



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Recht op eigen taart: Bescherming van perspublicaties met betrekking tot digitale toepassingen

Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (2017). Recht op eigen taart: Bescherming van perspublicaties met betrekking tot digitale toepassingen. *Ami: Tijdschrift Voor Auteurs-, Media- En Informatierecht*, 2016/2017(6/2016-1/2017), 24-29. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/50101>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/50101>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Recht op eigen taart

D.J.G. Visser

Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar IE in Leiden en advocaat in Amsterdam.

Bescherming van perspublicaties met betrekking tot digitale toepassingen

De Europese Commissie stelt voor om een nieuw naburig recht te introduceren voor uitgevers van perspublicaties. In deze bijdrage wordt dat voorstel kritisch besproken en wordt gekeken wat de ervaringen zijn met andere naburige rechten.

Inleiding

“Een vrije en pluralistische pers is van essentieel belang voor de kwaliteit van de journalistiek en de toegang van burgers tot informatie. Zij levert een fundamentele bijdrage tot het publieke debat en de goede werking van een democratische samenleving.”¹

Dat klopt. En dagbladuitgevers hebben het moeilijk. Er staat veel nieuws gratis op internet. Het is moeilijk geld te verdienen met gratis nieuws op internet. Hyperlinken maakt het mogelijk toegang te bieden tot nieuws van derden. Mensen zijn niet erg bereid om te betalen voor ‘kaal’ digitaal nieuws. Voor duiding en achtergronden is men misschien wel bereid om te (gaan) betalen, als de betaling maar gemakkelijk genoeg is.

Op 14 september 2016 heeft de Europese Commissie een voorstel bekend gemaakt voor ‘een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt’.² In artikel 11 van die richtlijn is een voorstel opgenomen voor een nieuw naburig uitgeversrecht voor perspublicaties. Dit voorstel is geïnspireerd op het in Duistland sinds 2013 bestaande en aldaar zeer omstreden Leistungsschutzrecht für Presseverleger,³ maar wijkt daar op veel punten van af.

In deze bijdrage wordt de reikwijdte van het voorgestelde recht kritisch besproken, wordt gezien wat uitgevers er aan hebben en wat in de praktijk de functie is van de andere naburige rechten die in de loop der jaren zijn geïntroduceerd. Wie heeft er recht op een stuk van de taart? Komt er meer taart? Wordt de taart anders verdeeld?

Voorwerp van bescherming

De titel van het nieuwe recht is: ‘Bescherming van perspublicaties met betrekking tot digitale toepassingen’. Letterlijk genomen is het eerste probleem duidelijk: moeten producten van de drukpers beschermd worden tegen digitale toepassingen? In een eerder uitgelekt voorstel ging het om ‘nieuwspublicaties’. Dat was enerzijds een betere titel. Het gaat om nieuwsuitgevers. Anderzijds kleefte aan de aanduiding ‘nieuws’ het nadeel dat de gepretendeerde kwaliteit van journalistiek er niet mee tot uitdrukking wordt gebracht. Met de term ‘pers’ wordt niet de drukpers bedoeld, maar de vrije, pluralistische kwaliteitsjournalistiek. Zie de boven geciteerde overweging 31.

‘Perspublicaties’ omvat alleen ‘journalistieke publicaties, uitgegeven door een dienstenaanbieder, die in welke media dan ook periodiek of regelmatig worden bijgewerkt, met de bedoeling te informeren of te vermaken. Dergelijke publicaties omvatten bijvoorbeeld dag-, week- of maandbladen met een algemene of specifieke inhoud en websites voor nieuws. Periodieke publicaties die voor wetenschappelijk of academische doeleinden worden uitgegeven, zoals wetenschappelijke bladen, mogen niet vallen onder de bescherming die krachtens deze richtlijn aan perspublicaties wordt verleend.’ (ov. 33).

Het kwaliteitselement zit in het woord ‘journalistiek’. Het verdient bescherming omdat het ‘journalistiek’ is. Wat dat precies is, wordt niet gedefinieerd. In het Duitse voorbeeld wordt gesproken van ‘Artikel und Abbildungen, die der Informationsvermittlung, Meinungsbildung oder Unterhaltung dienen’. Het lijkt er op dat het alleen gaat om tekst

1 Ov. 31 bij het in de volgende noot genoemde richtlijn voorstel.

2 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt- COM(2016)593 (‘DSM-richtlijn’).

3 Art. 87f UrhG. Ten aanzien van de discussie in Duitsland zie M. Stieper, ‘Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger nach dem Regierungs-

entwurf zum 7. UrhRÄndG’, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 2013, 10; K.N. Peifer, ‘Leistungsschutzrecht für Presseverleger – „Zombie im Paragrafen-Dschungel“ oder Retter in der Not?’, *GRUR* 2013, 149; J. Ensthaler/H. Blanz, ‘Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Notwendiger Schutz von Presseverlagen im Internet oder systemwidriger Eingriff in die Informationsfreiheit?’, *GRUR* 2012, 1104.

en (stilstaand) beeld, met name foto's. Dit is ook aannemelijk omdat er voor geluid en bewegend beeld al verschillende andere naburige rechten bestaan (het recht van de fonogrammenproducenten, het recht van de eerste vastleggingen van films en het recht van de omroeporganisatie). Ook de aanduidingen 'publicatie' en 'uitgever' wijzen in die richting. Het gaat dus om nieuwsteksten, nieuwsfoto's en ander stilstaand beeld zoals infographics, spotprenten, strips en andere tekeningen.

Inhoud van het recht

*“De lidstaten verlenen uitgevers van perspublicaties de in artikel 2 en artikel 3 lid 2 van [de Auteursrecht] Richtlijn 2001/29/EG bedoelde rechten voor het digitale gebruik van hun perspublicaties”.*⁴

Het voorgestelde recht omvat dus het reproductierecht en het recht van 'mededeling aan het publiek' in de variant van (online) 'beschikbaarstelling voor het publiek'⁵ en alle beperkingen van de Auteursrecht-richtlijn en de Verweesde werken richtlijn zijn er op van toepassing.⁶ Inhoudelijk is het voorgestelde recht dus identiek aan het auteursrecht, zij het dat het tot digitaal gebruik beperkt is. Het is niet ruimer en het is niet beperkter.

(Onjuiste) Omschrijving van het probleem

“Bij de overgang van de drukpers naar de digitale media worden persuitgevers geconfronteerd met problemen om licenties te verlenen voor onlinegebruik van hun publicaties en daarbij hun investeringen terug te verdienen. Aangezien uitgevers van perspublicaties niet als rechthebbenden worden erkend, is het verlenen en het handhaven van licenties in de digitale omgeving vaak complex en inefficiënt” (ov. 31).

Deze omschrijving van het probleem is onjuist. Er is minder vraag naar betaald nieuws op internet, omdat er zoveel gratis nieuws op internet is. De enige manier om geld te verdienen aan gratis nieuws op internet is als er reclame om heen staat en er zoveel mogelijk bezoekers op af komen. Om zoveel mogelijk bezoekers te krijgen moet er veel naar worden gehyperlinkt en moet het optimaal vindbaar zijn via zoekmachines. En dan nog valt er in de meeste gevallen veel minder geld mee te verdienen dan twintig jaar geleden met betaalde papieren kranten.

Het gaat dus niet om 'problemen om licenties te verlenen voor onlinegebruik van hun publicaties', maar om het feit dat consumenten niet of veel minder voor nieuws willen

betalen. In zijn algemeenheid onjuist is de stelling dat 'het verlenen en het handhaven van licenties in de digitale omgeving' een probleem is ('complex en inefficiënt') *omdat* 'uitgevers van perspublicaties niet als rechthebbenden worden erkend'. Dat is zeker niet de kern van het probleem. Uitgevers hebben prima contracten met al hun werknemers en freelancers, schrijvers en fotografen, waardoor zij kunnen beschikken over alle auteursrechten die zij nodig hebben en alle licenties kunnen afsluiten die afgesloten kunnen worden.

Het voordeel van een eigen recht is wel dat in concrete gevallen de *chain of title* niet bewezen hoeft te worden wanneer tegen inbreuk wordt opgetreden. Dit voordeel rechtvaardigt m.i. op zich echter niet de invoering van een eigen recht. Uitgevers beschikken al over databankrechten waardoor zij 'hergebruik' kunnen verbieden, waarover straks meer.

Hyperlinken

Allereerst is van belang dat momenteel op basis van het auteursrecht hyperlinken naar openbare (niet-wachtwoord- of betaalmuur-beveiligde) websites met legaal aanbod niet kan worden verboden. Dat heeft het HvJ EU beslist in zijn *Svensson*-arrest⁷ en bevestigd in zijn *Bestwater*-beschikking⁸ en zijn *GS Media*-arrest⁹, zelfs als het *framed* gebeurt. Dat laatste blijft overigens een zeer aanvechtbare beslissing. Hyperlinken naar legale bron vormt in beginsel geen mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 Auteursrecht-richtlijn. Er is bij hyperlinken ook geen sprake van een reproductie in de zin van art. 2 Auteursrecht-richtlijn en dat zijn wel de enige twee rechten die het voorgestelde nieuwe recht omvat. Aan het slot van overweging 33 wordt nog eens benadrukt: *“Deze bescherming strekt zich niet uit tot handelingen van hyperlinking die geen mededeling aan het publiek vormen.”* Weliswaar is verzet wel mogelijk tegen handelingen van hyperlinking die wél een openbaarmaking opleveren, maar dat geldt alleen voor links naar illegale bronnen of bronnen achter een betaalmuur en die kunnen op basis van het auteursrecht al worden verboden. Bij nieuws gaat het nu juist om legale bronnen.

Tekst bij hyperlinks

Het gaat in de Duitse praktijk om de mogelijkheid begeleidende tekst bij hyperlinks te verbieden. Vermoedelijk is het de bedoeling dat het onder het door de Commissie voorgestelde recht ook zo zal werken. In Nederland wordt soms wel aangenomen dat overgenomen tekstfragmenten bij hyperlinks die een indicatie geven van waar de hyperlink

4 Art. 11 lid 1 DSM-richtlijn.

5 '[D]e beschikbaarstelling voor het publiek, per draad of draadloos, op zodanige wijze dat de leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en t d e r toegang toe hebben, toe te staan of te verbieden', art. 3 lid 2 Arl.

6 Art. 11 lid 3 DSM-richtlijn: 'De artikelen 5 tot en met 8 van Richtlijn 2001/29/EG en Richtlijn 2012/28/EU zijn van overeenkomstige toepas-

sing op de in lid 1 bedoelde rechten'.

7 HvJ EU 13 februari 2014, C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 (*Svensson/Retriever*).

8 HvJ EU 21 oktober 2014, C-348/13, ECLI:EU:C:2014:2315 (*BestWater*).

9 HvJ EU 8 september 2016, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:221 (*GS Media*).

naartoe leidt, onder het citaatrecht vallen.¹⁰ Maar De Zwaan heeft overtuigend aangetoond dat deze interpretatie wel erg veel af staat van de traditionele betekenis van citaatrecht met zijn context vereiste.¹¹ Het is daarom zeer de vraag of een dergelijke interpretatie Auteursrecht-richtlijn-conform is. In Duitsland zijn het juist deze tekstfragmenten die onder het uitgeversrecht vallen, voor zover ze meer dan zeven woorden bevatten.¹² Thans wordt door de Commissie voorgesteld dat alle beperkingen die voor het auteursrecht gelden, ook voor het nieuwe uitgeversrecht moeten gelden.¹³ Het Hof van Justitie van de EU heeft zich nog niet uitgesproken over de toepasselijkheid van het citaatrecht op omschrijvingen bij hyperlinks. Als teksten bij hyperlinks inderdaad onder het citaatrecht vallen, is het nu voorgestelde uitgeversrecht ook op dit punt een lege dop. Is dat niet het geval, dan kunnen uitgevers zich nu al effectief op het auteursrecht beroepen. Dit is misschien een mogelijkheid voor uitgevers om op te treden tegen al te parasitair gebruik van korte teksten bij hyperlinks.

Sommige websites eten wel erg veel taart van andermans taart zonder er iets voor te doen.

Dedicated zoekmachines

Uitgevers hebben waarschijnlijk het recht om op grond van het databankenrecht bezwaar te maken tegen *dedicated search engines* en websites die daar sterk op lijken. Dit volgt uit het *Innoweb/Wegener*-arrest van het Hof van Justitie van de EU ook wel bekend onder de naam van de betrokken website: *gaspedaal.nl*.¹⁴ Het Hof heeft in dat arrest geoordeeld dat er in dat soort gevallen sprake is van 'hergebruik'. Het is niet zeker dat het Hof in iets afwijkende gevallen tot hetzelfde oordeel komt, maar de kans daarop is wel aanwezig. Een *dedicated* nieuwssite zonder eigen nieuws, maar met uitsluitend links naar een beperkt aantal andere nieuwssites is in hoge mate parasitair. Over *gaspedaal* oordeelt het Hof EU:

“Bovendien is de relevante activiteit van de exploitant van een dedicated metazoekmachine als die in het hoofdingeding, te weten het online op internet plaatsen van die metazoekmachine, vergelijkbaar met de in punt 42 van de considerans van richtlijn 96/9 bedoelde fabricage van een parasiterend concurrerend product, zonder dat echter de gegevens van de betrokken databank worden ge-

kopieerd. Gelet op de geboden zoekmogelijkheden lijkt een dergelijke dedicated metazoekmachine immers op een databank, zonder evenwel zelf over gegevens te beschikken. (onderstreept toegevoegd)”

Van een *dedicated* nieuwssite zonder eigen nieuws kan hetzelfde gezegd worden. Mogelijk durven uitgevers ook die zoekmachines mogelijk niet aan te pakken. Misschien hebben ze ook die traffic nodig.

Ervaring Duitsland

In Duitsland is het *Leistungsschutzrecht* vormgegeven als een algemeen naburig verbodsrecht op persuitgaven, zoals blijkt uit de eerste zin van para. 87f UrhG lid 1:

“Der Hersteller eines Presseerzeugnisses (Presseverleger) hat das ausschließliche Recht, das Presseerzeugnis oder Teile hiervon zu gewerblichen Zwecken öffentlich zugänglich zu machen, es sei denn, es handelt sich um einzelne Wörter oder kleinste Textausschnitte.”

Maar uit de eerste zin para. 87g lid 4 blijkt dat dat recht alleen kan worden ingeroepen tegen commerciële zoekmachines en content aggregators:

“Zulässig ist die öffentliche Zugänglichmachung von Presseerzeugnissen oder Teilen hiervon, soweit sie nicht durch gewerbliche Anbieter von Suchmaschinen oder gewerbliche Anbieter von Diensten erfolgt, die Inhalte entsprechend aufbereiten.”

De focus op Google en met name Google News was en is overduidelijk.

De ervaring in Duitsland leert dat uitgevers het zich niet kunnen permitteren om het auteursrecht, het databankenrecht of het daar bestaande uitgeversrecht in te roepen tegen Google, omdat zij het internetverkeer dat Google-links opleveren niet kunnen missen.¹⁵ In Duitsland hebben veel uitgevers hun uitgeversrechten overgedragen aan een collectieve belangenorganisatie genaamd VG Media.¹⁶ Nadat Google gedreigd had geen beschrijvende teksten meer bij de zoekresultaten met hyperlinks op te nemen, heeft VG Media aan Google een gratis licentie verleend. De uitgevers hebben vervolgens bij het Landgericht Berlijn een vordering

¹⁰ Hof Arnhem 4 juli 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY0089 (*Zoekallemhuizen.nl*). In navolging van die zaak werd in een andere zaak gevorderd fragmenten bij hyperlinks van meer dan 155 tekens te verbieden. Dat verbod werd toegewezen. V.zr. Rb. Alkmaar 7 augustus 2007, ECLI:NL:RBALK:2007:BB1207 (*Stichting Baas In Eigen Huis / Plazacasa B.V.; Jaap.nl*). Sindsdien geldt 155 tekens als vuistregel, in ieder geval bij dat soort onroerend goed zoekmachines.

¹¹ M.R. de Zwaan, 'Ruimte in het citaatrecht in Europa? Zoekmachine vindt niets bij 'search naar flexibilities', AMI 2012/4, p. 141-148.

¹² Schiedsstelle DPMA Einigungsvorschlag 24 september 2015: "Die Schiedsstelle schlägt eine feste Obergrenze von sieben Wörtern unter Ausschluss der Suchbegriffe vor". [https://www.dpma.de/service/dasdpmainformiert/hinweise/tarifpresse-](https://www.dpma.de/service/dasdpmainformiert/hinweise/tarifpresse-verleger/index.html)

[verleger/index.html](https://www.dpma.de/service/dasdpmainformiert/hinweise/tarifpresse-verleger/index.html)

¹³ Zie artikel 11 lid 3: "De artikelen 5 tot en met 8 van Richtlijn 2001/29/EG en Richtlijn 2012/28/EU zijn van overeenkomstige toepassing op de in lid 1 bedoelde rechten".

¹⁴ HvJ EU 19 december 2013, C-202/12, ECLI:EU:C:2013:850 (*Innoweb/Wegener; Gaspedaal.nl*).

¹⁵ Vgl. Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (Bitkom), 'Ancillary Copyright for Publishers - Taking Stock in Germany', Berlin: Bitkom 2015, verkrijgbaar op <<https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Ancillary-Copyright-for-Publishers-Taking-Stock-in-Germany.html>>

¹⁶ www.vg-media.de

ingesteld tegen Google wegens misbruik van machtspositie door de gratis licentie af te dwingen onder dreiging van het weghalen van de beschrijvingen. Die vordering is afgewezen. Het Landgericht was van mening dat zoekmachines een nuttige en evenwichtige maatschappelijke functie vervullen.¹⁷ Ze maken websites beter vindbaar en daarmee beter toegankelijk, zijn gratis voor iedereen en verdienen geld uit reclame-inkomsten. De meeste websites willen graag via de zoekmachines gevonden worden en maken geen gebruik van de mogelijkheid om niet door hen geïndexeerd te worden (door een robot.txt-bestand). Het vragen van een vergoeding voor iets dat de uitgevers zelf voordeel oplevert, namelijk meer internetverkeer en daardoor meer inkomsten, behoeft Google niet te accepteren:

“Die Suchmaschine erweist sich insgesamt als Kombination von Leistungs- und Geldströmen sowie Erbringung geldwerter Leistungen für alle Beteiligten und entspricht damit für diese einer Win-Win-Situation. Dieses ausbalancierte System wird durch das Leistungsschutzrecht aus dem Gleichgewicht gebracht, in dem die Presseverleger nunmehr verlangen, dass die Beklagte als Betreiberin der Suchmaschine etwas vergütet, was dies im wirtschaftlichen Interesse auch der Webseitenbetreiber erbringt. Es begegnet deshalb keinen Bedenken, wenn die Beklagte bemüht ist, an ihrem ursprünglichen Geschäftsmodell, das auf einer Unentgeltlichkeit für die Darstellung der Suchergebnisse beruht, festzuhalten und erforderlichenfalls bei denjenigen, die Rechte geltend machen, anfragt ob sie mit einer Nutzung einverstanden sind oder verneinendenfalls die entsprechende Nutzung einstellt.”

Het Landgericht Berlijn oordeelt dat het hebben van een IE-recht je nog niet de macht geeft om ook af te dwingen dat een andere partij (Google) een betaalde licentie afneemt. Er is kortom geen afnameplicht. Google mag er dus voor kiezen om sites niet te indexeren van uitgevers die geen (gratis) toestemming geven. Er is hoger beroep ingesteld door de uitgevers. Enkele kleine zoekmachines zouden wel aan VG Media betalen. Er is geen taart van betekenis bij gekomen.

Ervaring in Spanje

In Spanje bestaat sinds 2014 een vergoedingsaanspraak voor nieuwsuitgevers in de vorm van een aan het citaatrecht toegevoegde beperking op het auteursrecht ten gunste van ‘content aggregators’ (*prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos*), met een verplicht collectief te incasseren billijke vergoeding.¹⁸ De eerste volzin van artikel 32 lid 2 van de betreffende wet luidt:

“The making available to the public by providers of digital services content aggregation, of non-significant fragments of content, available in periodical publications or available in periodically updated websites and which have an informative purpose, of creation of public opinion or of entertainment, will not require any authorization, without prejudice to the right of the publisher or, if applicable, of other rights owners, to receive an equitable compensation. This right will be unwaivable and will be effective through collective management organizations of intellectual property rights.”¹⁹

Blijkens de laatste zin van de bepaling geldt de vergoedingsaanspraak niet ten opzichte van zoekmachines (*instrumentos de búsqueda*) maar dus alleen voor ‘aggregators’.²⁰ In reactie is Google in december 2014 gestopt met googlenews.es. De relevante collectieve belangenorganisatie CEDRO,²¹ noch enig ander CBO incasseert iets op basis van de bewuste bepaling. Er wordt niets betaald. Nieuws is te vinden via de gewone zoekmachines. Er is misschien in Spanje nu wat minder taart.²²

Vergoedingsaanspraak

In feite willen de uitgevers een eigen vergoedingsaanspraak. De traditionele gedachte is dat een verbodsrecht het beste middel is om een vergoeding af te dwingen. Maar de ervaring leert dat een verbodsrecht alleen werkt als de partij die handeling pleegt die verboden kan worden niet het alternatief heeft om gewoon te stoppen met wat hij doet, of de handelingen te verplaatsen naar een andere bron.

17 Landgericht Berlin 19 februari 2016, 92 O 5/14 Kart (Krantenuitgevers/Google).

18 Vgl. R. Xalabarder, ‘The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government – Its Compliance With International and EU Law’, Working Paper Series, Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya 2014, 1-40. <http://journals.uoc.edu/index.php/in3-working-paper-series/article/view/2379>

19 Vertaling in het Engels gebaseerd op de vertaling van Rachel Xalabarder in haar powerpoint tijdens het IVIR-congres op 23 april 2016 over nieuwsbescherming. Spaanse tekst: “La puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, no requerirá autorización, sin perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa. Este derecho será irrenunciable y se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de

propiedad intelectual”.

20 “Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios que faciliten instrumentos de *búsqueda* de palabras aisladas incluidas en los contenidos referidos en el párrafo anterior no estará sujeta a autorización ni compensación equitativa siempre que tal puesta a disposición del público se produzca sin finalidad comercial propia y se realice estrictamente circunscrita a lo imprescindible para ofrecer resultados de búsqueda en respuesta a consultas previamente formuladas por un usuario al buscador y siempre que la puesta a disposición del público incluya un enlace a la página de origen de los contenidos”.

21 “A non-profit association of authors and publishers of books, magazines, journals, newspapers and sheet music, published in any format”.

22 Vgl. NERA Economic Consulting, ‘Impacto del Nuevo Artículo 32.2 de la Ley de Propiedad Intelectual - Informe para la Asociación Española de Editoriales de Publicaciones Periódicas (AEEPP)’, NERA 2015, verkrijgbaar op <http://www.aepp.com/noticia/2272/actividades/informe-economico-del-impacto-del-nuevo-articulo-32.2-de-la-lpi-nera-para-la-aepp.html>.

Een verbodsrecht is alleen effectief in combinatie met een onderhandelingspositie. Maar hetzelfde geldt voor een vergoedingsaanspraak. Zie het voorbeeld van Spanje. Als de aanbieder besluit er mee te stoppen is er geen vergoeding verschuldigd.

Ervaring met andere naburige rechten

De vergelijking met andere naburige rechten dringt zich op. In 1993 kregen uitvoerende kunstenaars een naburig recht. In de parlementaire geschiedenis werd gejuicht over het feit dat uitvoerende kunstenaars daardoor eindelijk een fatsoenlijke boterham zouden kunnen gaan verdienen. Eén ding is zeker: het naburige verbodsrecht heeft de uitvoerende kunstenaars als zodanig niks opgeleverd. Uitvoerende kunstenaars hebben een bepaalde onderhandelingspositie op grond waarvan zij in de contracten met de producenten een bepaalde vergoeding kunnen bedingen. Daar heeft de introductie van een verbodsrecht niets aan veranderd.

Wat de uitvoerende kunstenaars wél iets heeft opgeleverd zijn de collectieve vergoedingsaanspraken via Sena en Stichting De ThuisKopie.²³ De heffingen hebben extra geld opgeleverd, zij het in de ogen van veel uitvoerend kunstenaars niet genoeg. Dat komt omdat dit een heffing is op onvermijdbare handelingen: uitzenden en laten horen van muziek en het privé-kopiëren vielen al onder een auteursrechtelijke 'heffing'. Er kwam een extra heffing bij. En dus extra taart voor de nieuwe naburige rechthebbenden. Dit ging uiteraard ten koste van iemand anders taart, die van de omroep en de andere muziekgebruikers en uiteindelijk van de consument. De taart moet immers ergens vandaan komen.

Dat deze vergoedingsaanspraken het belangrijkste zijn dat 23 jaar naburige rechten heeft opgeleverd, blijkt ook uit de rechtspraak. Het overgrote deel van de rechtspraak over naburige rechten gaat over Sena- of ThuisKopie-aanspraken.

Nog relevanter voor de persuitgevers is de vergelijking met het naburige recht van de omroeporganisatie. Dat recht heeft de omroep zeer weinig opgeleverd. Het verbodsrecht voegt weinig toe aan de auteursrechten die een omroep al op een groot deel van zijn uitzendingen heeft of op grond van een licentie kan handhaven. De onderhandelingspositie met de kabelexploitant bepaalt uiteindelijk of de omroep een vergoeding krijgt of zelfs moet betalen om op de kabel te mogen. Ten tijde van de opkomst van com-

merciële televisie in de jaren negentig was het de omroep die de facto aan de kabel moest betalen om er op te mogen. De commerciële omroep moest de betalingsplicht aan de (collectieve) rechthebbenden op zich nemen voor de kabeldoorgifte. Als de onderhandelingspositie verandert kan ook de geldstroom en de richting ervan veranderen. Inmiddels ontvangen sommige commerciële omroepen een vergoeding van de kabelexploitanten, maar dat komt niet doordat ze een naburig recht hebben. Het enige dat het naburige recht de omroepen heeft opgeleverd is het meedelen in de ThuisKopie-inkomsten. Dat levert hen niet veel op, zij kregen nauwelijks eigen taart.

De platenproducenten hebben ook een naburig recht. Dat levert hen een aanspraak van 50% op in de Sena-vergoeding, evenals een aandeel in de ThuisKopie-vergoeding. Ook filmproducenten hebben al weer geruime tijd een eigen naburig recht. Als verbodsrecht voegt dat helemaal niets toe aan het verbodsrecht dat zij op grond van het auteursrecht al hebben. Maar het geeft hen wel een eigen plek aan de tafel bij de verdeling van de ThuisKopie-vergoedingstaart én bij de verdeling van de taart van de kabelvergoedingen.

Luksan, Reprobel en VG Wort

Sinds het *Luksan*-arrest²⁴ kunnen filmproducenten geen aanspraak meer maken op ThuisKopie-vergoeding op grond van het auteursrecht. Maar dat kunnen ze nog wel op grond van hun naburig recht. Zij hebben een eigen recht op taart.

Het *Reprobel*-arrest²⁵ verbiedt het op grond van de wet laten meedelen van uitgevers in de auteursrechtelijke fotokopieerheffing. In Duitsland ging het Bundesgerichtshof in zijn *VG Wort* arrest nog een paar stappen verder.²⁶ Daarmee dreigen uitgevers belangrijke stukken taart kwijt te raken.

België heeft inmiddels halsoverkop een naburig recht voor alle uitgevers gecreëerd om hen toch te laten meedelen in die heffingstaart.²⁷ In Duitsland lijkt men iets vergelijkbaars van plan.²⁸ De Europese Commissie stelt hetzelfde voor in haar concept-DSM-richtlijn. Die 'reparatie' heeft alleen betrekking op het reproductierecht. Maar bij het leenrecht kan hetzelfde gaan spelen en bij de ThuisKopie, en in het algemeen bij de muziekuitgeverij.

Dat laatste blijkt uit het vonnis van het Kammergericht²⁹

23 Die zijn (indirect) natuurlijk wel gebaseerd op de onderliggende verbodsrechten, maar ze ontleen hun betekenis aan de wettelijk verplichte collectieve uitoefening die ze ook zouden hebben als het 'slechts' vergoedingsaanspraken waren.

24 HvJ EU 9 februari 2012, C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65, (*Luksan/Van der Let*).

25 HvJ EU 12 november 2015, C-572/13, ECLI:EU:C:2015:750, (*Hewlett-Packard Belgium/Reprobel*).

26 Bundesgerichtshof 21 april 2016, GRUR 2016, 596 (*VG Wort*).

27 Wetsontwerp van 26 oktober 2016 tot wijziging van sommige bepalingen van het boek XI, van het Wetboek van economisch recht waarin opgenomen "Een eigen vergoedingsrecht voor uitgevers voor Foto-

kopies". <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/54/2122/54K2122001.pdf>

28 In een persbericht van de SPD van 13 december 2016 staat te lezen: "Zu guter Letzt konnten wir uns mit der Union auf eine Neuregelung der Verlegerbeteiligung einigen, die vor allem für kleine und mittel große Verlage wichtig ist. Im Interesse einer bisher gut funktionierenden, auch die Urheber berücksichtigenden, Praxis konnten wir eine Regelung erzielen, die den europarechtlichen Vorgaben gerecht wird. Der Verlagsstandort Deutschland wird damit gesichert". <http://www.spdfraktion.de/presse/pressemitteilungen/endlich-mehr-rechte-urheber>

29 Het Kammergericht is de beroepsinstantie. In andere Bundesländer heet dat het Oberlandesgericht.

van Berlijn van 14 november 2016³⁰: muziekuitgevers mogen niet meer zomaar meedelen in de GEMA-inkomsten. Daar moet een duidelijke overdracht aan ten grondslag liggen.

“Hätten die Urheber ihre Rechte zuerst aufgrund vertraglicher Vereinbarungen auf die GEMA übertragen, so könnten die Verleger keine Ansprüche aus den Urheberrechten der Künstler ableiten. Denn den Verlegern stehe kein eigenes Leistungsschutzrecht zu. Dementsprechend könnten sie auch nicht beanspruchen, an den Einnahmen aus Nutzungsrechten beteiligt zu werden.“

Maar ook als de nieuwsuitgevers een vergoedingsaanspraak hebben, kunnen zij Google daarmee niet dwingen aan hen te betalen, als Google bereid is de verwijzing naar de websites van de kranten te staken. Een heffing werkt alleen op een onvermijdbare handeling.

Er is nu ontwikkeling te verwachten dat *alle* uitgevers een eigen recht willen en krijgen om mee te delen in *alle* heffingen. Dat is het gevolg van de rechtspraak ingezet door *Luksan*, *Reprobel*, *VG Wort* en recent dat arrest uit Berlijn over muziekuitgevers. Het was contractueel of door branchegebruiken prima geregeld, maar die rechtspraak zet de boel op zijn kop.

De bestaande geldstromen en de verdeling van de taart

komen overeen met wat in de markt als gebruikelijk en redelijk wordt ervaren. Als op grond van het auteurscontractenrecht of een strikte lezing van de Auteursrechtlijn, producenten en uitgevers niet meer mogen meedelen in bepaalde heffingen, zullen zij naburige rechten claimen en krijgen om de oude situatie te herstellen. Omdat die situatie de realiteit van de markt weergeeft. Anders komen er kick-back regelingen achter de schermen of gaat de primaire vergoeding van de auteur omlaag.

In een recente reactie op het voorgestelde naburige recht voor perspublicaties waarschuwt Christoph Geiger³¹ voor het gevaar dat de auteurs een kleiner stuk van de taart zullen krijgen als zo'n naburig recht er komt. Uitgevers zijn in Nederland de laatste tijd juist bang dat zij een kleiner stuk van de taart krijgen door *Luksan*, *Reprobel*, *VG Wort* en auteurscontractenrecht. De gedachte achter het nieuwe naburige recht is dat Google een stuk van zijn taart gaat afstaan aan nieuwsuitgevers en (indirect) aan nieuwsauteurs. Daar ziet Google geen reden toe. Kortom, iedereen maakt zich zorgen om zijn taart. Een eigen taart voor nieuwsuitgevers is geen oplossing van het probleem. Maar als het zo door gaat willen en krijgen *alle* uitgevers een eigen taartje, omdat ze geen stuk meer mogen van de op de auteurswet gebaseerde taart.

30 Kammergericht Berlin, 24. Zivilsenat, Urteil vom 14. November 2016 Aktenzeichen 24 U 96/14 <http://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2016/pressemitteilung.532633.php>.

31 Opinion of the CEIPI on the European Commission's copyright reform

proposal, with a focus on the introduction of neighbouring rights for press publishers in EU law (Christophe Geiger, Oleksandr Bulayenko and Giancarlo Frosio), 28 November 2016, http://www.ceipi.edu/fileadmin/upload/DUN/CEIPI/Documents/CEIPI_Opinion_on_the_introduction_of_neighbouring_rights_for_press_publishers_in_EU_final.pdf