappen. Het gaat dan om maquettes, bouwtekeningen en dergelijke.<sup>9</sup> Wanneer men zich realiseert uit hoeveel meer en andere werkcategorieën het gemiddelde straatbeeld is samengesteld, doet zowel de oorspronkelijke categorie, als de huidige uitbreiding, de beoogde vrijheid om het straatbeeld zonder auteursrechtelijke beperking af te kunnen beelden tekort. Enerzijds

komen maquettes en bouwtekeningen in het straatbeeld niet voor, terwijl anderzijds met name werken van toegepaste kunst (artikel 10 lid 1 onder 11<sup>e</sup>) en fotografie (artikel 10 lid 1 onder 9<sup>e</sup>) in artikel 18 ontbreken. Voor de afbeelding van lichtreclames, straatmeubilair, billboards en mupi's, en de sinds enkele jaren tot het straatbeeld in de grote stad behorende enorme reclamefoto's op geveldoeken, zou de in het vorige nummer van *AMI* besproken *de minimis*-beperking slechts af en toe uitkomst kunnen bieden.<sup>10</sup> De Auteursrechtlijn biedt de mogelijkheid om alle typen werken onder de beperking te brengen, voor zover ze gemaakt zijn om in openbare plaatsen te worden ondergebracht.

### De openbare plaats

Artikel 18 Aw 'oud' bood de maker de vrijheid om afbeeldingen te maken van werken die 'blijvend aan de openbare weg zichtbaar' zijn. In de huidige redactie is deze voorwaarde vervangen door de eis dat het werk is gemaakt om permanent te worden geplaatst in openbare plaatsen. De ratio van het criterium 'openbare plaats' is in de woorden van de minister dat werken die door iedereen kunnen worden waargenomen, die tot het straatbeeld en daarmee tot ieders leefwereld behoren, tot op zekere hoogte deel uitmaken van het publieke domein. De minister redeneert in de memorie van toelichting dat met die gedachte 'een zekere vrijheid van gebruik van zulke werken zoals zij zich in die openbare ruimte, dus in dat straatbeeld, respectievelijk die leefwereld bevinden,' in overeenstemming is.<sup>11</sup> Volgens de minister is de betekenis van het communautaire begrip uiteindelijk ter beoordeling van het Europese Hof van Justitie, maar vallen onder openbare plaats 'openbare wegen, openbare parken en openbare gebouwen waaronder stationshallen, maar doorgaans niet scholen en operagebouwen'.<sup>12</sup> Niet elke binnen- of buitenruimte is kennelijk openbaar; wat is dan het onderscheidende criterium voor de openbaarheid?

### Vrij toegankelijk?

In de Nota naar aanleiding van het verslag 'verduidelijkt' de minister desgevraagd het begrip openbare plaats door te stellen dat het gaat om 'voor het publiek vrijelijk toegankelijke plaatsen'.<sup>13</sup> Of vrijelijk 'onbeperkt' betekent dan wel 'gratis', wordt niet duidelijk. In de nota naar aanleiding van het nadere verslag legt de minister uit dat het van belang is 'of het gaat om een plaats die krachtens bestemming of vast gebruik vrijelijk toegankelijk is voor het publiek. Daarbij kan onder meer een rol spelen of er voor de toegang entreegeld betaald moet worden, en of de toegang op privaatrechtelijke gronden aan personen geweigerd kan worden. Deze criteria spelen ook een rol

6 BGH 24 januari 2002, *GRUR* 2002, 605, IIC 2003, 571

7 BGH 5 juni 2003, *GRUR* 2003, 1035, ICC 2004, 351

8 Nordemann 1998, p. 448, Schrickler, p. 913

9 Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, derde druk, p. 105.

10 P.B. Hugenholtz, 'De Auteurswet gewijzigd: artikel 18a Aw', *AMI* 2005/2,

p. 57-58.

11 MvT, *Kamerstukken II* 2001/2002, 28 482, nr. 3, p. 52.

12 NAV, *Kamerstukken II* 2002/2003, 28 482, nr. 5, p. 36.

13 Zie noot 8.

bij de beoordeling of een gebouw een openbaar gebouw is'.<sup>14</sup> Een recente uitspraak van de voorzieningenrechter in Leeuwarden illustreert dat het vanaf de straat zichtbare, maar besloten vakantiepark ook als openbare ruimte moet worden beschouwd.<sup>15</sup>

### *Gemaakt voor de openbaarheid*

Wanneer zijn werken gemaakt om in een openbare plaats te worden geplaatst? Het spreekt vanzelf dat werken uit de permanente collectie van een museum voor hedendaagse kunst doorgaans niet onder de beperking vallen; zij zijn gemaakt voor de huiskamer of voor het museum, maar niet voor een openbare plaats. Is dat in concreto echter wel het geval, zoals het kunstwerk dat in opdracht van de stationschef voor de aankomsthal, of van de CEO voor de receptie, of van de opera-intendant voor de foyer van het theater wordt ontworpen, dan is het werk 'der Allgemeinheit gewidmet'.

Maar hoe weet een fotograaf eigenlijk of een werk is gemaakt om permanent te worden geplaatst in een openbare plaats? Het aloude standbeeld zal net zo min als de façade van een gebouw of een gedenkteken veel vragen oproepen. Maar hoe staat het met een bestaand werk dat bijvoorbeeld door de overheid wordt aangekocht en vervolgens in een openbare plaats wordt geplaatst? Het criterium kan in de praktijk slechts worden gehanteerd voor werken die of naar hun aard, of door hun in concreto zichtbare relatie met de betreffende openbare plaats kenbaar gemaakt zijn om permanent in een openbare plaats te worden geplaatst.<sup>16</sup> Wanneer sprake is van een bewerking van een werk dat oorspronkelijk niet voor de plaatsing in de openbare plaats was vervaardigd, lijkt mij doorslaggevend of de bewerking kenbaar bestemd is voor de openbare ruimte.<sup>17</sup>

### *Afbeelding van het werk zoals het zich daar bevindt*

In 1972 werd aan de wettelijke beperking van artikel 18 Aw de eis toegevoegd dat het afgebeelde werk niet de hoofdvorstelling van de afbeelding mag vormen; er moet meer te zien zijn. Deze hoofdvorstellingseis is nu vervangen door de eis dat het werk wordt afgebeeld 'zoals het zich daar bevindt'. Wat te denken van de nieuwe eis?

Afschaffing van de hoofdvorstellingseis betekent in de eerste plaats een verruiming van de vrijheid om werken af te beelden. Volgens de Commissie auteursrecht zal afbeelding van het werk ook als hoofdvorstelling zijn toegestaan, mits het werk wordt afgebeeld 'zoals het zich in de openbare plaats bevindt'.<sup>18</sup> Met dit criterium zou een tussenweg worden gezocht tussen de oorspronkelijke tekst en de invoering van het criterium van de hoofdvorstelling in 1972.<sup>19</sup> Bij de verduidelijking in de nota naar aanleiding van het verslag blijkt dat 'overeenkomstig de strekking van de beperking bedoeld [is] tot uitdrukking te brengen dat het werk mag worden afgebeeld in de context van zijn omgeving, dus zoals het werk deel uitmaakt van het straat- of stadsbeeld. De bepaling staat niet toe dat het werk onafhankelijk daarvan wordt geëxploiteerd zonder toestemming van de maker'.<sup>20</sup> Ook de minister noemt in dit verband de Dick Bruna-figuurtjes als voorbeeld van een oneigenlijke vorm van exploitatie omdat de zelfstandig gereproduceerde figuurtjes die op het strand van Zandvoort op palen zijn afgebeeld ter oriëntatie van verdwaalde kinderen, uit hun context zijn gelicht. In de hiervoor aangehaalde uitspraak van de voorzieningenrechter in Leeuwarden vond deze dat aan de eis voldaan was door de zichtbaarheid van water, riet en bomen, bij de afbeelding van de vakantiewoningen. Dat op deze foto's uit het reclamemateriaal voor hypotheek van de Frieslandbank een groot deel van de omgeving was weggesneden, vond de rechter geen bezwaar.

Kennelijk wordt met de vervanging van de hoofdvorstellingseis beoogd de gebruiker iets meer ruimte te geven; het werk mag nu wel de hoofdvorstelling zijn, maar de context, de fysieke omgeving mag ook weer niet zo ondergeschikt zijn dat sprake zou zijn van een zelfstandige, uit zijn context gelichte exploitatie; het werk moet een herkenbaar bestanddeel van het straatbeeld zijn, aldus de minister.<sup>21</sup> Het werk mag niet geheel onafhankelijk van zijn omgevingscontext commercieel worden geëxploiteerd. De minister kan zich ten slotte voorstellen dat aan de afbeelding van werken van beeldende kunst strengere eisen worden gesteld dan aan de afbeelding van gebouwen omdat de beeldende kunst zich beter voor afzonderlijke exploitatie leent.<sup>22</sup>

14 NANV, *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 482, nr. 8, p. 15.

15 V.zr. Rb. Leeuwarden 19 april 2005, LJN AT 4169.

16 Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 291, menen dat de ratio van de bepaling meebrengt dat de derde zich niet in de bedoeling van de maker behoeft te verdiepen en af mag gaan op de omstandigheid dat het werk overduidelijk permanent in de openbare plaats is geplaatst.

17 Waarmee het in de literatuur wel genoemde voorbeeld van de Nijntjes op het strand is gered (Visser, *AMI 2002/5*, p. 171). Dat het Dick Bruna-5, p. 171). Dat het Dick Bruna-figuurtje niet kenbaar voor de openbare plaats is gemaakt, vloeit in dat geval voort uit de algemene bekendheid met de herkomst en bestemming van de originele figuurtjes.

18 Commissie auteursrecht 2001, toelichting art. 18.

19 De minister gaat in het Ontwerp nog niet uitdrukkelijk in op de vraag

(anders dan in vorm van drie-dimensionale reproductie) of 'het tegengaan van gerichte exploitatie', bijvoorbeeld door de productie van briefkaarten of T-shirts met afbeelding van de betreffende werken, nu als grondslag is komen te vervallen. De studiec commissie VvA 2002 (p. 23) ([www.ivir.nl/vva/vva-informatie](http://www.ivir.nl/vva/vva-informatie)) meent dat de verruiming van art. 18 in het licht van de Auteursrechtlijn en de driestappen-toets onvoldoende gemotiveerd is. Seignette 2002 p. 9, 10 kan voor de 'substantiële inperking van het auteursrecht van beeldend kunstenaar' geen rechtvaardiging bedenken.

20 NAV, *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 482, nr. 5, p. 37.

21 NANV, *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 482, nr.8, p. 16.

22 MvA, *Kamerstukken I 2003-2004*, 28 482, C.

De schoen blijft echter wringen bij het feit dat zelfstandige afbeelding en zelfstandige, of gerichte exploitatie niet identiek zijn. De oplossing moet worden gevonden door te aanvaarden dat niet de fysieke context, maar de begripsmatige context bepaalt of van een uit zijn context gelichte exploitatie sprake is.<sup>23</sup> In de sleutel van de uitingenvrijheid en de bepaling van de omvang van het publieke domein past dat werken die het straatbeeld c.q. de betreffende openbare ruimte markeren, mogen worden afgebeeld ter aanduiding van die plaats. Reisgidsen, brochures en briefkaarten die door afbeelding van gezichtsbepalende beelden en bouwwerken een indruk overbrengen van het uiterlijk en de aantrekkelijke schoonheid van de betreffende plaats, exploiteren de werken in de context van het straatbeeld. Wie meent dat er voor reguliere communicatie geen tol hoeft te worden betaald, moet niet vallen over de ansichtkaart van de Euromast of van het Europe Parlement met de tekst 'Groeten uit ...'.

<sup>23</sup> Deze benadering sluit aan bij de ook bij de toepassing van de hoofdvoorstellingseis in de rechtspraak gehanteerde criterium van de 'Ausagekern'; Rb. Amsterdam 21 maart 1990, *AMI* 1991, 7 m.nt. Schuijt.

## VVA Ledenvergadering

Op 3 juni 2005 wijdt de Vereniging voor Auteursrecht haar jaarvergadering aan 'Auteursrecht en Mededingingsrecht, deel I'. Aandacht wordt besteed aan:

- Het mededingingsrecht in het algemeen.
- De relatie tussen intellectueel eigendomsrecht en mededinging.
- Het auteursrecht als concurrentie beperkende maatregel. In hoeverre kan het weigeren van een licentie misbruik van machtspositie opleveren?
- De zaken IMS Health en Microsoft, maar ook zaken op nationaal gebied.

**Datum:** 3 juni 2005

**Plaats:** KNAW, Trippenhuis, Kloveniersburgwal 29, Amsterdam

**Toegang:** gratis voor leden van de VVA

### Programma:

14.00–14.15: Opening en inleiding (prof. mr. A.A. Quaedvlieg, hoogleraar KUN en advocaat)

14.15– 14.45: Mededinging in het algemeen en de zaak-Microsoft in het bijzonder (prof. mr. M. van Empel, Hoogleraar universiteit van Rome en advocaat)

14.45 – 15.15: Auteursrecht en mededinging; onder meer de zaak-IMS Health (mr. A. Kamperman Sanders Ph.D. (Londen), Hoogleraar universiteit van Maastricht)

### 15.15–15.45: Pauze

15.45–16.00: De visie van de nationale mededingingsautoriteit (drs. A.J.M. Kleijweg, NMa, clustermanager CMT)

16.00–17.00: Paneldiscussie o.l.v. A. Kamperman Sanders met M. van Empel en A. Kleijweg voornoemd en:

- B. Bakker (lid van de Tweede-Kamerfractie voor D'66)
- mr S. Klos (advocaat bij Klos Morel Vos en Schaap)

N.B. Na afloop (17.00 uur) vindt er in de KNAW een borrel plaats die samen met de Vereniging voor Media en Communicatierecht (VMC) wordt georganiseerd.