

spraak geweest, de dag na de mondelinge hoorzitting in de zaak Sala, die heeft plaatsgevonden op 15 april 1997.

22 Aangezien het geschil inzake de verplichte inwisseling van rijbewijzen onder art. 52 EG viel, was een uitspraak over art. 8A overbodig; zaak C-195/94 (Skana-vi), Jur. 1996, p. I-943.

23 Deze stap is des te meer welkom, in het licht van de omstandigheid dat het Verdrag van Amsterdam op dit punt geen wezenlijke veranderingen brengt.

politieke rechten aan gemeenschapsonderdanen die in een andere lidstaat verblijven (artikel 8B). De bepaling inzake diplomatieke bescherming heeft slechts betekenis voor een minderheid van burgers die hun vakantiebestemmingen buiten Europa zoeken, in een of ander exotisch land waar hun eigen staat geen ambassade heeft (artikel 8C). De bepalingen inzake petitie en ombudsman betreffen prerogatieven die openstaan voor elke burger van de Unie en iedere persoon die legaal binnen de Gemeenschap verblijft en zijn dus in wezen meer ingezetenschapsrechten dan burgerschapsrechten (artikel 8D en E). Echter, veel hangt af van de

vraag hoe de lidstaten zullen reageren op deze uitspraak.

## Intellectuele eigendom

### IV Voorgenomen besluitvorming EU

#### Voorstel richtlijn betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij

Mr. M.R. de Zwaan

Op 10 december 1997 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een richtlijn tot harmonisatie van het auteursrecht en de naburige rechten in de digitale samenleving ingediend bij het Europees Parlement en de Raad van Ministers. Voor het Nederlandse auteursrecht is het voorstel met name ingrijpend vanwege de voorgestelde introductie van een alomvattend reproductierecht, de uitbreiding van het beginsel van communautaire uitputting tot alle auteursrechtelijk beschermde werken en vanwege het voorstel een gesloten stelsel van uitzonderingen op het auteursrecht te introduceren, welk stelsel niet correspondeert met de Nederlandse beperkingen in de Auteurswet.

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

Het nu door de Commissie gepresenteerde voorstel is het resultaat van twee eerdere studies van de Commissie, te weten het Groenboek Auteursrecht van 19 juli 1995<sup>1</sup> en het op 20 november 1996 verschenen Vervolg op het Groenboek.<sup>2</sup> In beide voorbereidende documenten liet de Commissie merken dat zij meende dat de digitale uitdaging met name het hoofd zou kunnen worden geboden door een versterking van de positie van de rechthebbenden. In het Vervolg op het Groenboek oordeelde de Commissie dat er vier aandachtsgebieden waren die tot onmiddellijke actie noopten in de vorm van richtlij-

nen, te weten (1) het reproductierecht, (2) de beperkingen en uitzonderingen op de exploitatierechten van de auteurs, (3) het distributierecht en (4) technische beschermingsmaatregelen tegen piraterij. Een en ander heeft geresulteerd in het onderhavige voorstel dat op dit moment door het Europees Parlement wordt behandeld.

Daarnaast is er een aparte richtlijn aangekondigd over de 'electronic commerce', waarin ten minste ook één onderwerp wordt geregeld dat uitstekend had gepast in het onderhavige voorstel, te weten de regeling van de aansprakelijkheid voor inbreuk op het auteursrecht in de elektronische omgeving.

De Europese Commissie, die een stuwende en sturende rol vervulde bij de onderhandelingen over de wereldomvattende WIPO-verdragen<sup>3</sup> over hetzelfde onderwerp op de conferentie van 2 tot 20 december 1996 in Genève, heeft in het onderhavige voorstel haar kans schoon gezien om enkele voorstellen die het op mondiaal niveau niet haalden, op communautair niveau te introduceren. Het betreft met name de introductie van een alomvattend veelveelvoudigingsrecht en de geografische beperking van het uitputtingsbeginsel bij de distributie van fysieke exemplaren van een werk, tot het grondgebied van de Gemeenschap. Daarbij en daarnaast refereert het voorstel op diverse plaatsen aan de uitvoering door de Commissie van verplichtingen die zij in het kader van de WIPO-verdragen op zich heeft genomen.

#### Het voorstel

De Commissie onderkent dat de informatiemaatschappij met nieuwe on- en off-line media 'big business' wordt. Zij ziet bijvoorbeeld hoe de traditionele uitgeverij zich 'en masse' op deze markt stort, die naar verwachting in het jaar 2000 reeds 15 procent van de totale uitgeefmarkt vertegenwoordigt. Om de nieuwe media de grootse vlucht te laten nemen die de Commissie voor ogen staat, is volgens haar een

1 COM(95), 382 def., zie ook NTER 1995, p. 234 e.v.

2 COM(96), 568 def., zie NTER 1997, p. 89 e.v.

3 WIPO Copyrighttreaty (CRNR/OC/94), WIPO Performances and Phonogram-treaty (CRNR/OC/95) beide (onder meer) gepubliceerd in Vermandes Wet-tenreeks IE, 3e druk 1997.

4 Slechts een zgn. 'agreed statement' als aanhangsel bij de echte verdragsbepalingen; voor de betekenis daarvan zie F. Gotzen: A&M 1997/3, p. 239.

5 Art. 7 en 11 WIPO-verdrag naburig rechthebbenden. De bepalingen hebben een beperktere strekking dan het commissievoorstel en werden aangevuld met eveneens een zgn. 'agreed statement'.

6 Aant. 3 bij art. 2, p. 28.

7 De termen directe en indirecte reproductie werden ook gebruikt in artikel 10 van de Conventie van Rome en artikel 7 van de Richtlijn betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van de intellectuele eigendom (RI. 92/100/EG, Pb. EGL 346/61).

8 Zie bijvoorbeeld D.W.F. Verkade, 'Computerprogramma's in de Auteurswet 1912; het vierde regime' (Computerrecht 92/3); E.J. Dommering, 'Het auteursrecht spoelt weg door het elektronisch vergiet' (Computerrecht 94/3); P.B. Hugenholtz, 'Het auteursrecht, het Internet en de Informatiesnelweg', NJB 1995, p. 513-519; D.J.G. Visser, 'Auteursrecht op toegang', VUGA 1997, p. 61 e.v.

9 Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma, RI. 91/250/EG, Pb. 1991 EGL 122/44, art. 4., en daarna ook de Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van databanken, RI. 96/9/EG, Pb. EG L 77/20, art. 5.

10 Zie ook J. Corbet, AMI 1998, nr. 6, p. 96.

11 Zie bijvoorbeeld Pre-advies P.B. Hugenholtz voor ledenvergadering NJV 12 juni 1998 en de bespreking van dit Pre-advies door A.A. Quaadvlieg in Computerrecht 1998, nr. 3 en door D.J.G. Visser in NJB 1998, nr. 23.

gedegen rechtskader noodzakelijk. In dit rechtskader moeten enerzijds de belangrijkste exploitatierechten worden geharmoniseerd en moet anderzijds een effectieve bescherming tegen de alom gevreesde piraterij worden gecreëerd. Per saldo moet dit leiden tot een substantiële positieverbetering van de rechthebbenden. Deze verbetering strekt zich daarbij uit tot zowel de traditionele als de nieuwe media. Ingeleid door een officiële en uitvoerige toelichting (hierna aangeduid als 'de Toelichting') bestaat de voorgestelde richtlijn naast een zeven pagina's tellende considerans uit dertien artikelen, onderverdeeld in vier hoofdstukken, waarvan met name hoofdstuk II (rechten en uitzonderingen) en III (bescherming technologische voorzieningen en informatie betreffende het beheer van rechten) inhoudelijk interessant zijn. In totaal zijn het zes artikelen die de moeite waard zijn om in deze bijdrage te signaleren. De voorgestelde richtlijn zou op 30 juni 2000 moeten zijn geïmplementeerd door de lidstaten.

## Het reproductierecht (artikel 2) en zijn uitzondering (artikel 5 lid 1)

### Artikel 2

#### *De lidstaten voorzien ten behoeve van*

*(a) auteurs, met betrekking tot het origineel en de kopieën van hun werken,*

*(b) uitvoerende kunstenaars, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitvoeringen,*

*(c) producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen,*

*(d) producenten van de eerste vastleggingen van films, met betrekking tot het origineel en de kopieën van hun films, en*

*(e) omroeporganisaties, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitzendingen ongeacht of deze uitzendingen al dan niet via de ether plaatsvinden, uitzendingen per kabel of satelliet daaronder begrepen, in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van deze zaken, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.*

Het reproductierecht in de elektronische omgeving is een trofee waar voor- en tegenstanders op leven en dood om vechten. Voorstanders wijzen op de noodzakelijke erkenning van een alomvattend reproductierecht in verband met de door de technologische ontwikkelingen ontstane mogelijkheid om oneindig en zonder kwaliteitsverlies werken te kopiëren. Tegenstanders betogen omgekeerd dat de praktische, technische betekenis van de verveelvoudiging als veelvuldige en onvermijdelijke bijkomstigheid in de elektronische communicatie, deze handeling ongeschikt maakt om als zelfstandig exploitatierecht van de auteur te kunnen dienen.

In de onderhandeling over de WIPO-verdragen leidde deze strijd er toe dat voor het auteursrecht in

het verdrag in het geheel geen bepaling werd opgenomen.<sup>4</sup> Voor de naburige rechten bleef het recht beperkt tot een bepaling die slechts van toepassing is voor de uitvoerend kunstenaar en de fonogram producenten.<sup>5</sup>

De Europese Commissie heeft nu in het voorstel gekozen voor een alomvattend verveelvoudigingsrecht dat zich uitstrekt tot elke vorm van verveelvoudiging; tijdelijk en duurzaam, materieel en immaterieel, direct en indirect. Die laatste term spreekt niet onmiddellijk voor zich. Uit de Toelichting<sup>6</sup> blijkt dat de Commissie bedoelt dat onder een directe reproductie moet worden verstaan de rechtstreekse verveelvoudiging van de ene op de andere drager. Bij een indirecte verveelvoudiging is er sprake van een tussenliggende openbaarmaking zoals bij de opname die eerst via de radio wordt uitgezonden en vervolgens opnieuw wordt opgenomen. Voorts moet het onderscheid, aldus de Commissie, duidelijk maken dat het recht niet wordt beïnvloed door de afstand tussen de plaats waar het originele werk zich bevindt en de plaats waar een kopie van dat werk wordt gemaakt.<sup>7</sup>

Aldus zet de Commissie de lijn voort die zij inzette met de softwarerichtlijn en bevestigde in de Databaserichtlijn en waarmee het auteursrecht zich tot afschuw van velen<sup>8</sup> ging begeven op het terrein van de eenvoudige gebruikshandelingen.<sup>9</sup>

### Artikel 5 lid 1

*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.*

Met de door de Commissie in artikel 5 lid 1 voorgestelde uitzondering wordt weer veel van het terrein prijsgegeven dat zij met het ferm geformuleerde artikel 2 in bezit had genomen. De tekst van de voorgestelde uitzondering bestaat evenwel uit zoveel nog in te vullen begrippen, dat de reikwijdte van artikel 5 lid 1 niet zonder meer duidelijk is.<sup>10</sup> Wat moet bijvoorbeeld worden verstaan onder een *tijdelijke* handeling en wanneer is er sprake van een *wezenlijk* onderdeel en van de afwezigheid van *zelfstandige economische betekenis*? De invulling van deze begrippen heeft reeds tot discussie geleid.<sup>11</sup> Zij zullen worden uitgediept en tegen het licht gehouden worden voor allerlei vormen van elektronische communicatie, waarvan de meest gebezigde waarschijnlijk wel het 'browsen', oftewel het 'surfen' over Internet zal zijn. Is dit toegestaan, of past dit niet binnen de interpretatie van de voorgestelde uitzondering? In Considerans nr. 23 bij de ontwerp-richtlijn stelt de Commissie eenvoudigweg dat dit wel het geval is. De Commissie geeft echter verder maar weinig houvast voor de uitleg van artikel 5 lid 1. De

12 D.J.G. Visser, Auteursrecht op toegang, VUGA 1997, p. 132.

13 S. Ricketson, The Bern Convention for the protection of literary and artistic works, 1886-1986, p. 423-433.

14 Zie bijvoorbeeld E.J. Arkenbout in IER 95/6 en in AMI 97/4, alsmede D.J.G. Visser in AMI 97/2, alsmede de brief van de minister van Justitie aan de Kamer, waarin zij verslag doet van de WIPO-conferentie d.d. 21 januari 1997, TK 1996-1997, 25154, nr. 31.

15 Blijkens de memorie van toelichting 1912 meende de wetgever dat de wet niet behoeft te bepalen wat onder het begrip openbaarmaking zou moeten worden verstaan. Ten aanzien van iedere soort van letterkundig, wetenschappelijk of kunstwerk geeft het woord zijn natuurlijk begrip duidelijk aan, aldus de MvT.

16 D.J.G. Visser, Auteursrecht op toegang, p. 108-110: Bij de gesignaleerde afbakeningsvragen speelt niet slechts de definitie van de openbaarmakingshandeling een rol, maar uiteraard ook de afbakening van het openbaarheidsbegrip. Alom wordt echter het videocabine-arrest van het Gerechtshof Den Haag d.d. 1-123-1994, AMI 1995, nr. 3, beschouwd als het bewijs dat het Nederlandse openbaarmakingsrecht, althans het openbaarmakingsbegrip, mede omvat de handeling waarbij aan leden van het publiek achtereenvolgens ter plaatse bewegende beelden en geluiden worden getoond (zie ook D.J.G. Visser t.a.p. p. 155 en F.W. Grosheide in noot 12).

Commissie geeft slechts aan dat de uitzondering van artikel 5 lid 1 van groot belang is voor het vrije verkeer van goederen en diensten en dat hij zowel bij on- als off-line producten en diensten moet worden toegepast. In de Toelichting (p. 33, 34) merkt zij voorts op dat het zou gaan om reproductiehandelingen die technisch noodzakelijk zijn, maar die 'op zich geen economische betekenis hebben'. Omgekeerd moeten aldus de Commissie 'uitsluitend die reproductiehandelingen worden beschermd, die op zich economisch belangrijk zijn'. De Commissie noemt dan als voorbeeld van een toegestane uitzondering de 'on-demand video' die in Portugal wordt opgeroepen uit een databank die zich in Duitsland bevindt en die onderweg wel honderd artikel 5 lid 1 verveelvoudigingen moet meemaken om uiteindelijk te kunnen worden bekeken.

### Het recht van mededeling aan het publiek met inbegrip van het recht werken en andere zaken beschikbaar te stellen (artikel 3)

#### Artikel 3 lid 1

*1. De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling aan het publiek van originelen en kopieën van hun werken, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling voor het publiek van hun werken op zodanige wijze, dat deze voor leden van het publiek op de door dezen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.*

Net als het verveelvoudigingsrecht heeft het hier voorgestelde recht een alomvattende pretentie. Het belang van de omschrijving is met name gelegen in het tweede deel van de bepaling waarmee de Commissie beoogt duidelijk te maken dat ook de interactieve exploitatie van een werk (de zogenaamde 'on-demand services') onder het exclusieve verbodsrecht van de auteur valt.

Artikel 3 lid 1 laat de definitie van het begrip 'publiek' (ofwel van het begrip openbaarheid) open. Blijkens de Toelichting (p. 29) zou dit een zaak zijn van nationaal recht. Hoewel dit waarschijnlijk politiek een realistische benadering is, is het openlaten van het begrip publiek vanuit de harmonisatiegedachte en -noodzaak, een tekortkoming. De Nederlandse Auteurswet hanteert ter afgrenzing van het openbaarheidsbegrip het besloten kringcriterium, net zoals de Verenigde Staten en Duitsland.<sup>12</sup> Elk land legt echter de begrenzing van deze kring op een zelf gekozen punt. Ook de Berner Conventie<sup>13</sup> geeft geen definitie van het openbaarheidsbegrip.

Voor het Nederlandse auteursrecht is voorts van belang of ieder beschikbaar stellen van een werk aan het publiek, laat staan het beschikbaar stellen van een werk op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk is, onder het openbaarmakingsrecht

valt. Veelal wordt gezegd dat het nieuwe recht zonder wetswijziging kan worden geschaard onder het algemene openbaarmakingsrecht<sup>14</sup> van artikel 1 jo. 12 Auteurswet. Toch is het goed hier kritisch bij stil te staan. Bedacht moet namelijk worden dat het openbaarmakingsrecht weliswaar in hoge mate abstract en daardoor zo 'prettig flexibel' is. Naarmate men echter verder verwijderd raakt van de 'natuurlijke betekenis'<sup>15</sup>, is er ten behoeve van de rechtszekerheid wel wat voor te zeggen om in artikel 12 toch maar op te nemen dat het beschikbaar stellen van een werk aan het publiek ook zonder dat het werk ter plekke en terstond wordt 'geopenbaard' een openbaarmaking is. Met name wanneer het beschikbaar stellen van het werk niet gepaard gaat met het tonen, op- of uitvoeren van het werk, maar beperkt blijft tot het aanbieden aan het publiek, dan wordt de kwalificatie als openbaarmaking een stuk minder natuurlijk. Het 'loutere aanbieden' kan immers in vele toepassingen plaatsvinden, variërend van de advertentie in de krant of op de website (om maar te zwijgen van de hyperlink), tot de publiek toegankelijke databank of bibliotheek. Wanneer is er nu wel of niet sprake van een auteursrechtelijk relevant 'beschikbaar stellen'? Het blijkt dan dat zelfs in de traditionele, niet elektronische omgeving terzake van zeer alledaagse handelingen soms nog steeds een antwoord ontbreekt op de auteursrechtelijke kwalificatie van deze handelingen. Denk opnieuw aan het aanbieden van een werk voor raadpleging ter plaatse.<sup>16</sup>

#### Artikel 3 lid 2

*2. De lidstaten voorzien ten behoeve van*

- (a) uitvoerende kunstenaars, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitvoeringen,*
- (b) producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen,*
- (c) producenten van de eerste vastleggingen van films, met betrekking tot het origineel en de kopieën van hun films, en*
- (d) omroeporganisaties, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitzendingen, ongeacht of deze uitzendingen al dan niet via de ether plaatsvinden, uitzendingen per kabel of satelliet daaronder begrepen, in het uitsluitende recht deze zaken, per draad of draadloos, op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar te stellen, dat deze voor leden van het publiek op de door dezen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.*

In lid 2 wordt aan de naburig rechthebbenden uitsluitend een verbodsrecht verleend met betrekking tot de interactieve beschikbaarstelling van beschermd materiaal. De Commissie meent dat het potentiële belang van deze wijze van exploitatie dermate groot is voor de naburig rechthebbenden dat zij het niet zonder een expliciet verbodsrecht kunnen stellen. Met het voorgestelde lid 2 gaat de Commissie verder dan de analoge bepalingen (artikel 10

17 D.J.G. Visser, AMI 97/2.

18 Zie J. Corbet, AMI 98/6, p. 94, alsmede de Toelichting p. 30; illustratief is de Resolutie van het Europees Parlement, afgedrukt in AMI 1998, nr. 2, p. 30 t/m 33.

19 Zie Coditel/Ciné Vog I: Hof EG 18 maart 1980 (62/79), NJ 1981, 531 en II: Hof EG 6 oktober 1982 (262/81), BIE 1983, p. 258 Warner Brothers en Metro-nome Video ApS/Christiansen, EvJ 17 mei 1988 (156/86), Jurispr. 1988, p. 2605.

20 T.a.p. artikel 4 van de Softwarerichtlijn (zie noot 9).

21 T.a.p. artikel 5 van de Databankrichtlijn (zie noot 9).

22 Hoge Raad 18 december 1953, NJ 1954, 258.

23 Zie noot 7.

24 T.a.p. artikel 4 van de softwarerichtlijn (zie noot 9).

25 Zie ook NTER 1995, p. 234 e.v.

26 P. 32, aantekening 2 bij artikel 4.

27 De Commissie rechtvaardigt nu haar voorstel ondermeer met de verwijzing naar het feit dat zij reeds in de volgende richtlijnen (Softwarerichtlijn, artikel 4 lid 1 sub c, Leen en Verhuurrichtlijn, artikel 9 lid 2 en Merkenrichtlijn (eerste richtlijn 89/104 EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lid-staten; pb. EG 1 februari 1989, 440/1 artikel 7, lid 1) dit beginsel heeft geïntroduceerd. Daarnaast zou aanvaarding van internationale uitputting de Gemeenschap in een ongelijke concurrentiepositie ten aanzien van het recht van de wereld plaatsen: Toelichting p. 32.

28 De Commissie doet dat uiteraard wel door in de Toelichting op p. 32 bij art. 4 te wijzen op het concurrentienadeel dat de Gemeenschap oploopt jegens derde landen die internationale uitputting ook uitsluiten en/of handelsbarrières opwerpen. Zie voor de strijd die het controversiële opleggen van communautaire en uitsluit-

en 14) van het WIPO-verdrag voor uitvoerend kunstenaars en fonogramproducenten. De kring van naburig rechthebbenden wordt uitgebreid tot omroeporganisaties en filmproducenten. Voorts is het verbodsrecht niet beperkt tot geluidsuitvoeringen, maar heeft het verbodsrecht in het voorstel mede betrekking op audiovisuele werken. Onze Wet op de Naburige Rechten (WNR) zal moeten worden aangepast, omdat deze nog niet voorziet in een expliciet verbodsrecht voor on-demand services.<sup>17</sup> Het wel in de wet opgenomen ruimere openbaarmakingsrecht (vergelijk artikel 2 en 6 WNR), is een verbodsrecht dat voor de betreffende categorieën weer gereduceerd wordt tot het recht op een billijke vergoeding ingevolge artikel 7 WNR. Het uitbreiden van de uitsluitende rechten voor de naburig rechthebbenden tot een verbodsrecht inzake digitale omroep heeft de Commissie, ondanks een kennelijk intensieve lobby van de platenindustrie, niet gewild.<sup>18</sup>

#### Artikel 3 lid 3

*De in de leden 1 en 2 bedoelde rechten worden niet uitgeput door enige handeling, bestaande in een mededeling aan het publiek van een werk of een andere zaak als in lid 2 omschreven, met inbegrip van het aan het publiek beschikbaar stellen daarvan.*

Deze bepaling beoogt blijkens de officiële toelichting slechts de bestaande situatie op communautair niveau te verduidelijken; geen uitputting van het relevante recht dat de betreffende exploitatiehandeling beschermt. Telkens opnieuw is derhalve de mededeling van een werk aan het publiek onderworpen aan het verbodsrecht van de rechthebbende zonder dat dit tot uitputting bij de 'openbaarmaking' van het werk leidt.<sup>19</sup>

### Het distributierecht (artikel 4)

#### Artikel 4 lid 1

*1. De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, elke vorm van distributie onder het publiek van het origineel van hun werken of kopieën daarvan, door verkoop of anderszins, toe te staan of te verbieden.*

Met dit voorstel voor de introductie van een distributierecht geeft de Commissie uitvoering aan artikel 6 van het WIPO-auteursrechtverdrag en breidt zij de harmonisatie van dit recht uit conform de software<sup>20</sup> en de databankrichtlijn.<sup>21</sup> Voor Nederland betekent de introductie inhoudelijk niets nieuws. Het distributierecht werd in het auteursrecht reeds onbetwist gerekend tot het openbaarmakingsrecht sedert het arrest Polak/De Muinck.<sup>22</sup> Ten behoeve van de naburig rechthebbenden was reeds een algemeen distributierecht op communautair niveau geïntroduceerd door artikel 9 van de richtlijn Leen en Verhuur.<sup>23</sup>

#### Artikel 4 lid 2

*2. Het distributierecht in de Gemeenschap op het origineel van hun werken of op kopieën daarvan wordt slechts uitgeput wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsoverdracht van die zaak in de Gemeenschap door de rechthebbende of met diens toestemming wordt verricht.*

Het belang van artikel 4 schuilt in lid 2. Hier introduceert de Commissie voor alle categorieën van auteursrechtelijk beschermde werken het beginsel van de communautaire uitputting. Op het gebied van het auteursrecht was dit beginsel tot nu toe slechts voor softwareproducten geïntroduceerd.<sup>24</sup> In het zogenaamd nog oriënterende Groenboek Auteursrecht 1995 viel al het verlangen van de Commissie tot de introductie van een algemeen geldend communautair uitputtingsprincipe te ontwaren.<sup>25</sup> Harmonisatie wordt in beginsel gerechtvaardigd, omdat er lidstaten zijn (België, Frankrijk, Luxemburg en Portugal) die nog het beginsel van nationale uitputting hanteren.

Binnen de Gemeenschap zijn er echter ook lidstaten, waaronder Nederland, die het beginsel van mondiale (internationale) uitputting hanteren voor rechtmatig door of met toestemming van de auteursrechthebbende in het verkeer gebrachte exemplaren van een werk. Ingevolge de mondiale uitputting kan de verdere verhandeling van een eenmaal rechtmatig in het verkeer gebracht exemplaar (waar ook ter wereld) nergens meer worden tegengehouden. De Commissie meent nu blijkens de Toelichting<sup>26</sup> dat de harmonisatie zover moet gaan dat ook mondiale uitputting niet langer is toegestaan en moet worden vervangen door de communautaire uitputting. Dit verbod tot toepassing van het beginsel van internationale uitputting valt echter niet te rechtvaardigen met het argument dat daarmee belemmeringen voor het vrije verkeer van goederen en/of diensten zouden worden weggenomen.<sup>27</sup> Anderzijds betekent de introductie van het beginsel van communautaire uitputting dat er handelsbarrières worden opgeworpen aan de buitengrenzen van de gemeenschap, met alle voor de consument onaangename prijsopdrijvende effecten van dien.<sup>28</sup> Het argument van de verstoring van de interne markt ligt uiteraard anders wanneer lidstaten zouden kunnen kiezen en elk hun eigen beginselen zouden kunnen toepassen. Het Hof van Justitie oordeelde in de Silhouette-zaak<sup>29</sup> terzake van de Eerste Merkenrichtlijn<sup>30</sup> die eveneens een communautaire uitputtingsbepaling bevat: 'Een situatie waarin sommige lidstaten in internationale uitputting en andere slechts in communautaire uitputting kunnen voorzien, zou immers onvermijdelijk leiden tot belemmeringen van het vrije verkeer van goederen en van de vrije dienstverlening' (r.o. 27). In het Richtlijnvoorstel sluit de Commissie deze keuzemogelijkheid zeer nadrukkelijk uit.<sup>31</sup>

ten van mondiale uitputting heeft losgemaakt E.J. Arkenbout, IER 1998/3 en de aldaar opgenomen literatuurverwijzingen.

29 Silhouette International Schmied GmbH & Co. Kg vs. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH, 16 juli 1998 (zaaknr. C-355/96).

30 Eerste richtlijn betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, Rl. 89/104 EEG, Pb. EG 1 februari 1989, 440/1.

31 Deze constatering heb ik ook opgenomen in mijn bijdrage over de concept-richtlijn en het preadvies van P.B. Hugenoltz, IER 1998/6.

32 Hoge Raad 20 oktober 1995, NJ 1996, 682.

33 Zie voor een analyse van de betekenis van de beperking van het auteursrecht in het multimediale tijdperk, het ITER rapport nr. 10, Samsom Alphen a/d Rijn 1998, van D.J.G. Visser.

34 Zie A.C. Klugkist AMI 98/2, Position paper FOBID noot 47.

## De uitzonderingen (limitatief en facultatief; artikel 5)

In artikel 5 introduceert de Commissie een gesloten stelsel van uitzonderingen op het verveelvoudigings- en het 'openbaar makingsrecht'. Opmerkelijk is dat slechts één uitzondering verplicht wordt voorgeschreven: de hiervoor besproken technisch noodzakelijke verveelvoudiging van artikel 5 lid 1. De overige uitzonderingen zijn facultatief waardoor (bij te verwachten uiteenlopende keuzes) allesbehalve harmonisatie wordt bereikt. De aard van de voorgestelde uitzonderingen (van alles wat) en het gesloten karakter corresponderen voorts niet met het Nederlandse stelsel van uitzonderingen en evenmin met de juist in Nederland met Dior/Evora<sup>32</sup> ingezette ontwikkeling waarbij het gesloten stelsel van uitzonderingen werd opgebroken.

In het voorstel van de Commissie ontbreekt bij de opsomming voorts een 'fair use'-achtige exceptie, zodat men ook kan spreken van een 'hermetisch' gesloten stelsel.

Met dit voorstel zal waarschijnlijk niemand gelukkig zijn. Het wachten is op een goed doordacht en innovatief voorstel voor de toepassing van excepties in het digitale tijdperk.<sup>33</sup> Dit is echter geen kleinigheid. Het spiegelbeeld van de introductie van verbodsrechten bestaat immers uit de reikwijdte van de daarop van toepassing zijnde uitzonderingen. Wanneer men alleen al de taaie strijd in Nederland ziet die zich afspeelt bij welhaast elke uitzondering (denk aan de knipselkrant en het reprorecht), dan kon men hier wel eens op de kern van de harmonisatieproblematiek van een internationaal auteursrecht stuiten.

Naar aanleiding van de toelichting door de Commissie bij de verschillende uitzonderingen kan nog het volgende worden opgemerkt.

### Artikel 5 lid 2

2. De lidstaten kunnen beperkingen op het in artikel 2 bedoelde uitsluitende reproductierecht stellen ten aanzien van:

(a) de reproductie op papier of een soortgelijke drager met behulp van een fotografische techniek of een andere werkwijze die een gelijkwaardig resultaat oplevert;

(b) de reproductie op een geluidsdrager, beelddrager of audiovisuele drager door een natuurlijke persoon voor privé-gebruik en zonder commercieel oogmerk;

(c) in welbepaalde gevallen, de reproductie, niet gericht op direct of indirect economisch of commercieel voordeel, door voor het publiek toegankelijke instellingen.

### Ad. a (reprorecht)

Het voorgestelde reprorecht heeft uitsluitend betrekking op technieken die resulteren in een papieren kopie. Geen voorstel wordt gedaan voor het hanteren van een bepaald vergoedingsstelsel.

### Ad. b (thuis kopie)

Ook hier wordt door de Commissie niet alleen de uitzondering zelf, maar ook het hanteren van een vergoedingsstelsel aan de lidstaten overgelaten. Een onderscheid tussen analoge en digitaal kopiëren wordt niet gemaakt.

### Ad. c (openbare instellingen)

Deze bepaling zet de deur open voor een bibliotheekexceptie, zij het dat voor alle duidelijkheid erop moet worden gewezen dat deze bepaling slechts spreekt van *bepaalde vormen van* verveelvoudiging. Welke die 'bepaalde vormen' zijn verduidelijkt de Commissie niet echt. Zelf noemt zij in de Toelichting (p. 36) het voorbeeld van het kopiëren van 'werken die niet meer op de markt verkrijgbaar zijn'. Het bibliotheekwezen zelf zal deze invulling stellig niet ver genoeg gaan. De bibliotheken hebben herhaaldelijk duidelijk gemaakt zowel op het reproductierecht als op het openbaar makingsrecht een zodanige uitzondering nodig te hebben dat zij hun maatschappelijke functie (informatie, documentatie en doorgifte) naar behoren kunnen uitoefenen.<sup>34</sup> Zij willen bijvoorbeeld niet beperkt worden in de mogelijkheid om niet slechts niet meer verkrijgbare, maar ook een kopie van niet bij de betreffende bibliotheek verkrijgbare werken via digitale transmissie bij de gebruiker te brengen. De Commissie merkt in de Toelichting (p. 36) echter uitdrukkelijk op dat deze uitzondering geen betrekking heeft op het recht tot mededeling aan het publiek, waarschijnlijk slechts om duidelijk te maken dat het niet de bedoeling is dat bibliotheken een ongerechtvaardigd voordeel zouden genieten bij het uitoefenen van commercieel concurrerende diensten, zoals de on-line document delivery. In de considerans van de richtlijn (nr. 28) wordt dit ook met zoveel woorden door de Commissie bevestigd.

### Artikel 5 lid 3

De lidstaten kunnen beperkingen op de in de artikelen 2 en 3 bedoelde rechten stellen ten aanzien van:

(a) het gebruik uitsluitend als toelichting bij het onderwijs of ten behoeve van het wetenschappelijk onderzoek, mits de bron wordt vermeld en voorzover het gebruik door het beoogde, niet-commerciële doel wordt gerechtvaardigd;

(b) het gebruik ten behoeve van visueel gehandicapten of gehoorgestoorde personen, mits het direct met de handicap verband houdt en van niet-commerciële aard is en voorzover het wegens de betrokken handicap noodzakelijk is;

(c) het gebruik van uittreksels in verband met de verslaggeving over actuele gebeurtenissen, mits de bron wordt vermeld en voorzover het gebruik uit een oogpunt van voorlichting gerechtvaardigd is;

(d) het citeren ten behoeve van kritieken en recensies en voor soortgelijke doeleinden, mits het werken of andere zaken betreft die reeds op geoorloofde wijze voor

*het publiek toegankelijk zijn gemaakt, mits de bron wordt vermeld, mits het citeren met de goede gebruiken verenigbaar is en voorzover het door het bijzondere doel wordt gerechtvaardigd;*

*(e) het gebruik ten behoeve van de openbare veiligheid of ten behoeve van het goede verloop van een administratieve of gerechtelijke procedure.*

Op de beperkingen die zijn opgesomd in lid 3 gaat de Commissie in de Toelichting slechts zeer kort in. Over uitzondering sub b tot en met e merkt zij op dat deze aandacht ook niet nodig is nu deze beperkingen economisch minder belangrijk zijn. Voorts merkt de Commissie op dat de opsomming moet worden gezien als het vaststellen van een aantal als minimumnorm te beschouwen toepassingsvoorwaarden. Hoe dit moet worden gerijmd met de geslotenheid van het stelsel van uitzonderingen is nu de vraag. Betekent dit dat de betreffende formuleringen mogen worden uitgebreid en aangescherpt, of zijn er zelfs nieuwe uitzonderingen mogelijk? Al met al lijkt de Commissie geen vat te krijgen op dit onderwerp.

#### *Artikel 5 lid 4*

*4. De in de leden 1, 2 en 3 bedoelde uitzonderingen en beperkingen mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast en mogen niet op zodanige wijze worden uitgelegd, dat de toepassing ervan ertoe leidt dat de wettige belangen van de rechthebbenden op ongerechtvaardigde wijze worden geschaad of dat afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van hun werken of andere zaken.*

In aansluiting op artikel 9 lid 2 van de Berner Conventie en artikel 13 TRIPS en artikel 10 WIPO-auteursrecht en 16 WIPO-naburige rechten, introduceert de Commissie een drietrapstoets die alle hiervoor genoemde uitzonderingen moet kunnen doorstaan, willen zij mogen worden toegepast. De uitzonderingen mogen (1) uitsluitend in bijzondere gevallen gelden en niet op zodanige wijze worden uitgelegd dat (2) toepassing de wettige belangen van rechthebbenden ongerechtvaardigd schaadt, en tot besluit, (3) afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van de beschermde werken.

#### **Instandhouding technische beschermingsvoorzieningen en vermindering verwijdering elektronische identificatiesystemen (artikel 6 en 7)**

Deze bepalingen sluiten aan bij de artikelen 11 en 12 van WIPO-auteursrecht en 18 en 19 WIPO-naburige rechten. Evenals bij de totstandkoming van de WIPO-verdragen schijnt op dit punt fel te zijn gestreden tussen de hardware- en de software-industrie. Dit heeft voor artikel 6 enerzijds geresulteerd in een uitbreiding van de verboden handelingen van het enkele onwerkzaam maken (het 'kra-

ken') tot alle activiteiten die verboden praktijken mogelijk maken of vergemakkelijken, zoals het produceren en verhandelen van kraakapparatuur (artikel 6). Anderzijds wordt de werking beperkt tot die activiteiten die buiten het onwerkzaam maken van de technologische beschermingsvoorzieningen slechts een beperkt commercieel nut hebben. Artikel 7 verbiedt vervolgens de verspreiding en/of uitzending van 'gekraakte' kopieën en/of werken.<sup>35</sup>

#### **Slot**

Met name de razendsnelle wereldwijde verplaatsing van beschermd werk via het Internet noopt tot een globale harmonisatie van het auteursrecht. Op grond van de feitelijke exploitatiemogelijkheden zou men willen dat deze globale harmonisatie reeds een feit was. De praktische moeilijkheid vanwege de grote belangentegenstellingen en internationale verschillen is echter veel te groot om deze snelle harmonisatie te realiseren. De twee gerechten die tot nu toe in de snelkookpan van het internationale auteursrecht zijn bereid, de WIPO-verdragen en het onderhavige voorstel, zijn dan ook nog niet gaar. Regel en uitzondering zijn communicerende vaten. De ferme introductie van veelomvattende verbodsrechten die gepaard gaat met het uit de weg gaan van de werkelijke knelpunten zoals de definitie van het publiek (het openbaarheidsbegrip) en een duidelijke afbakening van de inhoud en reikwijdte van de toepasselijke uitzonderingen, laat staan de niet in het voorstel geregelde onderwerpen als aansprakelijkheid en IPR bewijst dat er nog een lange weg te gaan is.