



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Auteursrecht op toegang: De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie

Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (1997). *Auteursrecht op toegang: De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie*. 's-Gravenhage: VUGA Uitgevers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3279>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3279>

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

Auteursrecht op toegang

Auteursrecht op toegang

*De exploitatierechten van de auteur
in het tijdperk van digitale informatie en
netwerkcommunicatie*

D.J.G. Visser

ISBN 90 5250 508 x

© 1997 D J G Visser, Amsterdam

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de uiterste zorg besteed. Voor informatie die nochtans onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaarden auteur(s), redactie en uitgever geen aansprakelijkheid. Voor eventuele verbeteringen van de opgenomen gegevens houden zij zich gaarne aanbevolen.

Omslag © 1997 E Th L Visser, Rijswijk

De auteur dankt het Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber und Wettbewerbsrecht te München en het Instituut voor Informatierecht te Amsterdam voor de genoten gastvrijheid.

Het onderzoek is afgesloten op 1 juli 1996.

Inhoudsoverzicht

Lijst van afkortingen

Hoofdstuk 1 Inleiding 19

- 1 Algemene inleiding 19
- 2 De exploitatierechten 24

Hoofdstuk 2 Het verveelvoudigingsrecht 39

- 1 Inleiding 39
- 2 Traditionele functie 40
- 3 Traditionele definitie 41
- 4 Veranderende functie 44
- 5 Het kopieerprobleem 46
- 6 Het gebruik van een computerprogramma en het verveelvoudigingsrecht 61
- 7 Netwerkcommunicatie en het verveelvoudigingsrecht 79
- 8 Conclusie 81

Hoofdstuk 3 Het openbaarmakingsrecht 83

- 1 Inleiding 83
- 2 Traditionele vormen van publiek toegankelijk maken 89
- 3 De afzonderlijke traditionele vormen van publiek toegankelijk maken 93
- 4 De openbaarheid 123
- 5 Secundaire openbaarmaking 135
- 6 Een publiek van eindgebruikers 144
- 7 Nieuwe vormen van publiek toegankelijk maken 146
- 8 Geïndividualiseerd toegankelijk maken op afstand 156
- 9 On-line toegankelijk maken 171
- 10 Het openbaarheids criterium bij on-line toegankelijk maken 174
- 11 Secundair openbaar maken 177
- 12 Conclusie 179

Hoofdstuk 4 Consequenties	181
1 Inleiding	181
2 De overbodigheid van het verveelvoudigingsrecht	182
3 Onderscheid materieel en immaterieel achterhaald	201
4 Technische en contractuele bescherming	208
5 Slotconclusie	211
 Verkort aangehaalde literatuur	213
 Trefwoorden	217
 Samenvatting	219
 Copyright in access	223
 Curriculum vitae	227

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 Inleiding	19
1 Algemene inleiding	19
1.1 Probleemstelling	19
1.1.1 Toegang voor iedereen	19
1.1.2 Het elektronisch vergiet	20
1.2 Afbakening van het onderwerp	21
1.2.1 Auteursrechtelijk relevante handelingen	21
1.2.2 Onderzochte rechtssstelsels	22
1.3 Plan van behandeling	23
2 De exploitatierechten	24
2.1 Exploitatie: begripsbepaling	24
2.1.1 Exploitatierechten en persoonlijkheidsrechten	24
2.1.2 Exploitatierechten en exploitatiehandelingen	24
2.1.3 Géén exploitatiehandeling, wél onder het exploitatierecht	25
2.1.4 Wél exploitatiehandeling, níet onder het exploitatierecht	25
2.1.5 Geen wettelijke term	26
2.2 Consumptie	26
2.3 Communicatie	28
2.3.1 Private en publieke communicatie	28
2.3.2 Openbaar maken: publieke communicatie	29
2.3.3 Verveelvoudigen: op zichzelf géén communicatie	29
2.3.4 Gemeenschappelijk kenmerk	29
2.4 Grenzen en beperkingen	29
2.4.1 Eigendom	30
Consumptie en eigendom	30
Communicatie en eigendom	30
2.4.2 Privacy	31
Algemeen	31
Consumptie en privacy	33
Communicatie en privacy	34
2.4.3 Informatievrijheid	35
2.4.4 Cultuur-politieke beperkingen	36
2.5 Conclusie	36

Hoofdstuk 2 Het verveelvoudigingsrecht	39
1 Inleiding	39
1 1 Plan van behandeling	39
1 2 Afbakening van het begrip verveelvoudiging (reproductie)	40
2 Traditionele functie	40
3 Traditionele definitie	41
3 1 Vastlegging	43
3 2 Geschikt om het werk waarneembaar te maken	43
3 3 Verder niets relevant	44
4 Veranderende functie	44
4 1 Praktisch probleem decentralisatie	44
4 2 Systematisch probleem gebruik en communicatie als verveelvoudiging	45
5 Het kopieerprobleem	46
5 1 Het thuis kopiëren	46
5 1 1 Begrip	46
5 1 2 Geschiedenis	46
5 1 3 Helfingsysteem	48
Uitgangspunt	48
‘Oplossing’	48
Legitimatie	49
5 1 4 Verenigde Staten	50
Betamax	50
Audio Home Recording Act	51
5 1 5 Relevante verschil tussen analoog en digitaal	51
5 2 Het fotokopieren	53
5 2 1 Vergelijking met thuis kopiëren	53
5 2 2 Privegebruik	53
5 2 3 Intern zakelijk gebruik	54
5 2 4 Vicious circle	56
5 3 Computerprogramma’s	57
5 3 1 Vergelijking met thuis kopiëren en fotokopieren	57
5 3 2 Totaalverbod	57
5 3 3 BSA-kliklijn en het privacybelang	57
5 4 Het antwoord in de machine?	58
5 4 1 Kopieerbeveiliging	59
5 4 2 Kopieeregistratie en -rapportage	60
6 Het gebruik van een computerprogramma en het verveelvoudigingsrecht	61
6 1 Het techniekbepaalde verveelvoudigingsbegrip	61
6 2 De cirkeldefinitie	62
6 3 Terminologie	63
6 4 Bespreking	64
6 5 Laden en uitvoeren	65
6 5 1 Algemeen	65
6 5 2 Laden in Nederland en Duitsland	66

6.5.3	Laden in de Verenigde Staten	67
6.5.4	Uitvoeren in Nederland en Duitsland	68
6.5.5	Uitvoeren in de Verenigde Staten	69
6.5.6	Duurzaamheid	69
6.5.7	Rechtspolitieke keuze	70
6.5.8	Rechtspolitieke argumenten	72
6.6	Het in beeld brengen en de transmissie	73
6.7	Gebruiksrecht	73
6.8	Bezwaren	75
6.9	Tussenconclusie ten aanzien van computerprogramma's	77
6.10	Consequenties ten aanzien van andere werken	78
7	Netwerkcommunicatie en het vereenvoudigingsrecht	79
8	Conclusie	81

Hoofdstuk 3 Het openbaarmakingsrecht 83

1	Inleiding	83
1.1	Plan van behandeling	83
1.2	Betekenenissen van het begrip openbaar maken	83
1.2.1	Eerste openbaarmaking	84
1.2.2	Verbreiden	86
1.2.3	Het in het verkeer brengen van exemplaren	87
1.2.4	Publiek toegankelijk maken	88
2	Traditionele vormen van publiek toegankelijk maken	89
2.1	Publiek toegankelijk maken in de Auteurswet 1912	89
2.2	Publiek toegankelijk maken in de WNR	90
2.3	Publiek toegankelijk maken in het Duitse auteursrecht	91
2.4	Publiek toegankelijk maken in het Amerikaanse auteursrecht	92
3	De afzonderlijke traditionele vormen van publiek toegankelijk maken	93
3.1	Het verspreiden van exemplaren	93
3.1.1	Het verspreiden in de Aw 1912	93
	Uitputting	95
	Verhuur- en leenrecht	95
3.1.2	Het verspreiden in de WNR 1993	97
3.1.3	Het verspreiden in het Duitse auteursrecht	97
3.1.4	Het verspreiden in het Amerikaanse auteursrecht	99
3.1.5	Overeenkomsten en verschillen	101
	Uitputting	104
	Verhuur en uitleen	105
3.2	Het tentoonstellen van exemplaren	107
3.2.1	Het tentoonstellen in de Auteurswet 1912	108
3.2.2	Het tentoonstellen in de WNR 1993	110
3.2.3	Het tentoonstellen in het Duitse auteursrecht	110
3.2.4	Het tentoonstellen in het Amerikaanse auteursrecht	112
3.2.5	Overeenkomsten en verschillen	113

3 3	Het uitvoeren	113
3 3 1	Het uitvoeren in de Aw 1912	114
3 3 2	Het uitvoeren in de WNR 1993	114
3 3 3	Het uitvoeren in het Duitse auteursrecht	115
3 3 4	Het uitvoeren in het Amerikaanse auteursrecht	116
3 3 5	Overeenkomsten en verschillen	117
3 4	Het uitzenden	117
3 4 1	Het uitzenden in de Aw 1912	117
3 4 2	Het uitzenden in de WNR 1993	119
3 4 3	Het uitzenden in het Duitse auteursrecht	120
3 4 4	Het uitzenden in het Amerikaanse auteursrecht	120
3 4 5	Overeenkomsten en verschillen	121
	Ether en kabel	121
	Satelliet injectierecht	122
4	De openbaarheid	123
4 1	Het openbaarheids criterium in de Aw 1912	123
4 1 1	De familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring	123
4 1 2	Het verspreidingsrecht	126
4 2	Het openbaarheids criterium in het Duitse auteursrecht	128
4 2 1	De algemene definitie	128
4 2 2	Het verspreidingsrecht	129
4 2 3	Het uitzendrecht	130
4 3	Het openbaarheids criterium in het Amerikaanse auteursrecht	131
4 4	Openbaarheids criterium de kring	132
4 4 1	Definitie van de kring	132
4 4 2	Functie van de kring	133
	Uitvoeren	133
	Tentoonstellen	134
	Uitzenden	134
	Verspreiden	135
5	Secundaire openbaarmaking	135
5 1	Uitzendingen	136
5 2	Aparte diensten-argument	137
5 3	Dubbele betaling-argument	139
5 4	Keuze	140
5 5	Praktische argumenten	141
5 6	Resultaat	142
5 7	Cafe	143
5 8	Alweging	144
6	Een publiek van eindgebruikers	144
6 1	Verhuur- en leenrecht	145
6 2	Uitzenden	145
7	Nieuwe vormen van publiek toegankelijk maken	146
7 1	Geïndividualiseerd toegankelijk maken	147
7 2	Geïndividualiseerd toegankelijk maken ter plaatse	147
7 2 1	Tekst en stilstaand beeld	147
7 2 2	Geluid Schallplatten-Espresso	149

7.2.3	Bewegend beeld: videocabines	151
	Verenigde Staten	151
	Oostenrijk	152
	Nederland	153
7.2.4	Tussenconclusie	154
7.2.5	Andermaal: raadpleging ter plaatse	155
8	Geïndividualiseerd toegankelijk maken op afstand	156
8.1	Verspreiding van exemplaren	156
8.2	Geïndividualiseerd uitzenden ('narrowcasting')	157
8.2.1	Verenigde Staten: On-command	158
8.2.2	Duitsland: gelijktijdigheidsvereiste achterhaald	159
8.2.3	Nederland: videocabines	159
8.2.4	Verhuur- en leenrecht richtlijn: 'electronic rental'?	160
8.3	Semi-geïndividualiseerd uitzenden	161
8.3.1	Teletekst	161
8.3.2	Abonnee-televisie en pay-per-view	161
8.4	Elektronisch verspreiden	162
8.4.1	Nederland	163
	Buma – Stemra	163
	SENA – fonogrammenproducenten	164
8.4.2	Duitsland	164
8.4.3	Verenigde Staten	165
8.4.4	Elektronisch verspreiden en uitputting	166
	Uitputting ten aanzien van traditioneel verspreiden	166
	Uitputting van het elektronisch verspreidingsrecht zelf	167
8.5	Verschil tussen geïndividualiseerd uitzenden en elektronisch verspreiden	168
8.5.1	Theorie	168
8.5.2	Praktijk	169
8.5.3	Zin	171
9	On-line toegankelijk maken	171
9.1	Tentoonstellen op afstand	172
9.2	Tentoonstellen op afstand en uitputting	172
9.3	Positie ontvanger/eindgebruiker	173
9.4	On-line beschikbaar stellen	173
10	Het openbaarheids criterium bij on-line toegankelijk maken	174
10.1	Openbaar aanbod	175
10.2	Cumulatieve openbaarheid	175
10.3	Eén ontvanger buiten 'de kring'	175
10.4	Toepassing openbaarheids criterium	176
10.4.1	Aanbieden in open en andere grote netwerken	176
10.4.2	Beschikbare stellen in kleine, plaatselijke netwerken	176
11	Secundair openbaar maken	177
12	Conclusie	179

Hoofdstuk 4 Consequenties

181

1	Inleiding	181
	Plan van behandeling	181
2	De overbodigheid van het verveelvoudigingsrecht	182
2 1	Het verveelvoudigingsrecht werkt niet meer	182
2 2	Het openbaarmakingsrecht werkt wel	183
2 3	Downloaden als incalculeerbare gebruikintensivering	184
2 4	Intern beschikbaar stellen	186
2 5	Doorgeven	187
2 6	De keten van overlappende vriendenkettingen	188
2 7	Document levering op verzoek	190
2 8	Kopieren ter plaatse	192
2 9	Tussenconclusie	195
2 10	Traditionele piraterij	195
2 11	Computerprogramma's	196
2 12	Conclusie afschaffing van het verveelvoudigingsrecht	197
2 13	Consequenties	199
	Regelgeving	199
	Praktijk	199
	Kern	200
3	Onderscheid materieel en immaterieel achterhaald	201
3 1	Consequenties voor de regelgeving	201
3 1 1	Nederlandse Auteurswet	201
3 1 2	Nederlandse WNR	202
3 1 3	Duitse Auteurswet	204
3 1 4	Amerikaanse Auteurswet	204
3 1 5	WIPO-voorstellen	205
3 2	Consequenties voor de praktijk	207
3 3	Consequenties voor de theorie	207
4	Technische en contractuele bescherming	208
4 1	Technische bescherming	209
4 2	Contractuele bescherming	209
4 3	Bezwaren	210
4 4	Conclusie	211
5	Slotconclusie	211

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
AG	Advocaat-Generaal
AMI	Informatierecht/AMI, Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht (tot 1986: AMR)
AMR	Auteursrecht, tijdschrift voor auteurs- en mediarecht
art(t).	artikel(en)
Aw	Auteurswet 1912
a.w.	aangehaald werk
BBS	Bulletin Board System
BC	Berner Conventie
BGH	Bundesgerichtshof (Duitsland)
BGHZ	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BIE	Bijblad bij de Industriële Eigendom
Buma	Vereniging Buma (Voorheen: Het Bureau voor Muziek- auteurs- recht)
BW	Burgerlijk Wetboek
c.a.i.	centrale antenne inrichting
CD	Compact Disk
CD-I	Compact Disk Interactive
CD-ROM	Compact Disk Read Only Memory
Cir.	U.S. Court of Appeals
CITED	Copyright in Transmitted Electronic Documents
Cong.	Congress
CONTU	National Commission on New Technological Uses of copyrighted works, Final report, 1978
CPU	Central Processing Unit
c.q.	casu quo (respectievelijk)
CR	Computerrecht
curs.	cursivering
DAT	Digital Audio Tape
DCC	Digitale Compact Cassette
diss.	dissertatie
DWFV	D.W.F. Verkade (annotator NJ)
EDV	elektronische Datenverarbeitung
EHRM	Europees Hof voor Rechten van de Mens
EJD	E.J. Dommering (annotator NJ)

EK	Eerste Kamer
EMM	E.M. Meijers (annotator NJ)
EVRM	Europees Verdrag voor Rechten van de Mens
F.Supp.	Federal Supplement
F.3d	Federal Third
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (Duitsland)
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
H.R.Rep.	House of Representatives Report (Verenigde Staten)
IPR	internationaal privaatrecht
IVBPR	Internationaal verdrag inzake de Burgerrechten en Politieke Rechten
jo.	juncto (in samenhang met)
Ktg.	Kantongerecht
LAN	Local Area Network
LG	Landgericht
LGZ	Landgericht Zivilsachen
LWH	L. Wichers Hoeth (annotator NJ)
m.nt.	met noot
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
vNH	E.A. van Nieuwenhoven Helbach (annotator NJ)
NII	National Information Infrastructure
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Oberste Gerichtshof (Oostenrijk)
OLG	Oberlandesgericht (Duitsland)
par.	paragraaf (in deze studie)
Pb.	Publicatieblad der Europese Gemeenschappen
p(p).	pagina('s)
Pres.	President
RAM	Random Access Memory
Rb.	Rechtbank
RG	Reichsgericht (Duitsland)
r.o.	rechtsoverweging
RvdW	Rechtspraak van de Week
S.	Section (van de Amerikaanse Copyright Act)
SCMS	Serial Copy Management System
SENA	Stichting ter exploitatie de naburige rechten
sess.	Session
Stb.	Staatsblad

Stcrt	Staatscourant
Stemla	Stichting tot Exploitatie der Mechanische rechten der Auteurs
t a p	te aangehaalde plaatsen
TK	Tweede Kamer
Urhg	Urheberrechtsgesetz (Duitsland)
USC	Title 17, United States Code, Copyright Act of 1976
US PQ	United States Patent Quarterly
VS	Verenigde Staten
W	Weekblad van het recht
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WNR	Wet op de nabuige rechten
WTV	Wet op de Telecommunicatievoorzieningen
WV	Wetsvoorstel
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Hoofdstuk 1 Inleiding

1 Algemene inleiding

1.1 Probleemstelling

1.1.1 Toegang voor iedereen

XS4all, oftewel *access for all*, is een van de idealen van de Internet-gemeenschap. Het wereldwijde netwerk van computernetwerken zou het mogelijk moeten maken dat iedereen toegang zou hebben tot alle informatie waar hij of zij belangstelling voor heeft. *XS4all* is tevens de naam van een bekende Nederlandse Internet *provider*, een organisatie die gebruikers toegang biedt tot Internet. Internetgebruikers hebben via hun provider de mogelijkheid op het Internet informatie van anderen te raadplegen en informatie voor anderen toegankelijk te maken. Dit laatste, het toegankelijk maken van informatie, kan bijvoorbeeld door het versturen van elektronische post of door het aanbieden van informatie op een eigen *home page*, een ‘pagina’ die door andere Internetgebruikers kan worden geraadpleegd. Het aanbieden van een Internet home page is de meest eigentijdse vorm van het toegankelijk maken van informatie.

In de eerste grote Internet-auteursrechtszaak in Nederland¹ ondervond de organisatie *XS4all* dat het ideaal waarnaar ze genoemd is, in strijd kan komen met ‘het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld’: de wettelijke definitie van het auteursrecht.² Hoewel *XS4all* en de andere gedaagde Internet providers vrij uit gingen omdat zij als *service provider* niet aansprakelijk werden gehouden voor het feit dat auteursrechtelijk beschermde informatie via de door hen aan gebruikers beschikbaar gestelde home pages openbaar gemaakt werd, werd wel in rechte bevestigd dat deze vorm van toegankelijk maken van informatie onder het uitsluitend recht van de auteur valt.

‘Toegang voor iedereen’, in de betekenis van informatie toegankelijk maken voor iedereen, kan op grond van het auteursrecht niet zonder toestemming van de auteur, maar is volgens velen wel een van de belangrijkste functies en doelen van Internet. Om die reden wordt het auteursrecht door Internetgebruikers vaak gezien als een obstakel voor de ontwikkeling van Internet, terwijl auteursrechtbe-

1. Pres. Rb. 's-Gravenhage 12 maart 1996, Computerrecht 1996 p. 73 met noot D.W.F. Verkade, Mediaforum 1996, p. B59 met noot D.J.G. Visser op p. 61, AMI 1996, p. 96 (Scientology-kerk/*XS4all* c.s.).

2. Artikel 1 Auteurswet 1912 (Aw).

langhebbenden het Internet vaak zien als een bedreiging voor het voortbestaan van het auteursrecht

In deze studie wordt ervan uitgegaan dat het ook in het tijdperk van digitale informatic en netwerkcommunicatie redelijk en nuttig is dat de maker van een auteursrechtelijk beschermd werk geld kan verdienen aan het gebruik dat van zijn werk wordt gemaakt. Het is redelijk dat hij kan profiteren van het feit dat consumenten de vruchten van zijn arbeid plukken en het is nuttig dat hij daardoor gestimuleerd kan worden om meer werk te maken waar de samenleving als geheel, met inbegrip van de Internetgemeenschap, van profiteert.³ Even belangrijk, redelijk en nuttig is overigens het feit dat een auteur het recht heeft zijn werk, indien hij dat wenst, gratis voor iedereen toegankelijk te maken of te laten maken.

1.1.2 Het elektronisch vergiet

Dommering⁴ heeft de ontwikkeling waarbij gebruikers met behulp van foto-, audio- en video-kopieerapparatuur informatie onbeperkt kunnen verveelvoudigen omschreven als een elektronisch vergiet, waardoor woord, beeld en geluid van het auteursrechtelijk beschermd werk beginnen 'weg te lopen'. Hetzelfde geldt in nog grotere mate voor computerprogramma's en andere informatie producten in digitale vorm die nog gemakkelijker, beter en sneller te kopiëren zijn. De werking van het elektronisch vergiet wordt nog versterkt door de aansluiting van computers op netwerken die informatie-producten wereldwijd raadpleegbaar en kopieerbaar maken. Dommering stelt onder verwijzing naar deze ontwikkelingen dat de nadruk op de kopieerhandeling achterhaald is en dat het 'reprodenken' een verouderd papierdenken is dat moet worden vervangen door een 'netwerkdanken'.⁵ Hij heeft in grote lijnen aangegeven welke consequenties dit loslaten van het 'repro-denken' zou kunnen hebben, maar is nog niet toegekomen aan de vraag wat dit concreet voor het auteursrechtelijk systeem zou moeten betekenen.⁶

Hier wordt, deels in het verlengde van de bevindingen van Dommering, onderzocht in hoeverre het bestaande auteursrechtelijk systeem van exploitatierechten nog voldoet. Uitgangspunt is hierbij dat, ook al is het nuttig en redelijk dat het auteursrecht blijft bestaan, dit nog niet betekent dat het noodzakelijk of zelfs maar gewenst is dat het betrekking blijft hebben op dezelfde *handelingen* waarbij het traditioneel aanknoopt. Als het met betrekking tot digitale informatie en netwerkcommunicatie *doelmatiger* zou zijn om *andere handelingen* auteursrechtelijk relevant te achten, zou overwogen moeten worden daartoe over te gaan. Anderzids moet voorkomen worden dat men het wiel opnieuw gaat uitvinden voor-

3 In deze studie wordt niet verder ingegaan op de rechtsgrond van het auteursrecht. Hiervoor zij verwezen naar het monumentale proefschrift van H. J. de Beaufort, *Het auteursrecht in het Nederlands en internationaal recht*, Utrecht 1909, pp. 70-125. Grosheide diss., pp. 122-168. Verkade, AA 1991, p. 859-867 en de daar genoemde literatuur.

4 E. J. Dommering, *Het auteursrecht spoelt weg door het elektronisch vergiet*, *Computerrecht* 1994, pp. 109-113 (verder: Dommering 1994).

5 Dommering 1994, pp. 111-112.

6 Th. Richard stelt in het NJB van 21 juni 1996 (p. 958) dit Dommering niet ver genoeg gaat en niet de conclusies trekt die logisch uit zijn standpunt voortvloeien. Aan het slot van deze studie zal blijken dat ook Richard mijns inziens niet ver genoeg gaat.

zover het bestaande systeem van exploitatierechten voldoet, dient het zoveel mogelijk intact te blijven.

Deze studie omvat daarom een onderzoek naar de handelingen die traditioneel auteursrechtelijk relevant zijn en naar de handelingen die met betrekking tot digitale informatie en netwerkcommunicatie dat zouden moeten blijven of worden.⁷ In deze studie wordt als uitgangspunt genomen dat het auteursrecht in het tijdperk van wereldwijde netwerkcommunicatie, mondiaal geharmoniseerd dient te zijn. Problemen die voortvloeien uit het feit dat er verschillende beschermingsniveau's en -termijnen bestaan worden in deze studie niet besproken.

1.2 Afbakening van het onderwerp

1.2.1 Auteursrechtelijk relevante handelingen

Het auteursrecht heeft betrekking op *handelingen* waardoor informatie die auteursrechtelijk beschermd is *toegankelijk gemaakt* kan worden.^{8,9} Het aanbieden van een home page op Internet is één modern voorbeeld, maar er zijn tal van andere handelingen waardoor auteursrechtelijk beschermde informatie toegankelijk gemaakt kan worden. De traditionele vormen van toegankelijk maken zijn; het vervaardigen en vervolgens verspreiden of tentoonstellen van exemplaren en het uitvoeren of uitzenden van auteursrechtelijk beschermd werk. In de Nederlandse Auteurswet worden de handelingen waardoor auteursrechtelijk beschermd werk toegankelijk kan worden gemaakt aangeduid als 'openbaar maken' en 'verveelvoudigen'. Deze studie gaat over openbaar maken en verveelvoudigen en daarmee over de *inhoud*¹⁰ van het auteursrecht.¹¹

Hier zullen, hand in hand met de inhoud, de grenzen en de beperkingen op het auteursrechtelijk exploitatierecht aan de orde komen welke betrekking hebben op *soorten handelingen*. Het gaat hierbij om grenzen en beperkingen die, naar in deze studie zal worden verdedigd, een algemene strekking en principiële beteke-

7 Een belangrijke en de meest recente verwerkte bron van informatie voor deze studie is de bundel getiteld 'The Future of copyright in a digital environment', PB Hugenholtz (ed.), proceedings of the Royal Academy Colloquium organized by the Royal Netherlands Academy of Sciences (KNAW) and the Institute for Information Law (Amsterdam, 6-7 July 1995), Den Haag 1996, Kluwer Law International, verschenen in juni 1996 (verder: Future-bundel)

8 (Vrijwel) letterlijk Spoor/Verkade, p. 4, zie ook Spoor, diss., p. 131

9 De titel 'Auteursrecht op toegang' kan gelezen worden als een samentrekking van 'het Auteursrecht heeft betrekking op handelingen waardoor auteursrechtelijk beschermd werk toegankelijk gemaakt kan worden'

10 Deze studie heeft geen betrekking op het *voorwerp* van het auteursrecht. Vragen over *wat* auteursrechtelijk beschermd is komen dus niet aan de orde. Zie hierover bijvoorbeeld de proefschriften van FW Groshede, 'Auteursrecht op maat', diss. Utrecht, Deventer 1986, A.A. Quaedvlieg, 'Auteursrecht op techniek', diss. Nijmegen, Zwolle 1987, PB Hugenholtz, diss. Amsterdam, 'Auteursrecht op informatie', Deventer 1989 en het handboek van Spoor/Verkade, hoofdstuk III 'Het werk'.

11 De belangrijkste Nederlandstalige studies over dit onderwerp waar in deze studie vaak aan zal worden gerefereerd zijn: J.H. Spoor, 'Scripta manent, De reproductie in het auteursrecht', diss. Utrecht, Groningen 1976 (verder: Spoor, diss.); PB Hugenholtz, 'Auteursrecht en Information Retrieval, Verveelvuldiging en Openbaarmaking in het Computertijdperk', Post Scriptum Reeks 1982 (verder: Hugenholtz 1982) en het handboek 'Auteursrecht' van J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, tweede druk 1993, (verder: Spoor/Verkade)

nis hebben omdat ze voortkomen uit een botsing van het auteursrecht met belangrijke(r) grondrechten en die in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie onder druk staan. De specifieke beperkingen op de exploitatierechten die voorbehouden zijn aan bepaalde personen of instanties, die beperkt zijn tot bepaalde soorten werken of tot kleine gedeelten daarvan en/of die uitsluitend met een bepaald doel worden verricht, zoals het citaatrecht en de onderwijsexcepties, blijven buiten beschouwing. Daarmee wil overigens niet gezegd zijn dat deze laatste beperkingen niet principieel van aard (kunnen) zijn. De hier getrokken grens tussen algemene en specifieke beperkingen heeft vooral te maken met het feit dat de eerste categorie van beperkingen die hier wel worden besproken, momenteel in grotere mate onder druk staan en volgens sommigen zelfs zouden moeten worden afgeschaft. Concreet betekent het dat de beperkingen die bekend staan als 'uitputting', 'de familie-, vrienden of daaraan gelijk te stellen kring' en het kopiëren 'voor eigen oefening, studie of gebruik' wel aan de orde komen en de andere beperkingen niet.¹²

1.2.2 Onderzochte rechtsstelsels

In deze studie worden de handelingen onderzocht die onder het auteursrechtelijke exploitatierecht vallen zowel in Nederland als in Duitsland en de Verenigde Staten.¹³ De keuze voor het Nederlandse auteursrecht ligt voor de hand omdat dit land zowel voor de Nederlandse auteur als voor de meerderheid van de lezers van een Nederlands proefschrift het meest vertrouwd en het meest van belang is. De keuze voor Duitsland is ingegeven door het feit dat de Duitse Auteurswet, het Urheberrechtsgesetz (verder: UrhG), wordt gekenmerkt door een gedetailleerd en overzichtelijk systeem van exploitatierechten dat in uitgebreide rechtspraak en literatuur is uitgewerkt en becommentarieerd. De Verenigde Staten zijn gekozen omdat dat land op het gebied van de nieuwe media, de ontwikkelingen op dit gebied, en de auteursrechtelijke aspecten daarvan, duidelijk voorop loopt. Het 'White Paper' getiteld 'Intellectual Property and the National Information Infrastructure' (verder: White Paper) dat in september 1995 verscheen,¹⁴ speelt een belangrijke rol in de internationale discussie en in deze studie.

De bespreking van de situatie in Nederland en Duitsland brengt met zich mee dat ook de Europese regelgeving die daarop van invloed is, aan de orde komt. De diverse Europese richtlijnen op het gebied van auteursrecht en aanverwante rech-

12. V. r. een bespreking van de specifieke beperkingen zij verwezen naar Spoor/cirkade hoofdstuk V. Beperkingen.

13. In deze studie zullen de internationaal privaatrechtelijke aspecten niet aan de orde komen. Dit betekent dat de vraag *waar* de handelingen plaats vinden en *welk recht* daarop van toepassing is niet aan de orde komt. Het gaat om de vraag *of* die handelingen naar het recht van de onderzochte landen onder de bescherming van het exploitatierecht van de auteur vallen of zouden moeten vallen.

14. Intellectual Property and the National Information Infrastructure. The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights. Information Infrastructure Task Force. September 1995.

ten¹⁵ als ook het Groenboek van de Europese Commissie over 'Het Auteursrecht en de Naburige rechten in de Informatiemaatschappij' (verder: Groenboek) van 19 juli 1995¹⁶ zullen aan de orde komen. Voor alle genoemde landen is tenslotte de Berner Conventie relevant. De Berner Conventie in zijn huidige vorm zal echter nauwelijks besproken worden omdat de bescherming daarvan, wanneer het gaat om de auteursrechtelijk relevante handelingen, veel minder ver gaat en minder duidelijk is dan de Europese regelgeving en het nationale recht van de verschillende landen. In het slothoofdstuk zullen enkele bepalingen uit twee WIPO-voorstellen uit 1996 kort worden besproken.

1.3 Plan van behandeling

In het vervolg van dit eerste hoofdstuk zal worden onderzocht op welke *soorten* handelingen de exploitatierechten van de auteur betrekking hebben en wat in het algemeen de kenmerken en beperkingen van die rechten zijn.

In het tweede en derde hoofdstuk worden de handelingen besproken die in het systeem van de Nederlandse Auteurswet onder het veeleenvoudigingsrecht respectievelijk het openbaarmakingsrecht vallen. De keuze om bij de hoofdstukindeling aan te sluiten bij deze Nederlandse tweedeling, die in de andere onderzochte landen onbekend is, is niet alleen ingegeven door de gedachte dat dit voor de meeste Nederlandse lezers een vertrouwd systeem is, maar vooral door de omstandigheid dat handelingen die onder het veeleenvoudigingsrecht vallen en de problemen die zich bij de toepassing van dit recht voordoen, duidelijk verschillen van de handelingen en problemen waarop het openbaarmakingsrecht betrekking heeft, terwijl de verschillende handelingen en de bijbehorende problemen van het openbaarmakingsrecht onderling grote overeenstemming blijken te vertonen.

In het vierde hoofdstuk worden de consequenties van de bevindingen van de voorgaande hoofdstukken besproken. Hier worden conclusies getrokken en er worden enige aanbevelingen gedaan.

Allereerst worden, zoals aangekondigd, in het vervolg van dit eerste hoofdstuk, enige algemene kenmerken van de exploitatierechten besproken.

15 Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de *rechtsbescherming van computerprogramma's*, Pb nr L 122/42, Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het *verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten* op het gebied van intellectuele eigendom, Pb nr L 346/61, Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de *satellietomroep en de doorgifte via de kabel*, Pb nr L 248/15, 6 oktober 1993, Richtlijn 96/9/EG van de Raad van 11 maart 1996 betreffende de *rechtsbescherming van databanken*, Pb nr L 77/20. In het kader van deze studie is niet relevant Richtlijn 93/98/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de *beschermingstermijn* van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten, Pb. nr. L 290/9.

16 COM(95) 382 def

2 De exploitatierechten

2.1 Exploitatie begripsbepaling

De rechten van de auteur hebben betrekking op handelingen waardoor zijn werk toegankelijk gemaakt kan worden. Deze rechten worden in artikel 1 van de Nederlandse Auteurswet 1912 (verder: Aw) omschreven als openbaar maken en vervelvoudigen. Internationaal en in de literatuur worden deze rechten gezamenlijk veelal aangeduid met de term exploitatierechten. In het Duits spreekt men van *Verwertungsrechte* en in het Engels van *exploitation rights* of van *economic rights*.

2.1.1 Exploitatierechten en persoonlijkheidsrechten

Overeenkomstig de klassieke onderscheiding zijn de exploitatierechten de rechten die beogen de auteur de mogelijkheid te bieden het gebruik van zijn werk te gelde te maken, terwijl de zogenaamde *persoonlijkheidsrechten* hem in staat moeten stellen zijn morele belangen met betrekking tot zijn werk te behartigen (bijvoorbeeld het recht zich te verzetten tegen de verandering of vermindering van zijn werk). De persoonlijkheidsrechten, die ook wel morele rechten worden genoemd, hebben een totaal ander karakter dan de exploitatierechten en blijven in deze studie buiten beschouwing. Het gaat hier uitsluitend om de exploitatierechten. Het gedeelte 'exploitatie' in het begrip 'exploitatierechten' geeft aan dat deze rechten de tegenpool vormen van de bovengenoemde categorie van de persoonlijkheidsrechten en verwijst naar de functie die deze rechten voor de auteur vervullen.¹⁷ De auteur kan zijn werk exploiteren door gebruik te maken van zijn exploitatierechten. Spoor stelt in zijn proefschrift: 'Men moet de term 'exploitatierechten' daarom zo verstaan, dat deze rechten aan de auteur zelf de mogelijkheid bieden, zoveel mogelijk voordeel te trekken uit zijn werk'.^{18,19} Afgezien van de woorden 'zoveel mogelijk', wordt deze stelling onderschreven. Hoeveel voordeel de auteur kan trekken, en of dat 'zoveel mogelijk' is, is moeilijk vast te stellen, in ieder geval afhankelijk van tal van omstandigheden en mijns inziens niet relevant voor de vaststelling van het karakter van de exploitatierechten. Deze verklaring ligt nogal voor de hand, maar is belangrijker als inleiding op de bespreking hierna van een andere minder bruikbare verklaring voor het begrip exploitatierechten.

2.1.2 Exploitatierechten en exploitatiehandelingen

In deze studie wordt ervan uitgegaan dat de exploitatierechten niet, althans niet noodzakelijkerwijs betrekking hebben op exploitatiehandelingen. Dit vergt enige toelichting. Hierboven is al aangekondigd dat exploitatierechten betrekking hebben op bepaalde handelingen waardoor het werk toegankelijk gemaakt kan worden, hieronder zal ook worden gesproken van handelingen die direct of indirect

17 I. van Isacker: De exploitatierechten van de auteur. Brussel 1963, p. 39. Daar waar de morele rechten zijn zuiver zedelijke belangen op het werk beschermen, waarborgen de exploitatierechten de economische mogelijkheden welke dit werk hem bieden.

18 Spoor, diss., p. 131, noot 2.

19 Zie ook Van Isacker, p. 39.

leiden tot de *consumptie* van het werk. De normale betekenis van exploiteren is 'gebruiken om er voordeel uit te trekken, winstgevend maken'.²⁰ Dit zou op het eerste gezicht betekenen dat alleen handelingen die met winstoogmerk worden verricht, ofwel handelingen die er toe dienen degene die ze verricht tot voordeel te strekken, onder de exploitatierechten zouden vallen. Dit is echter niet het geval. Voor de toepasselijkheid van de exploitatierechten doet het al dan niet hebben van een winstoogmerk bij degene die de handelingen verricht, in elk geval als (hoofd)regel, niet terzake.

2.1.3 *Geen exploitatiehandeling, wel onder het exploitatierecht*

Zo valt bijvoorbeeld het *uitlenen* van exemplaren van een bepaald werk onder een exploitatierecht, terwijl uitleenen in de Auteurswet wordt gedefinieerd als 'het voor een beperkte tijd en *zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel* voor gebruik ter beschikking stellen door voor het publiek toegankelijke instellingen' (curs. DV).²¹ Ook het gratis en zonder winstoogmerk op het Internet beschikbaar stellen van auteursrechtelijk beschermd werk valt zonder twijfel onder een exploitatierecht van de auteur.

Het is in het auteursrecht niet ongebruikelijk om vast te houden aan de gedachte dat exploitatierechten steeds betrekking hebben op exploitatiehandelingen, door het begrip 'exploitatie' in het auteursrecht een andere, zeer ruime betekenis toe te kennen.²² Uiteindelijk moet men dan 'exploitatie' gaan omschrijven als alle handelingen die direct of indirect leiden tot consumptie van het werk. Dit betekent echter dat men het begrip exploitatie zodanig heeft opgerekt dat het nauwelijks nog zelfstandige betekenis heeft en in ieder geval ver verwijderd is van de gebruikelijke betekenis van het woord. Over de wenselijkheid daarvan kan men twisten. Hier wordt vastgehouden aan de verklaring dat 'exploitatie' verwijst naar de *functie* die het recht voor de auteur vervult en niet naar de aard van de handeling voor degene die hem verricht.

2.1.4 *Wel exploitatiehandeling, niet onder het exploitatierecht*

Er is reden om duidelijk te stellen dat de exploitatierechten niet noodzakelijkerwijs betrekking hebben op alle exploitatiehandelingen.²³ Er zijn bepaalde handelingen die moeilijk anders omschreven kunnen worden dan als exploitatie van een werk en toch niet onder de exploitatierechten vallen. Een voorbeeld daarvan is

²⁰ Eerste betekenis genoemd in Van Dale Groot woordenboek der Nederlandse taal 12e druk.

²¹ Artikel 12, lid 3 Aw.

²² De door Gerbrandy voor de invoering van het uitleenrecht (onder andere in AMI 1986, p. 147) verdedigde stelling dat het uitleenen niet onder het exploitatierecht zou (kunnen) vallen omdat daarbij geen sprake is van exploitatie (met winstoogmerk) is achterhaald en volgens de hier verdedigde definitie van exploitatierecht onjuist.

²³ Cohen Ichoram doet dit bijvoorbeeld door (in AMI 1986, p. 148) te stellen dat het bevorderen van leen cultuur ook een vorm van voordeel trekken is, wat 'exploitatie' in ruime auteursrechtelijke zin is, waardoor uitleenen als exploiteren is aan te merken. Spoor en Verkade lijken ook vast te willen houden aan het exploitatiekarakter van de handeling door er in hun handboek (p. 167, in noot 95) op te wijzen dat bij het uitleenen door openbare bibliotheken aanzienlijke bedragen aan subsidieged gemoeid zijn.

²⁴ Cohen Ichoram omschrijft in AMI 1986, p. 148, de exploitatierechten (mijns inziens ten onrechte) als de exclusieve rechten ten aanzien van *iedere* exploitatie van werken (curs. in origineel).

het geven van betaald advies, bijvoorbeeld door een advocaat, op basis van een bepaald auteursrechtelijk beschermd werk. Dit is duidelijk een vorm van voordeel trekken uit een werk, terwijl dit niet onder het exploitatierecht van de auteur valt. De auteur van een juridisch handboek kan niet op basis van zijn auteursrecht een verbod of vergoeding vragen voor dergelijk commercieel gebruik van zijn werk.²⁵ Een ander voorbeeld is het opdoen van inspiratie: een auteur die zich laat inspireren door het werk van anderen trekt stellig voordeel uit het werk van die ander, toch valt dit (terecht) niet onder het exploitatierecht van de auteur. Voordeel trekken uit de prestaties die anderen eerder hebben verricht is in beginsel geoorloofd. De maatschappelijke en economische vooruitgang is daar in belangrijke mate op gebaseerd. Bepaalde handelingen vallen echter op grond van een keuze van de wetgever onder het exploitatierecht van de auteur, omdat het wenselijk is de auteur in staat te stellen aldus zijn werk te exploiteren.

2.1.5 Geen wettelijke term

Het is tenslotte van belang vast te stellen dat de term exploitatierechten niet een wettelijke term is. Het begrip komt in de Nederlandse Auteurswet niet voor. Het is hier te lande een overkoepeling van de wettelijke rechten die in de Auteurswet worden aangeduid met 'verveelvoudigen' en 'openbaar maken'.²⁶ Discussie over de betekenis van 'exploitatierecht' is voor de interpretatie van het *Nederlandse positieve recht* dus in feite overbodig of onzuiver: het gaat om de interpretatie van 'verveelvoudigen' en 'openbaar maken'.

Internationaal en in veel andere landen bestaat deze tweedeling in verveelvoudigen enerzijds en openbaar maken anderzijds niet (of niet zo duidelijk). Dat is een reden voor het gebruik van de algemene term exploitatierechten. Een andere reden waarom de term exploitatierechten hier vaak wordt verkozen boven 'openbaar maken en/of verveelvoudigen' is dat hiermee geprobeerd wordt te benadrukken dat de openbaarmakingsrechten, maar vooral de verveelvoudigingsrechten geen doel op zich/zelf zijn. Het gaat er immers om dat aan de auteur rechten ter beschikking staan op basis waarvan hij zijn werk kan exploiteren, niet dat hij een verbods- of vergoedingsrecht heeft ten aanzien van alle openbaarmakingen en (technische) verveelvoudigingen.

2.2 Consumptie

Hierboven is al aangekondigd dat de exploitatierechten betrekking hebben op handelingen. Traditioneel zijn de exploitatierechten geformuleerd als *verbodsrechten* ten aanzien van bepaalde handelingen. Op basis van deze verbodsrechten

25. Vergelijk in dezelfde zin Ulmer: Urheber und Verlagsrecht, Berlin 1980, p. 224. Der Begriff der Verwertung ist dabei freilich nicht in dem weiten Sinn zu deuten, in dem er nach dem allgemeinen Sprachgebrauch verstanden werden konnte. Der Verfasser eines Handbuchs der Maschinenkunde kann nicht die Verwertung zum Bau und zur Bedienung von Maschinen untersagen.

26. De term geeft voorts, zoals eerder aangegeven, de tegenstelling aan met de persoonlijkheidsrechten.

kan de auteur bepaalde handelingen aan derden verbieden of al dan niet tegen een vergoeding toestaan ²⁷

Nu is de uiteindelijke waarde van een auteursrechtelijk beschermd werk gelegen in de *consumptie* ervan. Het genot of gebruik van een werk bestaat uit het consumeren ervan (het lezen van een boek, het beluisteren van een plaat of het bekijken van een schilderij, het bewonen van een huis, het gebruiken van een werk van toegepaste kunst of van een computerprogramma). Het waarnemen, genieten of consumptief ‘gebruiken’ van het werk, dat hier steeds gezamenlijk zal worden aangeduid als de consumptie, vormt daarmee een centraal gegeven in het auteursrecht ²⁸

Theoretisch zou het denkbaar zijn de consumptiehandelingen zelf onder het exploitatie-verbodsrecht van de auteur te brengen. Dit is echter (in het verleden) nooit gebeurd. In de auteursrechtdoctrine is men er altijd vanuit gegaan dat de consumptie ‘een zaak is welke zich aan directe auteursrechtelijke regeling onttrekt’ ²⁹. Dit werd zelfs zo vanzelfsprekend geacht dat er in de literatuur weinig aandacht aan is besteed ³⁰. In het vervolg van deze studie zal blijken dat de consumptie tegenwoordig in sommige gevallen mogelijk wel onder het exploitatierecht valt of dreigt te vallen. Een exploitatierecht dat direct betrekking heeft op consumptie blijft echter onpraktisch, onwenselijk en onnodig. In deze inleiding wordt daarover reeds het volgende opgemerkt.

Een exploitatie-verbodsrecht dat betrekking heeft op consumptie is *onpraktisch*, omdat de consumptie door de eindgebruiker voor de rechthebbende niet of nauwelijks te controleren is.

Een exploitatie-verbodsrecht dat betrekking heeft op consumptie is *onwenselijk* om de volgende redenen:

- a. het exploitatierecht zou te zeer in strijd komen met (materiele) eigendomsbevoegdheden van de eigenaar van het exemplaar waarin het werk is vastgelegd, doordat deze laatste vrijwel zouden worden opgeheven,
- b. (pogingen tot) controle op de consumptie zouden de privacy van de eindgebruikers schenden, consumptie van informatie vindt immers vaak plaats binnen de *private* sfeer van de eindgebruiker, en
- c. een verbodsrecht ten aanzien van consumptie van informatie zou de informatie-(ontvangst)vrijheid onevenredig belemmeren.

Een exploitatie-verbodsrecht dat betrekking heeft op consumptie is tenslotte *onnodig*, omdat er voldoende andere aanknopingspunten blijven voor voldoende exploitatierechten die minder onpraktisch of onwenselijk zijn.

²⁷ De problematiek van de wettelijke omzetting van verbodsrechten in vergoedingsrechten blijft in deze studie buiten beschouwing, omdat dit in beginsel niet van invloed is op de *soort handelingen* waar de betreffende rechten betrekking op hebben.

²⁸ Zie bijvoorbeeld de overweging van het Bundesgerichtshof in het Fonband arrest (GRUR 1955 p. 496): „so ist es letztlich gerade der Werkgenuss des Einzelnen [...] der die innere Rechtfertigung für den Anspruch des Urhebers auf eine angemessene Vergütung bildet.“ Zie ook Spoor, diss. p. 131.

²⁹ Spoor, diss. p. 113. Zie ook Spoor/Verkaat p. 141.

³⁰ In Duitsland heeft zich naar aanleiding van het genoemde Fonband arrest een discussie afgespeeld waarin de conclusie dat consumptie niet onder het exploitatierecht valt werd bevestigd (zie Spoor, diss. p. 113 en de daar genoemde literatuur).

De hier aangebrachte scheiding tussen ‘onpraktisch’ en ‘onwenselijk’ is van belang omdat hierna zal blijken dat indien het weliswaar praktisch mogelijk zou kunnen worden om consumptiehandelingen te controleren, dit niettemin onwenselijk zou zijn

2.3 *Communicatie*

De exploitatierechten van de auteur hebben geen betrekking op de consumptie van het werk, maar wél op handelingen die *daartoe leiden*, oftewel het *toegankelijk maken* of de *communicatie* van het werk.³¹ Vormen van communicatie die onder het exploitatierecht vallen zijn bijvoorbeeld het verspreiden van exemplaren, het uitzenden via radio of televisie en het in het openbaar ten gehore brengen of vertonen.

Zonder communicatie van het werk kan er geen consumptie plaatsvinden. Een exploitatie-verbodsrecht dat betrekking heeft op de communicatie geeft de auteur een recht op grond waarvan hij indirect de consumptie kan reguleren en aan financiële voorwaarden kan binden. Iedere nieuwe communicatie leidt potentieel tot een *gebruikstoename* die in principe kan worden *ingecalculeerd* door de auteur op het moment dat hij toestemming geeft voor de bewuste communicatie. Als de auteur toestemming geeft voor het drukken en uitgeven van zijn boek in een bepaalde oplage houdt hij daarbij impliciet rekening mee, en rekent af voor het feit dat zijn werk daardoor eventueel door een groot, maar min of meer overzienbaar aantal mensen zal worden gelezen. Het aantal exemplaren vormt een indicatie voor de omvang van het eindgebruik.³² Door een royalty te bedingen maakt de auteur zijn vergoeding evenredig afhankelijk van de daadwerkelijke verkoop, bij een lumpsum betaling wordt de beloning in een keer afgekocht, maar is dit bedrag wel (indirect) ingegeven door het te verwachten eindgebruik.³³

2.3.1 *Private en publieke communicatie*

De effectiviteit van een verbodsrecht hangt af van de afdwingbaarheid en dus allereerst van de controleerbaarheid. De mate van controleerbaarheid verschilt sterk per communicatievorm. Communicatie kan allereerst worden gesplitst in *private* communicatie en *publieke* communicatie. Private communicatie tussen individuen onderling, bijvoorbeeld in de vorm van briefwisseling of telefoongesprek, is niet of nauwelijks te controleren en controle ervan zou ook om verschillende, hierna te bespreken redenen onwenselijk zijn. Communicatie aan een groep van gebruikers van enige omvang, een publiek, heeft al snel een openbaar

31 Spoor diss. pp. 131-132. De begrippen ‘toegankelijk maken’ en ‘communicatie’ zullen in deze studie door elk ier worden gebruikt.

32 De totale omvang van de consumptie is natuurlijk nooit precies vast te stellen omdat sommige exemplaren nooit en andere vele malen zullen worden gelezen, bijvoorbeeld omdat ze (een paar keer) worden doorverkocht. Toch is het te verwachten eindgebruik op basis van ervaringsregels wel bij benadering te schatten.

33 Dat een auteur in veel gevallen (in zijn ogen) te weinig krijgt is vooral het gevolg van de economische markt- en machtsverhoudingen. Dit doet echter niet af aan het principe dat de exploitatie-verbodsrechten ten aanzien van communicatiehandelingen in beginsel de *mogelijkheid* bieden eindgebruik in te schatten en in te calculeren.

karakter, waardoor het een relatief controleerbare handeling wordt. Te denken valt hierbij aan een voorstelling in het openbaar of aan een radio- of televisie-uitzending.

2.3.2 *Openbaar maken publieke communicatie*

De exploitatie-verbodsrechten van de auteur hebben daarom vooral betrekking op publieke communicatie, op min of meer openbare overbrenging van een werk. Deze handelingen die in de Nederlandse Auteurswet worden aangeduid met de term *openbaar maken*, vormen een van de twee hoofdcategorieën van exploitatierechten. Het *openbaar makingsrecht* vormt daarom één van de hoofdonderwerpen van deze studie en zal worden besproken in hoofdstuk 3.

2.3.3 *Verveelvoudigen op zichzelf geen communicatie*

De andere hoofdcategorie van handelingen die onder een exploitatierecht valt is het *verveelvoudigen*, het vervaardigen van exemplaren. Het *verveelvoudigen* is geen *communicatiehandeling*, maar, in ieder geval oorspronkelijk, een handeling die aan de communicatie, door middel van de verspreiding van exemplaren, *voortafgaat*. De vervaardiging en verspreiding van exemplaren is de communicatievorm die de aanleiding is geweest voor het ontstaan van het auteursrecht. De *verveelvoudiging* vormt de noodzakelijke voorbereidingshandeling³⁴ voort, en daarmee het begin van de verspreiding van exemplaren. *Verveelvoudigen* is in beginsel een voorbereidingshandeling op een andere voorbereidingshandeling (de verspreiding) op de uiteindelijke consumptie van het werk. Het *verveelvoudigingsrecht* is het onderwerp van hoofdstuk 2.

2.3.4 *Gemeenschappelijk kenmerk*

Het gemeenschappelijke kenmerk van de handelingen die onder het exploitatierecht van de auteur vallen is dat het om handelingen gaat die *leiden tot een calculeerbare gebruikstoename*, oftewel een *toename in consumptie* van het werk, waardoor de auteur bij het onder voorwaarden verlenen of weigeren van toestemming voor de betreffende handeling die gebruikstoename kan incalculeren of voorkomen. Deze handelingen waardoor het werk toegankelijk wordt gemaakt dienen bij voorkeur *controlebaar* te zijn, hetgeen veronderstelt dat controle zowel praktisch mogelijk als niet principieel onwenselijk moet zijn, omdat anders uitoefening van de rechten onmogelijk is en/of onwenselijke consequenties heeft.

2.4 *Grenzen en beperkingen*

De beperkingen en grenzen van de auteursrechtelijke exploitatierechten worden, zoals vaak in het recht, gevormd door conflicten met andere rechten. Waar een botsing met andere rechten plaatsvindt dient een afweging te worden gemaakt om te bepalen welk recht (in hoeverre) dient te prevaleren. Hierna zullen de drie

34. Dat de *verveelvoudiging* een voorbereiding is op de communicatie blijkt bijvoorbeeld uit de definitie van *verveelvoudiging* in de Franse Auteurswet (C.O. de la propriété intellectuelle 1992, artikel L. 122.3): *La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'oeuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte* (curs. DV).

(grond)rechten worden besproken die belangrijke grenzen van de auteursrechtelijke exploitatierechten vormen, te weten *eigendom*, *privacy* en *informatievrijheid*

2.4.1 Eigendom

Consumptie en eigendom

Zoals hiervoor al kort werd aangegeven conflicteert een exploitatie verbodsrecht op consumptie met het eigendomsrecht. Immers, 'Eigendom is het recht om van een zaak het vrije genot te hebben'.³⁵ Dit recht is zelfs een grondrecht. Artikel 1, lid 1, eerste zin, van Protocol I bij het EVRM luidt 'Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft het recht op het ongestoord genot van zijn eigendom'. Voor zover en steeds wanneer het genot en gebruik van een werk gekoppeld is aan een stoffelijk exemplaar waarop een eigendomsrecht rust zou een auteursrechtelijk 'consumptie'- of 'genotsverbodsrecht' op gespannen voet staan met het 'genotsrecht' van de eigenaar.

Nu is het eigendomsrecht ook weer niet onbegrensd. 'Het staat de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met de rechten van anderen [...]'.³⁶ Het auteursrechtelijk exploitatierecht zou weliswaar zo'n 'recht van anderen' kunnen zijn, maar de eerder genoemde (en later te onderbouwen) omstandigheid dat het *onnodig* is het genot of de consumptie van het werk onder het exploitatierecht te brengen, leidt er toe dat de afweging van de botsende rechten in het voordeel van het eigendomsrecht uitvalt. Om die reden valt het loutere gebruik van een exemplaar traditioneel niet onder het exploitatierecht van de auteur, ongeacht het oogmerk van de gebruiker. Zowel het lezen van een boek uitsluitend voor eigen genoegen, als het gebruiken van hetzelfde boek voor commercieel advies, vallen niet onder het exploitatierecht.

Communicatie en eigendom

Een ander belangrijk kenmerk van eigendom is de overdraagbaarheid ervan.³⁷ De communicatie van een werk door de verspreiding van exemplaren gaat meestal gepaard met de overdracht van (de eigendom van) die exemplaren. Wanneer de verkoop van exemplaren waarin het werk is vastgelegd onverkort onder het exploitatie-verbodsrecht van de auteur zou vallen, zou dit een vergaande beperking van het eigendomsrecht van de eigenaar betekenen. Als de verkoop van exemplaren daarentegen in het geheel niet onder het exploitatie-verbodsrecht zou vallen,

35 Artikel 625 oud BW. De definitie van eigendom staat tegenwoordig in artikel 1 boek 5 BW. 'Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben'. De betekenis is daarmee niet gewijzigd. Het oude artikel wordt hier geciteerd vanwege de parallel tussen 'genot en consumptie'.

36 Artikel 1, lid 2 Boek 5 BW. Ook artikel 1 van protocol I bij het EVRM kent een dergelijke beperking. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan 'dat een Staat heeft om die wetten toe te passen die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren'.

37 'Eigendom [...] is] overdraagbaar' (artikel 3:83 BW).

zou de auteur, wanneer hij degene die heeft veelelvoudigd niet kan achterhalen (bijvoorbeeld als de vervaardiging van de exemplaren in het buitenland heeft plaatsgevonden) een belangrijke communicatievorm van zijn werk niet kunnen tegengaan respectievelijk reguleren

Het compromis tussen het exploitatierecht en het eigendomsrecht komt tot uitdrukking in het verschijnsel genaamd 'uitputting'. Het recht de communicatie door de verkoop of andere verspreiding van exemplaren te verbieden, beperkt zich tot exemplaren die nog niet met toestemming van de auteur voor de eerste maal in het verkeer zijn gebracht. Met andere woorden: na de eerste verkoop met toestemming van de auteur is het exploitatie-verbodsrecht uitgeput en is het niet meer van toepassing op latere verkoop of verspreiding.³⁸ De gedachte is dat wanneer de auteur toestemming geeft voor de eerste verkoop/verspreiding van een exemplaar (of al voor de daar aan voorafgaande vervaardiging ervan) hij rekening kan houden met het feit dat het exemplaar mogelijk verder verkocht zal worden. Hij kan dit gegeven incalculeren bij de (financiële) voorwaarden die hij aan zijn toestemming verbindt. Daarmee is een exploitatie-verbodsrecht op verdere verkoop van deze exemplaren in beginsel *onnodig* en, in verband met het conflict met het eigendomsrecht tevens *onwenselijk*.³⁹

Hierbij moet worden opgemerkt dat het laten horen in openbare gelegenheden theoretisch ook door de rechthebbende bij de eerste verkoop van een drager, bijvoorbeeld een CD, zou kunnen worden ingecalculeerd, waardoor een separaat openbaarmakingsrecht te dien aanzien onnodig zou zijn. Dit zou echter leiden tot een aanzienlijke verhoging van de prijs van de betreffende CD, waardoor de kopers die niet van plan zijn openbaar te maken, diegene die dat wel gaan doen als het ware 'sponsoren'. Dit gegeven, gecombineerd met het feit dat een openbaarmakingsrecht (met betrekking tot het in het openbaar ten gehore brengen) *niet onwenselijk* wordt geacht, verklaart waarom de uitputting geen betrekking heeft op andere openbaarmakingsvormen.

2.4.2 Privacy

Algemeen

Het Duitse Bundesgerichtshof (BGH) heeft in 1955 in zijn Tonband-arrest⁴⁰ dat in het volgende hoofdstuk nader zal worden besproken,⁴¹ de algemene stelling verkondigd dat wanneer het (exploitatie-)belang van de auteur op het privacybelang van de gebruiker botst, het belang van de auteur in de regel voor zou gaan omdat er zonder diens prestatie voor de gebruiker niets te gebruiken valt.⁴²

38 Het verhuur- en leenrecht vormt weer een beperking op de uitputting. Zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.1.5.

39 Of en waarom (niet) hetzelfde heeft te gelden voor verhuur en uitleen wordt besproken in hoofdstuk 3 paragraaf 3.1.5, alwaar ook de verschillende uitputtings-theorieën aan de orde komen.

40 BGH 18 mei 1955 GRUR 1955 p. 492 (Tonband-Grundig Reporten).

41 Zie hoofdstuk 2 paragraaf 5.1.1.

42 GRUR 1955 p. 497.

Nach dem Grundgedanken des Urheberrechts, das vor allem auch die wirtschaftlichen Belangen des geistig Schaffenden sichern will, ist bei einem solchen Interessenwiderstreit zwischen der schöpferischen Sphäre des Urhebers und der privaten Sphäre des Werknutzers vielmehr der schöpferischen Sphäre, ohne die eine Werknutzung überhaupt nicht möglich wäre, der Vorzug zu geben, wie dies das RG für den Fall des Zusammentreffens persönlichkeitsrechtlicher Interessen des Urhebers mit Belangen des Sacheigentümers eines Kunstwerkes bereits im Jahre 1912 anerkannt hat (RGZ 79, 397).⁴³

Deze stelling, die door Spoor in 1976⁴⁴ en in 1996⁴⁵ met instemming lijkt te worden aangehaald, wordt hier *nadrukkelijk niet* onderschreven. De stelling heeft een apodictisch karakter: de constatering dat gebruik van een werk niet mogelijk is zonder de creatie ervan, is een schijnargument dat niet tot de conclusie hoeft te leiden dat de rechten van de maker zwaarder wegen dan de privacy van de gebruiker. Door het economische exploitatiebelang van de auteur te omschrijven als de ‘scheppende sfeer’ wordt ten onrechte de schijn gewekt dat er sprake zou zijn van een ‘sfeer’ die vergelijkbaar is met of zou moeten prevaleren boven de privésfeer.

Er is veel voor te zeggen om het grondrecht op privacy in veel gevallen tenminste even zwaar te laten wegen als het exploitatierecht van de auteur. Ten eerste was het Tonband-arrest, in ieder geval waar het de stelligheid van de uitspraak betreft, ook in de jaren vijftig in Duitsland al omstreden.⁴⁶ Ten tweede heeft, zoals in het volgende hoofdstuk zal blijken, het BGH zelf in zijn Personal-Ausweis arrest van 29 mei 1964⁴⁷ de stelling impliciet al sterk gerelativeerd door de *uitoefening* van exploitatie-rechten onder dezelfde omstandigheden⁴⁸ wel in strijd met de privacy te achten.⁴⁹ Ten derde is het recht op privacy (de laatste decennia) zeer sterk in

43 Deze verwijzing naar een uitspraak van het Reichsgericht uit 1912 is weinig overtuigend. In die uitspraak ging het om de zeer specifieke situatie waarin een kunstschilder op grond van zijn persoonlijkheidsrecht met succes eiste dat een fresco van zijn hand in een trappenhuis van een privé-pand die door de eigenaresse gedeeltelijk was overgeschilderd in oorspronkelijke staat zou worden gesteld. Het ging daar dus om de *persoonlijkheidsrechten* van de auteur en bovendien om een kunstwerk dat een *unicum* was. Deze uitspraak biedt weinig tot geen aanknopingspunten voor de *exploitatie-rechten* met betrekking tot *massaproducten* als de cassettebandjes in de Tonband-zaak. Het staat met betrekking tot digitaal informatica en netwerkcommunicatie. De fctelijke details van deze Reichsgericht-zaak uit 1912 zijn echter wel zeer gemakkelijk en worden smakelijk door Quaedvlieg uit de doeken gedaan in zijn oratie uit 1992 (A.A. Quaedvlieg, ‘Auteur en aantasting werk en waardigheid’, rede KU Nijmegen 1992, Zwolle 1992, pp. 1-3).

44 Spoor, diss., p. 22.

45 Spoor, Future-Bundel, p. 73. In its fundamental judgement the Court set out that the impact of (then) modern recording technology was such that it affected the right owner’s interests, and that where the author’s protection conflicts with the user’s private sphere the former must come first since without the author’s creative labour the work would not have been available for copying in the first place.

46 Zie de noot van De Boer, Juristenzeitung 1955, p. 749 en voorts Spoor, diss., p. 23 en de daar genoemde literatuur.

47 GRUR 1965, p. 104.

48 Zowel in het Tonband-arrest als in het Personal-Ausweis-arrest ging het om het thuis kopiëren van muziek voor eigen gebruik met behulp van een bandrecorder, zie hoofdstuk 2, paragraaf 5.1.1.

49 Zie hoofdstuk 3, paragraaf 5.3.3 en Visser, Future-bundel, p. 50.

betekenis toegenomen waardoor het nu als een algemeen grondrecht heeft te gelden,⁵⁰ waartegen het exploitatiebelang van de auteur zorgvuldig dient te worden afgewogen

Consumptie en privacy

Het recht op privacy is in de Nederlandse grondwet enigszins verspreid over vier verschillende bepalingen (artikelen 10 t/m 13). In het Europese verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) staat het bij elkaar in artikel 8, lid 1: 'Een ieder heeft recht op respect voor zijn prive leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie'.⁵¹

De consumptie, het loutere waarnemen van informatie lijkt voorzover dit *in een woning* plaatsvindt in ieder geval onder de bescherming van de privesfeer te vallen. Maar zoals de Hoge Raad in het arrest 'Bespiede bijstandsmoeder'⁵² onder verwijzing naar de Memorie van Toelichting bij artikel 10 Gw heeft benadrukt, laat het recht op privacy 'zich niet ruimtelijk begrenzen bijvoorbeeld tot het huis waarin men leeft' (10-44).

Het is goed verdedigbaar dat de loutere consumptie in het algemeen, dus ongeacht waar ze plaatsvindt, gerekend kan worden tot het priveleven. In de Nederlandse auteursrechtelijke jurisprudentie is tenminste een geval bekend waarin (indirect) naar een 'consumptie-vrijheid' in het auteursrecht wordt verwezen: wanneer iemand 'uitsluitend ten eigen genoegen muziek ten gehore brengt' valt dit niet onder het openbaarmakingsrecht van de auteur, ook wanneer anderen toevallig mee kunnen luisteren, onder andere omdat 'de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van artikel 12, tweede lid, in zijn huidige redactie geen steun [geeft] aan de opvatting dat de wetgever een zo ver gaande bescherming van het muzik auteursrecht ten koste van *de vrijheid van de individuele burger* heeft gewenst' (curs. DV).⁵³

Zoals hieronder nader zal worden besproken valt de *communicatie tussen twee individuen* onder het recht op privacy evenals alles wat binnen de familiekring plaatsvindt. Daarvan uitgaande lijkt hetgeen een individu *in zijn eentje* doet, wanneer hij een boek leest of met een walkman op naar een muziekje luistert, *a fortiori* tot zijn persoonlijke levenssfeer te moeten worden gerekend. Of hij dit boek nu leest of de walkman op heeft in zijn eigen huiskamer, in de trein, op een bankje in het park of in een openbare bibliotheek is daarbij niet relevant.

50 I. I. M. Verhey: 'Horizontale werking van grondrechten: in het bijzonder van het recht op privacy', diss. 1992, p. 419 (conclusie).

51 Zie ook artikel 17, lid 1 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR): 'Niemand mag worden onderworpen aan willekeurige of onwettige inmenging in zijn priveleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling, noch aan onwettige aantasting van zijn eer en goede naam'.

52 HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928.

53 HR 1 juni 1979, NJ 1979, 470, m.nt. LWII (Buma/Wassenaar De Zon).

Op grond van het tweede lid van artikel 8 EVRM⁵⁴ zijn beperkingen op het recht op privacy mogelijk, onder andere voor de bescherming van de rechten van anderen. Deze beperkingen moeten echter noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Voor zover en zolang de exploitatiebelangen van de auteur voldoende gewaarborgd kunnen worden door exploitatierechten die betrekking hebben op *andere* (niet-consumptie) handelingen, is een beperking op het recht op privacy door een verbodsrecht op consumptie niet eens *nodig*, laat staan *noodzakelijk*. Dan prevaleert ten deze het recht op privacy.⁵⁵

Communicatie en privacy

In het hiervoor geciteerde artikel 8 EVRM wordt ook de correspondentie genoemd als beschermd door het privacy grondrecht. De individuele communicatie wordt van oudsher beschermd door het brief- en telefoongeheim.⁵⁶ Nu is de communicatie per brief en inmiddels ook die per telefoon een 'ouderwetse', 'medium-specifieke' vorm van communicatie. J. A. Hofman suggereert in zijn proefschrift van 1995⁵⁷ in verband met de ontwikkelingen op het gebied van de communicatietechnologie het volgende nieuwe artikel 13, lid 1 Gw: 'Ieder heeft het recht vertrouwelijk met anderen te communiceren'. Daarmee zouden alle nieuwe communicatievormen, bijvoorbeeld per e-mail onder het grondrecht vallen. Een dergelijke formulering lijkt een verantwoorde eigentijdse en media-bestendige uitwerking van artikel 8 EVRM.

Als de individuele verzending van auteursrechtelijk beschermd werk onder het exploitatie verbodsrecht zou vallen, zou de afdwingbaarheid (controleerbaarheid) van de naleving van dit recht een inbreuk op het recht op vertrouwelijke communicatie betekenen.

Maar ook de communicatie die plaats vindt in de huiselijke kring, bijvoorbeeld in de vorm van het voorlezen van een verhaal of het spelen van een muziekstuk, wordt beschermd door het recht op privacy. Controle op *communicatie* binnen de privésfeer is even ingrijpend als controle op *consumptie* in diezelfde sfeer. Zolang er bruikbare andere aanknopingspunten bestaan voor de exploitatierechten van de auteur is een verbodsrecht ten aanzien van individuele communicatie onnodig, dus zeker niet 'noodzakelijk in een democratische samenleving' en kan het de proportionaliteits toets van artikel 8, lid 2 EVRM dus niet doorstaan. Daarom dient het exploitatierecht van de auteur zich zo enigszins mogelijk tot *openbare*

54 Artikel 8, lid 2 EVRM: 'Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht [genoemd in het eerste lid DV] dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.'

55 'Where user's right of privacy might be prejudiced neither authors nor their successors in interest should be allowed to exercise their exclusive rights of control.' P. E. Geller, *Reprography and other Processes of Mass Use in The reform of Copyright Law Experiences Abroad* (Zurich 1990) p. 50.

56 Artikel 13 Gw 1: 'Het briefgeheim is onschendbaar, behalve in de gevallen bij de wet bepaald op last van de rechter. 2. Het telefoon- en telegrafgeheim is onschendbaar, behalve in de gevallen bij de wet bepaald door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.'

57 J. A. Hofman, *Vertrouwelijke communicatie*, Kluwer 1995, p. 477.

communicatie te beperken, oftewel communicatie die gericht is op de openbaarheid, waardoor de privésfeer gevrijwaard kan blijven van controle.

2.4.3 Informatievrijheid

Exploitatierechten kunnen ook in strijd komen met de informatievrijheid.⁵⁸ Onder informatievrijheid wordt hier verstaan de vrijheid om denkbeelden, meningen en inlichtingen te koesteren, door te geven en te ontvangen, als gewaarborgd door artikel 10 EVRM.⁵⁹ Met de ‘free flow of information’-gedachte die aan de informatievrijheid ten grondslag ligt vertoont het ‘access for all’-ideaal een sterke overeenkomst. Het conflict tussen informatievrijheid en exploitatierecht van de auteur is zeer problematisch omdat de rechten in aanleg diametraal tegenover elkaar staan: het individuele exclusieve recht om bepaalde handelingen die leiden tot genot en gebruik van bepaalde informatie te verbieden tegenover het (grond-) recht handelingen te verrichten die leiden tot het gebruik en genot van informatie. Het hiertussen te vinden evenwicht betekent in het algemeen niet meer en niet minder dan dat de handelingen waar exploitatie-verbodsrechten op van toepassing zijn, zo gekozen worden dat er geen *onnodige* belemmeringen voor de informatiestroom zijn. Artikel 10, lid 2 EVRM⁶⁰ staat immers, evenals artikel 8 EVRM, alleen beperkingen toe voorzover deze noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Er mochten niet zonder noodzaak handelingen onder het verbodsrecht van de auteur worden gebracht, als het voor hem mogelijk is door middel van het uitoefenen van zijn rechten ten aanzien van *andere* handelingen zijn werk te exploiteren.

In overeenstemming daarmee vormt de informatievrijheid verder de basis voor bepaalde beperkingen van het auteursrecht met betrekking tot bepaalde soorten van informatie, in bepaalde hoeveelheden, voor een bepaald doel. Deze beperkingen zijn deels expliciet in de Auteurswet opgenomen⁶¹ en moeten deels blijken in

⁵⁸ Zie hierover bijvoorbeeld: D.W.F. Verkade, ‘Intellectuele eigendom, mededeling en informatie-vrijheid’, rede 1990, passim, en P.B. Hugenholtz, diss., pp. 150-165.

⁵⁹ Artikel 10, lid 1 EVRM. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. Dit artikel belet Staten met radio-omroep-, bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen.

⁶⁰ Artikel 10, lid 2 EVRM. Daar de uitoefening van deze vrijheden [genoemd in lid 1, DV] plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

⁶¹ Zie bijvoorbeeld de artikelen 15, 15a, 15b, 16, 16a Aw.

de afweging van de exploitatierechten tegen de informatievrijheid in specifieke gevallen waarin de Auteurswet niet voorziet.⁶²

2.4.4 Cultuur-politieke beperkingen

Naast beperkingen die verband houden met klassieke (grond)rechten van anderen, zoals eigendom, privacy en informatievrijheid, zijn er in het geldende auteursrecht ook beperkingen die een meer cultuur-politiek karakter hebben. De beperkingen die te maken hebben met onderwijs, cultuur en wetenschappen berusten op politieke keuzes om bepaald gebruik van auteursrechtelijk beschermd werk vrij te stellen.⁶³ Deze beperkingen hebben betrekking op handelingen door bepaalde instanties, bijvoorbeeld openbare bibliotheken, of op handelingen met een bepaald doel, zoals illustratie bij het onderwijs.

De hier bedoelde cultuur-politieke beperkingen hebben een minder algemeen en principieel karakter dan de grenzen die bepaald worden door de eerder besproken grondrechten, al kan men hier wel een (iets verwijderd) verband zien met de informatievrijheid. Cultuur-politieke overwegingen zullen er in het algemeen niet toe leiden dat een bepaalde categorie handelingen, ongeacht het doel en ongeacht de aard van de informatie waar deze handelingen betrekking op hebben, zal (moe-ten) worden vrijgesteld. Het zou steeds moeten gaan om specifieke uitzonderingen die door het cultuur-politieke doel worden gerechtvaardigd, omdat anders snel sprake is van willekeurige beperking van exploitatierechten. De cultuur-politieke beperkingen blijven hier verder buiten beschouwing.

2.5 Conclusie

De grenzen en beperkingen van de exploitatierechten worden in grote lijnen bepaald door het eigendomsrecht, het recht op privacy, de informatievrijheid en door cultuur-politieke overwegingen. Het *eigendomsrecht* en het *recht op privacy*

62 Vgl. HR 20 oktober 1995, RvdW 1995, 212 C, IER 1995, p. 223, AMI 1996, p. 51 (Dior/Evora). De Hoge Raad wees in deze zaak een beroep op 10 EVRM en 19 IVBPR af (1 o. 3.11). 'Hetgeen Evora in het kader van haar beroep op deze verdragsbepalingen heeft aangevoerd, dwingt niet tot de conclusie dat in het onderhavige geval het belang van Dior bij de haar toekomende merk- en auteursrechten zou moeten wijken voor dat van Evora bij vrijheid van meningsuiting' (curs. DV). In r.o. 3.6.2 overwoog de HR evenwel '[De] uitdrukkelijke beperkingen [in § 6 van Hoofdstuk I van de Auteurswet] sluiten echter niet uit dat de grenzen van het auteursrecht ook in andere gevallen aan de hand van een vergelijkbare afweging nader moeten worden bepaald, in het bijzonder wanneer de behoefte aan de desbetreffende begrenzing door de wetgever niet is onderkend en zij past in het stelsel van de wet, zulks in het licht van de ontwikkeling van het auteursrecht als middel tot bescherming van commerciële belangen'. Vgl. eerder Rb. Amsterdam 19 januari 1994, IER 1994, p. 50, (Volkskrant/Beeldrecht), met name r.o. 8. 'Hoewel er in de literatuur lange tijd van werd uitgegaan dat de wetgever verondersteld moest worden binnen het raam van artikel 10 EVRM in de Auteurswet de juiste afweging te hebben gemaakt, is er sinds de jaren tachtig een onmiskenbare stroming die van mening is dat auteursrechten als gewaarborgd in de Auteurswet in concrete gevallen op gespannen voet kunnen staan met artikel 10 EVRM, met name omdat het stelsel van wettelijke beperkingen door zijn enge formulering onvoldoende aan het recht op vrije meningsuiting tegemoet komt'.

63 Bij de zogenaamde sociale grondrechten is een aanknopingspunt te vinden voor de cultuur-politieke beperkingen op de exploitatierechten. Artikel 22, lid 3 Gw luidt als volgt: 'Zij [de overheid, DV] schept voorwaarden voor maatschappelijke en culturele ontplooiing en voor vrijetijdsbesteding'.

geven in het kader van deze studie, te weten bij het bepalen van de handelingen waar exploitatierechten betrekking op hebben of zouden moeten hebben, het meest houvast. Deze beide rechten maken vooral duidelijk dat *consumptiehandelingen* en *individuele communicatiehandelingen* in beginsel niet onder een exploitatierecht van de auteur (mogen) vallen, in ieder geval zolang dit niet noodzakelijk is om de auteur de mogelijkheid te geven zijn werk te exploiteren. Aanzienlijk minder concreet is (in dit kader) de grens die de *informatievrijheid* trekt. Afgezien van het feit dat handelingen in het algemeen niet *onnodig* onder het exploitatierecht mogen worden gebracht, levert de informatievrijheid vanwege het principiële en onvermijdelijke conflict met ieder exploitatierecht, weinig steun bij het vaststellen van de omvang van de exploitatierechten van de auteur. Nog minder hanteerbaar zijn in dit verband de beperkingen van cultuur-politieke aard. De politieke (dus veranderlijke) overweging dat bepaalde groepen consumenten in bepaalde gevallen (extra) moeten worden beschermd of bevoordeeld ten detrimente van de rechten van de auteur laat zich naar mijn mening nog minder dan de informatievrijheid vertalen in concrete criteria voor begrenzing met algemene gelding.⁶⁴

64. Vergelijk J.M. de Meij, *Auteursrecht en Informatievrijheid* (bespreking van het proefschrift van Hugenholtz) NJB 1991 pp. 45-49.

Hoofdstuk 2 Het verveelvoudigingsrecht

Das Urheberrecht bedeutet in seinem Kern die Herrschaft des Urhebers über die Mitteilung des Werks durch Verbreitung, Aufführung, Sendung usw. in bestimmten Grenzen. So gesehen ist die Vervielfältigung nur eine Vorbereitungshandlung zur Verbreitung. Sie ist aber verselbständigt und zu einer besonderen ausschließlichen Befugnis des Urhebers ausgestaltet, nicht nur im Zusammenhang der geschichtlichen Entwicklung – alles Urheberrecht ist ja aus dem Nachdruckschutz entstanden – sondern vor allem weil nur im Stadium der Vervielfältigung weitere Urheberrechtsverletzungen durch Verbreitung wirksam verhindert werden können.

De Boor, GRUR 1954, p. 440

1 Inleiding

1.1 Plan van behandeling

In dit hoofdstuk worden de handelingen onderzocht die in Nederland, Duitsland en de Verenigde Staten onder het verveelvoudigingsrecht vallen. Eerst wordt de traditionele functie en de traditionele definitie van het verveelvoudigingsrecht besproken, die internationaal vrijwel gelijk opgaat en tot ongeveer halverwege deze eeuw weinig problemen opleverde. Daarna wordt ingegaan op de sindsdien veranderende functie van de verveelvoudiging en de problemen die daarmee samenhangen. Daarbij gaat het allereerst om de praktische moeilijkheden tengevolge van de toenemende oncontroleerbaarheid die in de vorm van diverse varianten van ‘het kopieerprobleem’ zullen worden besproken en vervolgens om het meer systematische en principiële probleem dat het gevolg is van toenemende samenloop van verveelvoudigingshandelingen met handelingen die van oudsher niet door het auteursrecht werden geraakt. Tenslotte wordt aan het eind van dit hoofdstuk een voorlopige conclusie getrokken ten aanzien van de doelmatigheid en hanteerbaarheid van het verveelvoudigingsrecht met betrekking tot digitale informatie en netwerkcommunicatie.

1.2 Afbakening van het begrip verveelvoudiging (reproductie)

Met verveelvoudigen wordt hier steeds bedoeld het verveelvoudigen in enge zin¹ het reproducieren of vervaardigen van vastleggingen in stoffelijke exemplaren² in ongewijzigde vorm. Niet bedoeld wordt het verveelvoudigen in gewijzigde vorm, het bewerken of vertalen.³ Het bewerkingsrecht heeft een wezenlijk ander karakter dan het reproductierecht. Het bewerkingsrecht geeft aan dat de exploitatierechten (reproductie- én openbaarmakingsrechten) ook betrekking hebben op bewerkte/gewijzigde werken. Het vormt dus een *uitbreiding van het voorwerp van de exploitatierechten* en niet van de *soorten handelingen* waar exploitatierechten op van toepassing zijn. Om in dit verband verwarring over de betekenis van de term ‘verveelvoudiging’ te voorkomen zou men er voor kunnen kiezen om consequent de term ‘reproductie’ te gebruiken.⁴ In deze studie gebeurt dat niet. Hier wordt ervoor gekozen om in beginsel aan te sluiten bij de in de Nederlandse Auteurswet en in de rechtspraak en literatuur gebruikelijk term ‘verveelvoudiging’.

2 Traditionele functie

Het verveelvoudigingsrecht neemt traditioneel een centrale plaats in het auteursrecht in. Het recht om het werk in exemplaren te reproducieren wordt in alle auteurswetten ter wereld erkend en is vastgelegd in de Berner Conventie. Deze belangrijke rol van het verveelvoudigingsrecht is te verklaren uit de plaats en de functie van de verveelvoudiging in het communicatieproces, waarin het werk van de auteur naar de eindgebruikers komt. Het verspreiden van exemplaren die met de drukpers waren vervaardigd (het ‘door den druk gemeen maken’⁵) was de belangrijkste aanleiding voor de totstandkoming van het auteursrecht⁶ en is lang één van de belangrijkste communicatievormen gebleven.

In het proces van vervaardigen en verspreiden van exemplaren vormt het verveelvoudigen een *eerste en noodzakelijke* handeling die van oudsher *massaal en centraal* plaatsvond. Het drukken van teksten en afbeeldingen was een kostbare aangelegenheid die alleen bij aanzienlijke oplagen aantrekkelijk was en daarmee voorbehouden was aan professionele drukkers/uitgevers. Daarmee vormde het vervaardigen van exemplaren tegelijk een eenvoudige *controleerbare* activiteit.

1. Vergelijk Van Isacker, p. 164.

2. Met ‘exemplaren’ worden in deze studie (stoffelijke) informatiedragers bedoeld. De termen ‘exemplaar’ en ‘informatiedrager’ zullen door elkaar in dezelfde betekenis worden gebruikt.

3. Zie over de twee betekenissen van het woord ‘verveelvoudigen’ in de Auteurswet 1912 uitgebreid en overtuigend J. H. Spoor, ‘De twee betekenissen van het woord verveelvoudigen in de Auteurswet 1912’, WPNR 105, nr. 5234, 1974, pp. 165-170.

4. Spoor en van Isacker maakten deze keuze in hun proefschriften. Zie Spoor, diss. pp. 3-4 en Van Isacker, pp. 164-165.

5. In de oude Nederlandse Auteurswet van 28 juni 1881 (Stb. 124) werd het exploitatierecht van de auteur in artikel 1 (deels) omschreven als ‘het recht om geschriften, plaat, kaart, muziek, toneelwerken en mondelinge voordrachten *door den druk gemeen te maken*’ (curs. DV).

6. Vgl. De Beaufort, diss. p. 1.

Het aantal drukkers en uitgevers was te overzien en het drukken en verspreiden van aanzienlijke aantallen exemplaren was moeilijk verborgen te houden.

Om deze drie redenen, samengevat: omdat het drukken een a) noodzakelijke, b) aan de communicatie voorafgaande en c) controleerbare handeling was, vormde het verveelvoudigen een ideaal aanknopingspunt voor een auteursrechtelijk verbodsrecht.⁷ Op basis van dit recht kon de auteur eenvoudig contracteren met de drukker/uitgever waarbij hij de financiële of andere voorwaarden voor de verspreiding van zijn werk kon overeenkomen en waarbij rekening gehouden kon worden met het aantal exemplaren dat zou worden vervaardigd. Drukkers en uitgevers die zonder toestemming werk drukten maakten zich per definitie schuldig aan piraterij (professionele, massale inbreuk) en waren relatief gemakkelijk op te sporen.

Van een recht dat aanvankelijk vooral gericht was op het vervaardigen van exemplaren met behulp van de *drukpers*, evolueerde het verveelvoudigingsrecht met de komst van *andere reproductietechnieken* tot zijn huidige, algemene en ruime definitie. De Nederlandse wetgever achtte het in 1912 nog zinvol om de vastlegging op 'rollen, platen en andere voorwerpen, bestemd om het geheel of een gedeelte van het werk langs mechanische weg ten gehore brengen' apart in de wet te noemen, maar eigenlijk bestond er toen al geen twijfel over dat deze verveelvoudigingstechnieken ook onder het algemene verveelvoudigingsbegrip van artikel 1 Aw werden begrepen. Ook voor het verveelvoudigen van geluidsopnamen op grammofoonplaten en het dupliceren van films⁸ gold dat deze activiteiten om dezelfde technische en organisatorische redenen een geschikt aanknopingspunt voor een verbodsrecht bleven: het waren noodzakelijke aan de communicatie voorafgaande en controleerbare handelingen.

De verruiming en veralgemenisering van het verveelvoudigingsrecht loopt parallel met de *theorievorming* volgens welke het auteursrecht een absoluut recht is op een immaterieel goed en *iedere vorm* van verveelvoudigen omvat ongeacht het doel of andere bijkomende omstandigheden.⁹ De *praktische achtergrond* waartegen deze theorievorming plaatsvond was en bleef echter lange tijd, in ieder geval tot ongeveer 1950,¹⁰ de traditionele situatie waarin het verveelvoudigen vrijwel uitsluitend centraal, massaal en professioneel gebeurt.

3 Traditionele definitie

De traditionele definitie van het verveelvoudigingsrecht zoals die zich in verschillende landen heeft ontwikkeld is door Spoor uitgebreid onderzocht en besproken

7. Een inzicht dat overigens pas veel later dan bij de uitvinding van de boekdrukkunst en later dan de invoering van de drukkersprivileges ontstond. Vgl. De Beaufort, diss., Hoofdstuk 1 §§ 1 en 2.

8. De Beaufort, diss., pp. 244-245.

9. Spoor, diss., hoofdstuk 1, met name p. 53 (conclusie).

10. Vanaf ongeveer 1950 zijn het foto- en audiokopieren een steeds belangrijker plaats gaan innemen.

in zijn proefschrift uit 1976¹¹ Hier worden kort de definities genoemd zoals die in de hier onderzochte landen te vinden zijn

De *Nederlandse* Auteurswet kent geen wettelijke definitie van verveelvoudiging Het ging hierbij volgens de wetgever in 1912 namelijk om 'eene oorspronkelijke beteekenis, copieeren, nadrukken, het vervaardigen van een of meer gelijke exemplaren, welke de wetgever niet behoeft te omschrijven'¹²

Het *Duitse* Vervielfältigungsrecht is enigszins tautologisch vastgelegd in § 16 UrhG

Das Vervielfältigungsrecht ist das Recht, Vervielfältigungsstücke des Werkes herzustellen, gleichviel in welchem Verfahren und in welcher Zahl

Het *Amerikaanse* recht 'to reproduce in copies' wordt nader ingevuld door de definitie van 'copies' in section 101 USC

Copies' are material objects [] in which a work is fixed by any method now known or later developed, and from which the work can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device

In de *Berner Conventie* wordt het verveelvoudigingsrecht in artikel 9, lid 1 als volgt omschreven

De door deze Conventie beschermde auteurs van werken van letterkunde en kunst genieten het uitsluitende recht om toestemming te verlenen tot het verveelvoudigen van deze werken, ongeacht op welke wijze en in welke vorm

Met Spoor kan geconcludeerd worden dat in de door hem onderzochte landen (Nederland, Duitsland en Frankrijk¹³) en in de *Berner Conventie* ongeveer dezelfde zeer ruime definitie tot stand is gekomen¹⁴ Hij omschrijft de verveelvoudiging (reproductie) als 'de lichamelijke vastlegging van een werk welke geschikt is om dat werk op enigerlei wijze waarneembaar te maken'^{15 16} Deze definitie van Spoor wordt hier als uitgangspunt genomen

11 Spoor diss. passim

12 Parlementaire Geschiedenis van de Auteurswet 1912 p. 133. Zie over artikel 14 Aw hiervoor paragraaf 2. In 1973 werd artikel 14 Aw gemoderniseerd tot haar huidige tekst

13 In de Franse auteurswet (Code de la propriété intellectuelle 1992) is het verveelvoudigingsrecht in artikel L. 122-3 als volgt gedefinieerd: La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'oeuvre par tous procédés qui permettent de la communication au public d'une manière indirecte. Het Franse recht blijft in deze studie buiten beschouwing

14 Vergelijk Spoor Futuur Bundel pp. 68-69

15 Spoor diss. p. 50

16 Voor het *Amerikaanse* recht dat niet het onderwerp vormde van het proefschrift van Spoor, maar wel van de onderhavige studie, geldt hetzelfde

De essentiële punten in deze definitie zijn de *vastlegging* en de *geschiktheid om het werk waarneembaar te maken*¹⁷ en dat alle *andere omstandigheden* volgens het positieve recht (van de genoemde door hem onderzochte landen) *niet relevant* zijn. Dit betekent overigens niet dat iedere vastlegging die geschikt is om het werk waarneembaar te maken per definitie inbreuk op auteursrecht oplevert, er kan namelijk een uit/ondering of een beperking op van toepassing zijn.¹⁸ Hier gaat het echter om de hoofdregel: de vraag of een activiteit in beginsel als vereenvoudiging relevant is.

3.1 Vastlegging

Bij een vastlegging gaat het om de verbinding tussen de informatie, het ‘immateriële’ werk, en een stoffelijke drager, het ‘materiele’ exemplaar. Van vastleggen kan men volgens Spoor pas spreken als de verbinding tussen werk en voorwerp *min of meer duurzaam* is.¹⁹ De Amerikaanse Auteurswet geeft een definitie van ‘vastgelegd’ in section 101 USC en geeft een indicatie van de vereiste duurzaamheid:

A work is fixed in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy [] is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration.

Als duurzaam gelden onder andere en in ieder geval de vastlegging op papier, hout, linnen, film (positief en negatief), (magneet)band, schijf of floppy, in steen, brons, ijs²⁰ of plastic. Als onvoldoende duurzaam of onvoldoende ‘verbonden’ met een stoffelijke drager geldt traditioneel met name de projectie op een (beeld)scherf.²¹

3.2 Geschikt om het werk waarneembaar te maken

Sommige vastleggingen zijn direct met het blote oog waarneembaar: zoals tekst op papier of beelden in brons. Voor het waarnemen van andere vastleggingen, bijvoorbeeld geluid op band of tekst op microfilm, is een weergave apparaat nodig. Beide soorten vastleggingen worden echter traditioneel als vereenvoudigingen beschouwd.²²

17 In de Verenigde Staten wordt in dit verband gesproken van het *fixation requirement* en het *intelligibility requirement*. Nimmer § 8.02 [2] en [3].

18 Vgl. Spoor/Verkade p. 155 die in vrijwel dezelfde bewoordingen hetzelfde aangeven.

19 Spoor diss. p. 50.

20 Hugenholtz 1982 (p. 33) noemt als voorbeeld van voldoende duurzame vastlegging de Venus van Milo in roomijs. In de Duitse literatuur wordt vaak verwezen naar Von Gamm, Urheberrechts-gesetz München 1968 § 16 a int. 10 p. 342 die als voorbeelden van vereenvoudiging Schneebis Backwerk noemt. Deze voorbeelden dienen om aan te geven dat de vergankelijkheid van het stoffelijk materiaal waarin is vastgelegd in beginsel niet relevant is.

21 Nimmer § 8.02 [B] [2].

22 Vgl. bijvoorbeeld artikel 9 lid 3 van de Berne Conventie. Geluids- of beeldopnamen worden beschouwd als een vereenvoudiging in de zin van deze Conventie.

Ook negatieven, matrijzen, bakvormen en dergelijke die als hulpmiddelen dienen voor het vervaardigen van exemplaren, zijn zelf ook verveelvoudigingen, omdat ze vastleggingen zijn die indirect geschikt zijn het werk waarneembaar te maken,^{23 24} voorzover ze dat voor de laborant, bakker enzovoort niet al *direct* doen

3.3 Verder niets relevant

Alle andere aspecten zijn volgens het positieve recht in de meeste landen niet relevant. Onderstaande, niet uitputtende opsomming van factoren die voor het reproductiebegrip *irrelevant* zijn²⁵ is afkomstig uit het proefschrift van Spoor²⁶

- Het aantal exemplaren dat vervaardigd wordt. Ook een enkel exemplaar is een reproductie
- Het toegepaste procedé. Zowel langs mechanische (druk, stencil, offset, persen van grammofoonplaten, e.d.) en elektronische weg (bandopname, vastlegging in computergeheugen) als met de hand vervaardigde exemplaren zijn reproducties
- Het aantal malen dat het exemplaar gebruikt kan worden. Een gietvorm waarvan maar een afgietsel kan worden gemaakt is toch een reproductie
- De plaats waar het reproduceren plaats heeft
- Het doel van het exemplaar. Ook drukwerken, gemaakt bij praktijkexamens van een grafische opleiding, of veilig bewaarde microkopieën van documenten die bij brand verloren zouden kunnen gaan, zijn reproducties
- De bestemming, bijvoorbeeld export
- De reproducerende persoon. Ook een door de auteur zelf gemaakte kopie is een reproductie
- De wil om te reproduceren. De door verkeerde bediening van een bandrecorder per ongeluk gemaakte opname is toch een reproductie

Met deze zeer ruime omschrijving lijkt het erop dat het verveelvoudigingsrecht geruime tijd alle technische ontwikkelingen heeft kunnen absorberen

4 Veranderende functie

4.1 Praktisch probleem decentralisatie

Met de komst, vanaf 1950,²⁷ van het foto-, audio- en later van het videokopieren had de theorie van het verveelvoudigingsrecht op zichzelf geen probleem. Iedere kopie is immers in beginsel een auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging. In

23 Vgl. Hugenholtz 1982, p. 34; Spoor, AMR 1983, p. 35 en Spoor/Verkade, p. 154.

24 In Duitsland is dit onder andere bevestigd door het Bundesgerichtshof in BGH 13 juli 1981, GRUR 1982, 102 (Masterbanden). Zie ook Fromm/Nordmann, p. 167.

25 Spoor, diss., p. 52.

26 Deze opsomming is aangevuld met recente voorbeelden uit de jurisprudentie, ook te vinden in Spoor/Verkade, pp. 154-155 (daar worden echter ook de duurzaamheid en houdbaarheid als in beginsel irrelevant factoren genoemd).

27 Vgl. Spoor, diss., p. 21.

de praktijk lag het echter minder eenvoudig. De praktische problemen waren het rechtstreekse gevolg van de veranderende plaats en functie van de verveelvoudiging. In plaats van een massale en centrale noodzakelijke voorbereidingshandeling werd de verveelvoudiging een individuele, decentrale 'optionele' handeling die plaats vond na de communicatie van het werk aan het publiek. Alvorens een werk te kunnen kopiëren moet men erover beschikken, op het moment dat het kan worden gekopieerd is het dus al aan de gebruiker gecommuniceerd. Daarmee werd de verveelvoudiging deels oncontroleerbaar. Met Spoor kunnen we constateren dat het verveelvoudigingsrecht op deze vormen van kopiëren in het geheel niet is berekend.²⁸ Het belangrijke Duitse Tonband-arrest uit 1955, dat hierna in paragraaf 5.1 nader zal worden besproken, bevestigde weliswaar de ruime definitie van verveelvoudiging, maar bleek een Pyrrusoverwinning voor de rechthebbenden.

4.2 Systematisch probleem gebruik en communicatie als verveelvoudiging

Computerprogramma's, die sinds enige tijd ook als auteursrechtelijk beschermde werken worden aangemerkt²⁹ hebben naast het *praktische probleem* van het decentrale oncontroleerbare kopiëren een *systematisch probleem* opgeroepen, namelijk in de vorm van de vraag of de tijdelijke vastlegging in het werkgeheugen, die onvermijdelijk is bij het gebruik van het programma, als een auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging moet worden aangemerkt. Het loutere gebruik van het werk was immers traditioneel vrij van auteursrechtelijke aanspraken. Het uitgangspunt dat iedere verveelvoudiging auteursrechtelijk relevant is botst hier met het beginsel dat gebruik auteursrechtelijk juist niet onderworpen is aan een auteursrechtelijk verbodsrecht.³⁰

Een ander systematisch probleem is het gevolg van de manier waarop informatie in digitale vorm door elektronische netwerken verzonden wordt. Dergelijke netwerkkommunicatie heeft als kenmerk dat de informatie tijdens de verzending en bij de ontvanger een aantal malen gedurende kortere of langere tijd tijdelijk wordt vastgelegd. Deze onvermijdelijke vastleggingen in het kader van de communicatie zorgen voor een systematisch probleem dat vergelijkbaar is met het probleem van het gebruik van een computerprogramma dat verveelvoudiging met zich mee brengt. Het uitgangspunt dat iedere verveelvoudiging auteursrechtelijk relevant is botst hier op het beginsel dat de loutere *individuele* communicatie traditioneel

²⁸ Spoor diss. pp. 135-136.

²⁹ In Europa is dat op grond van Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (Pb. nr. L 122/42, 17 mei 1991) overal expliciet het geval. In Nederland is deze richtlijn per 1 september 1994 (bij Wet van 7 juli 1994 Stb. 1994-521) geïmplementeerd in de Auteurswet 1912. In Amerika is het auteursrecht op computerprogramma's expliciet erkend in de Computer Software Act uit 1980 (Wet van 12 december 1980 Pub. L. No. 96-517, ch. 38, sec. 211-94 Stat. 3015-3018). Deze wet is in 1988 geïncorporeerd in de Copyright Act.

³⁰ Zie hoofdstuk 1, paragraaf 2.2.

vrij is van auteursrechtelijke aanspraken en dat de *publieke* communicatie geregeld wordt door het openbaarmakingsrecht.³¹

Alvorens deze systematische problemen worden besproken, komt eerst het praktische probleem van de decentralisatie en daarmee samenhangende oncontroleerbaarheid aan de orde aan de hand van de verschillende categorieën 'kopieerproblemen'.

5 Het kopieerprobleem

5.1 Het thuiskopieren

5.1.1 Begrip

'Thuiskopieren' is de gangbare³² aanduiding geworden voor het opnemen van (*bewegend*) *beeld of geluid* voor privégebruik.^{33 34} Dit opnemen gebeurt deels van radio of televisie en deels van andere dragers zoals CD's. De 'voorwerpen' waarop het auteursrechtelijk beschermd werk voor privédoeleinden wordt vastgelegd zijn momenteel nog voor het overgrote deel audio- en videocassettebanden.³⁵

5.1.2 Geschiedenis

Het begin van de juridische geschiedenis van het thuiskopiëren als auteursrechtelijk probleem kan men plaatsen in de jaren vijftig in Duitsland. In zijn arrest van 18 mei 1955³⁶ oordeelde het Bundesgerichtshof (BGH) dat het maken van audio-bandopnamen voor eigen gebruik een inbreuk op het verveelvoudigingsrecht opleverde en niet werd gedekt door de beperking daarop in de destijds geldende auteurswet. Hoewel dit kopiëren voor eigen gebruik naar de letter wel onder de beperking viel,³⁷ meende het BGH dat de wetgever die deze beperking in 1901 had geformuleerd, de technologische ontwikkelingen niet had kunnen overzien. Om die reden achtte het Hof het aangewezen de beperking naar aard en doel te interpreteren. Een dergelijke interpretatie leidde volgens het BGH tot de conclusie dat

31 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 2.4.2

32 De organisatie die zich bezighoudt met de incasso van de vergoedingen die verschuldigd zijn op grond van artikel 16c jo. 16d Aw is genaamd *Stichting De Thuiskopie*

33 De omschrijving in artikel 16c Aw luidt als volgt: '[D]e verveelvoudiging [. . .] voor eigen oefening, studie of gebruik [. . .] door vastlegging van een werk of een gedeelte daarvan op een voorwerp dat bestemd is om daarop vastgelegde beelden of geluiden ten gehore te brengen of te vertonen, . . . '

34 Zie hierover ook Visser, 'Auteursrechtvergoedingen in Europa en de VS', in IFeR bundel 2, Alphen a/d Rijn 1996, pp. 207-220

35 Digitale Compact Cassettes (DCC) en Digitale Audio Tapes (DAT) vallen zonder twiifel onder de (Nederlandse) definitie van artikel 16c Aw maar spelen op dit moment bij het thuiskopieren een zeer bescheiden rol. Het is onduidelijk of deze laatste twee geluidsdragers (ooit) echt zullen doorbreken. In de toekomst zullen de 'beschrijfbaar' Compact Discs vermoedelijk (wel) van groot belang worden

36 GRUR 1955, p. 492 (Tonband, Grundig-Reporter)

37 Gesetz vom 19. Juni 1901 betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst (LUG) § 15 2: 'Eine Vervielfältigung zum persönlichen Gebrauch ist zulässig, wenn sie nicht den Zweck hat, aus dem Werke Einnahme zu erzielen'

het langs mechanische weg kopiëren voor eigen gebruik niet onder de beperking viel

Het verbodsrecht op het prive en intern kopiëren bleek echter niet of nauwelijks afdwingbaar. Pogingen van de collectieve belangenbehartigingsorganisatie GEMA om gebruikslicenties te verstrekken aan eigenaren van bandopname-apparatuur waren weinig succesvol. Begin jaren zestig kwamen het BGH en de wetgever beide tot de conclusie dat het verbodsrecht niet de aangewezen weg was om betaling voor thuiskopiëren te bewerkstelligen. Het BGH oordeelde op 29 mei 1964³⁸ dat het voornemen van de GEMA om van alle verkopers van geluidsopname-apparatuur te eisen dat zij hun klanten een persoonsbewijs (Personal-Ausweis) zouden laten overleggen, om op basis daarvan te controleren of de betreffende kopers wel een licentie voor het gebruik van de gekochte apparatuur hadden verkregen, in strijd kwam met het recht op privacy, zoals vastgelegd in artikel 13 van de Duitse Grondwet.

In een uitvoerige overweging suggereerde het BGH in hetzelfde Personalausweis-arrest dat een heffing op de bandopname-apparaten, te betalen door de fabrikanten ervan, het voor de hand liggende alternatief is voor het oncontroleerbare verbodsrecht.³⁹ Het Hof ging hiermee een beetje op de stoel van de wetgever zitten, maar meende deze overweging nodig te hebben om aan te geven dat de voorgenomen inbreuk op de privacy (a fortiori) niet gerechtvaardigd was.

De Duitse wetgever zelf had al ongeveer dezelfde redenering gevolgd in een belangrijke overweging in de *Begründung* (toelichting) bij een wetsvoorstel voor de vernieuwde Auteurswet.⁴⁰

Ein Verbot der privaten Vervielfältigung kann in der Praxis nicht durchgesetzt werden. Eine wirksame Überprüfung konnte nur dann durchgeführt werden, wenn der Kontrolleuren der privaten Verwertungsgesellschaften gestattet werden würde, die Wohnung jedes einzelnen Staatsbürgers daraufhin zu überprüfen, ob er ein Magnetongerät besitzt, mit diesem urheberrechtlich geschützte Werke aufnimmt und hierfür eine Genehmigung des Urhebers bzw. der Verwertungsgesellschaft nachweisen kann. Eine solche Kontrolle wurde jedoch dem in Artikel 13 des Grundgesetzes ausgesprochenen Grundsatz der Unverletzlichkeit der Wohnung widersprechen. Übertretungen eines solchen Verbots konnten daher nur durch Zufall oder durch Denunziation bekannt werden. Es erscheint aber rechtspolitisch bedenklich, unter diesen Umständen ein gesetzliches Verbot auszusprechen.

³⁸ GRUR 1965 p. 704 (Personalausweis).

³⁹ Het Hof gaat zelfs al in op het tegen dit alternatief in te brengen bezwaar dat apparaten niet uitsluitend voor het opnemen van auteursrechtelijk beschermde werken worden gebruikt (zie hieronder).

⁴⁰ Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) der Bundesregierung vom 23. Mai 1962 (B1 Drucksache IV/270). Begründung p. 71 (ook afgedrukt in Schulze: Materialien zum Urheberrechtsgesetz 1993 VCH Weinheim p. 159).

Aanvankelijk wilde de wetgever het prive-kopieren geheel vrijlaten, maar in de uiteindelijke wet uit 1965 werd een heffing op de audio- en videobandopname-apparatuur opgenomen, zoals door het BGH was gesuggereerd. In 1985 werd de heffing in Duitsland uitgebreid tot audio- en videobanden (§ 54 UrhG). Duitsland heeft het oudste en het meest uitgewerkte systeem van heffingen op apparaten en materialen om (de vrijstelling van) het audio- en videokopieren voor eigen en intern gebruik te compenseren.

In Nederland geldt sinds de wet van 30 mei 1990⁴¹ een heffing op audio- en video-opnamebanden, afgezien van de afwezigheid van een heffing op apparatuur vergelijkbaar met de Duitse regeling.⁴² De Nederlandse wetgever heeft onder andere het Duitse systeem en de ervaringen aldaar als voorbeeld voor ogen gehad.⁴³

5.1.3 Heffingssysteem

Uitgangspunt

Het eerste uitgangspunt bij de keuze voor het heffingssysteem, zoals dat momenteel in Duitsland en Nederland bestaat, is dat de controle op het thuishkopieren onmogelijk en/of onwenselijk is (om redenen van privacy). Dit betekent dat een verbodsrecht te dien aanzien inhoudsloos en/of onwenselijk is.

Het tweede uitgangspunt is dat het aannemelijk is dat het thuishkopieren (=verveelvoudigen) op de schaal waarop het tegenwoordig plaatsvindt schadelijk is voor de belangen van de auteur. Het vrijlaten van dergelijk kopieren zou daarmee in strijd zijn met artikel 9, lid 2 van de Berner Conventie. Artikel 9, lid 2 BC luidt

Het is aan de wetgeving van de landen van de Unie voorbehouden in bijzondere gevallen het verveelvoudigen van genoemde werken toe te staan, mits die verveelvoudiging geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de auteur niet op ongerechtvaardigde wijze schaadt.

‘Oplossing’

De oplossing voor het dreigende conflict met artikel 9, lid 2 BC is de veronderstelling dat de heffing op blanco banden en/of opname-apparatuur de schade compenseert die de rechthebbenden lijden door (de vrijstelling van) het prive-kopieren. In een vroege versie van het eventuele Protocol bij de Berner Conventie⁴⁴ wordt opgemerkt dat het thuishkopieren uitgezonderd wordt van het verbodsrecht ‘provided that the prejudice caused by such reproduction to the legitimate inte-

41 Wet van 30 mei 1990 (Stb. 305) houdende wijziging van de Auteurswet 1912 inzake een vergoeding voor het verveelvoudigen van beeld- en geluidsopnamen voor eigen oefening, studie of gebruik. De regeling ligt vast in de artikelen 16c t/m 16g Aw 1912 en is sinds 1993 ook van toepassing op de naburige rechten (van overeenkomstige toepassing verklaring in artikel 10, sub a WNR).

42 Zie Spoor/Verkade, pp. 237-239.

43 Parlementaire Geschiedenis van de Auteurswet 1912, 16c-11.

44 Committee of Experts on a Possible Protocol to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Geneve 10-17 februari 1992), Copyright maart 1992, p. 73.

rests of authors and producers of sound recordings concerned is eliminated, or at least reduced to a reasonable level, by means of a payment on reproduction equipment normally used for private reproduction for personal use or on blank material normally used for such reproduction, or on both’.

Gerbrandy⁴⁵ reconstrueert de auteursrechtelijke grondslag op ongeveer dezelfde wijze: ‘de thuishopieerders worden *geacht* wettelijke vrijstelling van die toestemming te verkrijgen *mits* een sluitend systeem, als neergelegd in de artikelen 16c-16g, garandeert ‘qu’une telle reproduction ne porte pas atteinte à l’exploitation normale de l’oeuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l’auteur’ (artikel 9 BC).’

In Duitsland wordt de heffing niet alleen via artikel 9, lid 2 van de Berner Conventie geconstrueerd, maar ook via artikel 14 van de Duitse Grondwet. Artikel 14, lid 3 *Grundgesetz* bepaalt dat onteigening van een eigendomsrecht – zo wordt de beperking van het vervoelvoudigingsrecht in Duitsland gekwalificeerd – alleen mogelijk is als er een schadevergoeding tegenoverstaat.^{46 47}

Legitimatatie

De legitimatie van de heffing op opname-apparatuur en blanco banden is gelegen in het feit dat deze materialen in de grote meerderheid van de gevallen gebruikt worden om auteursrechtelijk materiaal mee of op te kopiëren. Dit betekent dat in een kleine minderheid van de gevallen, de gevallen waarin geen auteursrechtelijk beschermd materiaal wordt gekopieerd, de heffing verschuldigd is zonder dat daar een auteursrechtelijke grondslag voor bestaat. In zijn ‘Personalausweis’-arrest⁴⁸ geeft het BGH een interessant argument waarom dit geen (groot) bezwaar zou zijn. Het BGH stelt dat de koper die het opname-apparaat voor niet-auteursrechtelijk relevante doeleinden gebruikt door een heffing niet ongerechtvaardigd benadeeld wordt, omdat hij profiteert van het feit dat de vraag naar dergelijke apparatuur zo groot is, omdat er juist wel auteursrechtelijk beschermd werk mee gekopieerd wordt, waardoor de omzet van de apparaten hoog is en daarmee de prijs,

45 Gerbrandy, ‘Auteursrecht in de steigers’, Arnhem 1992, p. 93

46 Artikel 14 GG lid 2 ‘Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen’.

47 Voor deze Duitse grondrechtelijke aspecten zij verder verwezen naar Fromm/Nordemann, p. 407 en de daar genoemde rechtspraak en literatuur

48 BGH 29 mei 1964, GRUR 1965, p. 109.

ook voor hem, laag.⁴⁹ Deze redenering gaat uiteraard alleen maar op als het om uitzonderingsgevallen gaat waarin niet auteursrechtelijk relevant gebruik plaatsvindt.

5.1.4 Verenigde Staten

Betamax

In de Verenigde Staten is het thuiskopiëren met behulp van een vidcorecorder het onderwerp geweest van een geruchtmakende gerechtelijke procedure, die bekend staat onder de naam Betamax.⁵⁰ In 1979 verwierp het Federal District Court van Californië de stelling van de eisende filmmaatschappijen dat het privé en niet-commercieel thuiskopiëren van omroepprogramma's met een vidcorecorder een inbreuk op auteursrecht opleverde. Deze beslissing werd in 1981 vernietigd door het Court of Appeals van Californië dat van mening was dat het video-thuiskopiëren wel een inbreuk opleverde en niet viel onder de zogenaamde 'fair use' beperking in de Amerikaanse Auteurswet.

Op 7 januari 1984 vernietigde het Supreme Court op zijn beurt de beslissing van het Court of Appeals. Het hoogste gerechtshof was van mening dat het kopiëren van programma's om ze op een later tijdstip te bekijken, het zogenaamde 'time-shifting' wel een vorm van fair use was en overwoog bovendien dat de producenten van veel televisieprogramma's er geen bezwaar tegen hadden.⁵¹ Het Supreme Court vatte zijn oordeel als volgt samen:

49 'Ein solche Regelung (een heffing op apparatuur, DV) verbietet sich nicht etwa deshalb, weil nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes in "Ausnahmefällen" auch die auf Musikaufnahmen zugeschnittenen Geräte der Beklagte ausschließlich zu Zwecken verwendet werden, durch die nicht in die von der Kläger (GEMA, de Duitse Buma/Stemra, DV) verwalteten Rechte eingegriffen wird. Denn selbst, wenn auch solche Käufer der Geräte der Beklagte mit dem Kaufpreis für das Gerät zugleich die in ihn einberechnete Vervielfältigungsgebühr zu entrichten hatten, würden sie hierdurch nicht in unangemessener Weise benachteiligt sein, weil die Höhe des Kaufpreises erfahrungsgemäß in Wechselbeziehung zur Umsatzhöhe steht und somit auch solchen Erwerbern von Tonbandgeräten der Kläger im Wirtschaftlichen Ergebnis die Tatsache zugute kame, daß die Nachfrage nach diesen Geräten im wesentlichen durch die Möglichkeit bestimmt wird, sie zur Vervielfältigung von geschützten Werken und geschützten Leistungen ausübender Künstler zu verwerten'

50 Universal City Studios Inc. and Another v Sony Corporation of America and Others, 464 U.S. 417 (1984) (Betamax). Zie hierover Hugenholtz, AMR 1984, p. 47.

51 In de Britse Auteurswet is 'recording for purposes of time-shifting' om dezelfde reden vrijgesteld van auteursrechtelijke aanspraken. Artikel 71 van Copyright, Designs and Patents Act 1988 luidt als volgt: 'The making for private and domestic use of a recording of a broadcast or cable programme solely for the purpose of enabling it to be viewed or listened to at more convenient time does not infringe any copyright in the broadcast or cable programme or in any film included in it'.

First, Sony⁵² demonstrated a significant likelihood that substantial numbers of copyright holders who license their works for broadcast on free television would not object to having their broadcasts time-shifted by private viewers. And second, respondents failed to demonstrate that time shifting would cause any likelihood of nonminimal harm to the potential market for, or the value of, their copyrighted works. The Betamax is, therefore, capable of substantial noninfringing uses. Sony's sale of such equipment to the general public does not constitute contributory infringement of respondent's copyrights.

Audio Home Recording Act

Na de Betamax zaak was duidelijk dat er in de bestaande Amerikaanse Auteurswet geen basis was voor een heffing op video apparatuur en banden. Op het gebied van het digitale audiokopieren bereikten de belanghebbende partijen in 1991 echter overeenstemming. Zij kwamen met een gemeenschappelijk voorstel dat zou resulteren in de Audio Home Recording Act 1992.

Deze wettelijke regeling heeft alleen betrekking op digitaal audiokopieren (Digital Audio Tape, DAT) en introduceert een heffing op apparaten en banden en de verplichting om in iedere DAT-recorder een beperkend controle mechanisme in te bouwen dat bekend staat als SCMS, 'Serial Copy Management System', een systeem dat er voor zorgt dat er alleen kopieën van originelen en geen kopieën van kopieën kunnen worden gemaakt. De regeling is zeer gedetailleerd en beperkt zich tot een gedeelte van de thuiskopieeractiviteit dat momenteel (nog) zeer klein is.

Voor het digitaal kopiëren bestaat momenteel alleen in de Verenigde Staten een specifieke regeling. De Amerikaanse regeling heeft nadrukkelijk geen betrekking op digitale informatiedragers die niet primair voor audio-opnamen bedoeld zijn of gebruikt worden.⁵³ Floppy-disks en Compact Discs (die door gebruikers bespeeld kunnen worden) vallen dus niet onder de regeling.

5.1.5 Relevante verschil tussen analoog en digitaal

Het feit dat de Amerikaanse heffingsregeling nadrukkelijk geen betrekking heeft op 'any material object [] that is primarily marketed and most commonly used by consumers [] for the purpose of [] making copies of nonmusical literary works, including computer programs or data bases' is een belangrijk signaal. De noodzaak van deze beperking raakt de kern van het verschil tussen analoog en

⁵² Sony was in deze procedure gedaagde in de hoedanigheid van fabrikant van videorecorders.

⁵³ In het definitieve artikel Section 1001 sub 4 USC wordt het voorwerp van de regeling als volgt omschreven: (4) (A) A digital audio recording medium is any material object in a form commonly distributed for use by individuals that is primarily marketed or most commonly used by consumers for the purpose of making digital audio copied recordings by use of a digital audio recording device. (B) Such term does not include any material object – (i) that embodies a sound recording at the time it is first distributed by the importer or manufacturer or (ii) that is primarily marketed and most commonly used by consumers either for the purpose of making copies of motion pictures or other audiovisual works or the purpose of making copies of nonmusical literary works, including computer programs or data bases.

digitaal kopiëren. Analooog kopiëren van geluid (en van bewegend beeld) vond en vindt altijd plaats op informatiedragers die (vrijwel) uitsluitend voor het zonder toestemming van rechthebbenden kopiëren van beschermd materiaal worden gebruikt. Het digitaal vastleggen van muziek (en/of beeld) kan (in toenemende mate) plaatsvinden op informatiedragers die evenzeer geschikt zijn om andere soorten informatie in digitale vorm vast te leggen.

Deze 'algemene' digitale informatiedragers zoals floppy-disks, harde schijven en CD's worden in grote mate gebruikt voor het vastleggen van informatie die auteursrechtelijk om verschillende redenen niet relevant is. Zo zal het heden ten dage bijvoorbeeld vaak gaan om materiaal dat van de kopieerder zelf afkomstig is, bijvoorbeeld tekst-files, om (legale) back up kopiëren van computerprogramma's, of om bijvoorbeeld e-mail berichten of met toestemming van rechthebbenden gedownloade informatie. Een heffing op algemene digitale dragers is vergelijkbaar met een heffing op papier in verband met het fotokopiëren. Papier wordt voor te veel verschillende doeleinden gebruikt om het aan een auteursrechtelijke heffing te onderwerpen: het verband met de auteursrechtelijk relevante handeling is (te) ver verwijderd.

Als alle informatie (tekst, (bewegend) beeld, geluid, computerprogramma's en combinaties daarvan) in de toekomst in digitale vorm beschikbaar komt, en door gebruikers zelf in die vorm kan worden aangemaakt, zullen blanco digitale informatiedragers voor zeer verschillende informatie en voor zeer verschillende doeleinden gebruikt worden die niet of nauwelijks kenbaar en (dus) niet of nauwelijks controleerbaar zijn. Daarmee valt de legitimatie van een algemene heffing grotendeels weg en ontbreken tevens gegevens voor de verdeling van een eventuele heffing. Dreier verwoordt dit probleem aldus:⁵⁴

On the one hand, the sum to be collected in order to compensate for the loss of all protected material copied into a diskette would far exceed the sales price of a single diskette, on the other hand, contrary to a levy on videotapes, a levy on diskettes would somehow lack justification, since only some of the diskettes sold are actually used for copying copyrighted material, whereas the rest is used for storing the user's own material.

In de digitale netwerk omgeving zullen diskettes en andere informatiedragers die bedoeld zijn om verplaatst te worden een steeds kleinere rol gaan spelen: de meeste communicatie zal kunnen verlopen door verzending tussen 'stationaire' computergeheugens met een gigantische opslagcapaciteit. Een heffing op dergelijke opslaggeheugens zal, vanwege de grote diversiteit aan informatie nog veel minder gerechtvaardigd, laat staan realistisch zijn.

54 AMI 1994 pp 6-7

5.2 *Het fotokopieren*

5.2.1 *Vergelijking met thuiskopieren*

De overeenkomst tussen audio- en video thuiskopieren enerzijds en fotokopieren⁵⁵ anderzijds is dat beide activiteiten plaatsvinden nadat het werk naar de gebruikers is gecommuniceerd en (deels daarom) praktisch oncontroleerbaar zijn. Het fotokopieren heeft zich om een aantal redenen op een andere manier ontwikkeld dan het thuiskopieren. Een belangrijk verschil is dat fotokopieren in veel gevallen betrekking heeft op een ander soort informatie. Bij het audio- en video kopiëren gaat het om beeld en geluid en daarmee meestal om 'entertainment' informatie, bij fotokopieren gaat het bijna altijd om tekst en vaak om zakelijke, wetenschappelijke of educatieve informatie. Dit brengt als tweede verschil met zich mee dat het eerste soort kopiëren meestal thuis en het tweede vaak op het werk, dan wel bij openbare kopieerplaatsen (waaronder copyshops) plaatsvindt.⁵⁶ Een derde belangrijk verschil is dat fotokopieerapparaten voor een zeer groot deel gebruikt worden voor het kopiëren van eigen materiaal of materiaal ten aanzien waarvan het verveelvoudigingsrecht normaaliter niet wordt uitgeoefend: akten, brieven, zakelijke papieren, berekeningen enzovoorts.⁵⁷

Fotokopieren kan betrekking hebben op tal van verschillende soorten teksten en afbeeldingen en kan plaatsvinden voor tal van verschillende doeleinden. Hier worden twee categorieën onderscheiden omdat deze in het auteursrecht van veel landen verschillend worden behandeld: het kopiëren voor zuiver prive-gebruik en het kopiëren voor zakelijk intern gebruik.

5.2.2 *Privegebruik*

Het fotokopiëren voor privegebruik dat bijvoorbeeld plaatsvindt in copyshops lijkt in een van de bovengenoemde opzichten het meest op het audio- en videothuiskopieren. Hierbij moet gedacht worden aan de situatie waarin de kopieerder zelf zijn te kopiëren materiaal meeneemt naar de copyshop en zelf het kopieerapparaat bedient. Controle erop is praktisch onmogelijk en zou in veel gevallen ook minder wenselijk zijn: de exploitant van de copyshop kan niet verplicht worden alles te controleren wat er door zijn klanten wordt gekopieerd. Het is enerzijds wel verdedigbaar dat de copyshopexploitant niet bewust zou mogen toestaan, of meewerken aan het feit dat hele boeken en/of grote oplagen van evident beschermd materiaal op zijn apparatuur worden gekopieerd, maar er lijkt anderzijds geen praktische en werkelijk effectieve en maatschappelijk aanvaardbare oplossing voorhanden. Als men een vergewissingsplicht bij de copyshophouder zou willen aannemen, zou de privacy van de klanten zeer aanzienlijk worden aangetast. Een

⁵⁵ Zie hierover ook: Visser, 'Auteursrechtvergoedingen in Europa en de VS', in: ITeR bundel 2, Alphen a/d Rijn 1996, pp. 221-286.

⁵⁶ Daarbij is uiteraard ook van belang dat fotokopieerapparatuur veel duurder is dan een cassette- of videorecorder, waardoor de individuele thuisgebruiker zich deze apparatuur niet kan veroorloven.

⁵⁷ Parlementaire Geschiedenis van de Auteurswet 1912, p. 16b-23.

verbod van copyshops en op de verkoop van fotokopieerapparaten zou een afdoende maatregel zijn maar is maatschappelijk onaanvaardbaar.

De enige mogelijke vorm van betaling aan de auteursrechthebbende lijkt hier te zijn een forfaitaire heffing op de apparatuur / en/of op het voorhanden hebben daarvan. In Duitsland bestaat zo'n heffing: fabrikanten en importeurs betalen een éénmalige, aan de snelheid van het apparaat gerelateerde heffing en de copyshophouder betaalt jaarlijks een heffing voor het voorhanden hebben en beschikbaarstellen van de apparaten. Tegenover deze heffing staat een vrijstelling van het privékopieren.

In Nederland en in de VS is het zuivere privékopieren wettelijk deels, en in de praktijk geheel vrijgelaten. In Nederland op grond van de specifieke beperking van artikel 16b Aw en in de VS op grond van het algemene 'fair use' beginsel van section 107 USC. De formele kwantitatieve en kwalitatieve beperkingen die aan dit privé kopieren worden gesteld zijn in de praktijk niet te controleren en worden dan ook met voeten getreden.

Van het fotokopieren door privépersonen voor eigen gebruik zoals hierboven omschreven kan gezegd worden dat het momenteel totaal onbeheersbaar is en zich aan het verveelvoudigingsrecht en iedere andere controle van de auteur onttrokken heeft

5 2 3 Intern zakelijk gebruik

Het kopieren voor zakelijk intern gebruik door ondernemingen en instellingen heeft zich in feite ook aan de mogelijkheid van controle onttrokken. Om die reden is het in Duitsland ook vrijgesteld en is er een heffing op de apparatuur en een heffing voor bepaalde grootgebruikers tegenovergesteld. Hierbij kan worden opgemerkt dat controle hierop in het algemeen minder snel om redenen van onwenselijkheid zou behoeven te worden afgewezen

In dit verband is het recht op privacy van ondernemingen, respectievelijk van rechtspersonen van belang. Algemeen wordt aangenomen dat rechtspersonen zich kunnen beroepen op de bescherming van artikel 8 EVRM.⁵⁸ In zijn Chappel-arrest⁵⁹ heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens geoordeeld over het beroep op privacy van een ondernemer die illegale videobanden voorhanden had. Het Hof was van mening dat de inval die door rechthebbenden was gedaan binnen het bereik van artikel 8, lid 1 EVRM lag, maar dat de inval gebaseerd was op een bij wet voorziene regeling, de zogenaamde *Anton Piller order*, die noodzakelijk en proportioneel was in een democratische samenleving in de zin van het tweede lid van dat artikel.⁶⁰

De vraag is vervolgens of het fotokopieren voor intern gebruik zodanig schadelijk geoordeeld moet worden dat wettelijk voorgeschreven controlemaatregelen die de privacy van de onderneming aantasten noodzakelijk en proportioneel zijn in een democratische samenleving. Het ligt voor de hand dat wanneer aannemelijk is

58 Zie Dommering in zijn noot onder het in de volgende noot genoemde arrest van het EHRM en de daar genoemde rechtspraak en literatuur

59 I HRM 30 maart 1989, series A nr. 152, NJ 1991, 522 met noot F-ID

60 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 2.4.2

dat op grote schaal door een onderneming van enige omvang voor intern gebruik wordt gekopieerd dit aanzienlijk schadelijker is dan het kopiëren door particulieren voor zuiver privegebruik. Een schending van de privacy van een onderneming zal daarom vermoedelijk eerder gerechtvaardigd zijn. Welke (controle)maatregelen in dit verband adequaat, effectief en acceptabel zouden zijn is tot nu in de praktijk echter niet gebleken.⁶¹

Met betrekking tot het kopiëren in *overheids- en semi-overheidsinstellingen* is in Nederland in 1972 het verbodsrecht omgezet in een vergoedingsrecht. Dit zogenaamde reprorecht is vastgelegd in artikel 16b, lid 6 Aw en nader uitgewerkt in het Reprobesluit.⁶² Over dit reprorecht kan gezegd worden dat het wel enigszins functioneert en dat er wel, zij het forfaitaire betalingen plaatsvinden. Deze betalingen worden gedaan aan een 'eigen-recht' organisatie, de Stichting Reprorecht die belast is met de incasso en repartitie van deze vergoeding. De verdeling van de gecasseerde gelden vindt plaats via uitgevers die verplicht zijn 50% van de gelden door te geven aan de auteurs. Bij gebrek aan gegevens over het feitelijke kopiëergedrag vertoont de repartitie daar weinig verband mee. De bedragen die per auteur worden uitgekeerd worden veelal gerelateerd aan de uit anderen hoofde uitgekeerde auteurshonoraria.

Ook ten aanzien van kopiëren voor intern gebruik binnen *ondernemingen* is het verbodsrecht in 1972 vervangen door een recht op een billijke vergoeding. Dit is neergelegd in artikel 17 Aw. In de praktijk is van de betaling van een dergelijke billijke vergoeding echter tot nog toe niets terecht gekomen. Een wetsvoorstel⁶³ dat beoogde de Stichting Reprorecht ook ten aanzien van het zakelijk intern kopiëren een 'eigen recht' status te verlenen is in 1995 'in een orgie van parlementaire en rechtswetenschappelijke kritiek in de Eerste Kamer ten onder [] gegaan'.⁶⁴ Deze kritiek had overigens vooral betrekking op andere aspecten (dan de aanwijzing als eigen recht organisatie op zich zelf), met name op een omkering van de bewijslast ten gunste van de incasso organisatie.⁶⁵

In de Verenigde Staten valt het kopiëren voor intern zakelijk gebruik onder het verbodsrecht van de auteur. Dit is recent vastgesteld in een proefprocedure.⁶⁶ Door het *Copyright Clearance Center* worden verschillende soorten licenties gegeven voor het kopiëren voor intern zakelijk gebruik. Aannemelijk is dat tot dusver

61 De maatregelen die werden voorgesteld in WV 22600 dat hieronder aan de orde zal komen werden door de Eerste Kamer te vergaand geacht (Handelingen EK 7 februari 1995 pp 585-596. Zie ook NJB 1995 p 263).

62 Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351 inzake het kopiëren van auteursrechtelijk beschermde werken zoals dit is gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471.

63 WV 22600 is ingediend bij de Tweede Kamer op 11 mei 1992 en werd naar aanleiding van de bedenkingen geuit op 7 februari 1995 in de Eerste Kamer door de minister van Justitie voor onbepaalde tijd aangehouden in afwachting van de bevindingen van een commissie van deskundigen (22600 nr 159a).

64 Hugenholtz, NJB 1995 p 516, zie ook NJB 1995 p 263.

65 Vergelijk Spoor/Verkade p 249.

66 *American Geophysical Union v Texaco Inc.* 802 F. Supp. 1 (SDNY 1992) aff'd 37 F.3d 881, 892 (2d Cir. 1994). Zie hierover onder andere R.J. du Bois, AMI 1995 p 66.

re slechts een fractie van het relevante zakelijke kopieën en door een licentie wordt gedekt ⁶⁷

5.2.4 Viciëuze cirkel

De oncontroleerbaarheid van het massale fotokopieren lijkt te hebben geleid tot een viciëuze cirkel van opzegging van abonnementen, gevolgd door abonnementsprijsverhogingen, nog meer kopiëren en nog meer opzeggingen, enzovoort. Ginsburg omschrijft de ontwikkeling als volgt ⁶⁸

One may observe that the wide dissemination of copying technologies has an impact on the price of authorized copies. A publisher, particularly of a journal, is likely to set a very high price, in part at least because it anticipates that some number of copies will be made of the journal. In effect, the subscriber is buying the original, plus an indeterminate number of additional copies to make on her photocopier. This pricing policy tends to have a vicious circle effect. Users, knowing that the price anticipates some copying will copy even more. Publishers then will charge even more. And so on, until the reductio ad absurdum: some day, only one copy will be published, and that copy will cost a million dollars.

De bestaande regelingen in de vorm van apparatenhelfingen of reproductieregelingen lijken op de viciëuze cirkel geen invloed te hebben gehad. Abonnementen op vele vak- en wetenschappelijke tijdschriften zijn alleen nog betaalbaar voor bibliotheken en grotere ondernemingen. De rechthebbenden, althans de uitgeverij, voelen zich, zoals Ginsburg opmerkt, gedwongen om het zeer verschillende, maar door het kopiëren grootschalige eindgebruik dat van de weinige verkochte exemplaren wordt gemaakt, in te calculeren in de prijs van die weinige exemplaren, die daardoor steeds hoger wordt. De wetenschappelijke en bedrijfsgerichte uitgeverij lijkt nog steeds een bloeiende bedrijfstak en de reeds lang voorspelde ondergang ervan door het fotokopiëren heeft zich nog steeds niet gerealiseerd. Toch is de situatie met betrekking tot het fotokopiëren onbevredigend omdat de kosten niet, zelfs niet bij benadering, conform de daadwerkelijke consumptie worden gedragen: de verkoop van een exemplaar (met toestemming van de rechthebbende) leidt tot een onbekend en dus niet incalculerbaar eindgebruik. Een exemplaar dat veel gekopieerd wordt en dus tot een groter en intensiever eindgebruik leidt kost echter evenveel als een exemplaar dat nauwelijks of helemaal niet gekopieerd wordt. Het gevolg is dat de 'niet of weinig kopieerder' de 'veel kopieerder' 'sponsort'. Het feit dat er inmiddels voor sommige 'veel kopieerders' bibliotheektarieven⁶⁹ bestaan verandert daar niet veel aan omdat deze tarieven weliswaar hoger zijn, maar bij lange na niet de hogere gebruiksintensiteit zullen weerspiegelen.

67 In de Verenigde Staten hadden eind 1994 (slechts) 5000 ondernemingen een fotokopieerlicentie bij het Copyright Clearance Center (CCC) (bron: CCC Status Report, Sydney IFFRO AGM 1995, p. 23).

68 J.C. Ginsburg: 'Reproduction of protected works for university research and teaching', *The Journal of the Copyright Society of the USA*, Vol. 39 no. 3/spring 1992, p. 183.

69 Bij bepaalde tijdschriften zijn de abonnementsprijzen voor bibliotheken hoger dan voor particulieren.

5.3 Computerprogramma's

5.3.1 *Vergelijking met thuiskopieren en fotokopieren*

Computerprogramma's kunnen dankzij hun digitale vorm zonder kwaliteitsverlies, tegen zeer lage kosten op grote schaal worden gekopieerd. Dit gebeurt dan ook massaal, zowel door particulieren als door ondernemingen.⁷⁰ Anders dan bij het thuiskopieren of het fotokopieren heeft men bij computerprogramma's nooit overwogen het verbodsrecht te vervangen door een vergoedingsaanspraak of een collectieve regeling. De reden hiervoor is dat het audio- video- en fotokopieren weliswaar schadelijk is voor de exploitatiebelangen van de auteur, maar dat het daarbij, onder andere vanwege het kwaliteitsverlies, nog steeds wel om een 'secundair' gebruik ging, dat (nog) geen vervanging was van het 'primaire' gebruik. Bij computerprogramma's waren de kopieën echter vanaf het begin een volledige vervanging voor het primaire, beoogde gebruik. Daarom was een vergoedingsregeling geen aanvaardbare optie.

5.3.2 *Totaalverbod*

Hoewel voor het kopiëren van computerprogramma's evenals voor het fotokopieren als argument had kunnen gelden dat de verboden toch niet te handhaven waren, zijn de grenzen van de kopieervrijstellingen niet veruimd, maar juist beperkt, of zelfs afgeschaft. Het kopiëren van computerprogramma's voor eigen gebruik is in het geheel niet toegestaan.⁷¹ In de praktijk wordt dit verbodsrecht met voeten getreden.

Het is uiteraard een onwenselijke situatie dat de letter van de wet en de praktijk van het kopiëren van computerprogramma's zo ver uit elkaar lopen. Het groot-schalige kopiëren heeft er intussen niet toe geleid dat de software-industrie een noodlijdende bedrijfstak is geworden. Er is blijkbaar nog voldoende vraag naar legale software voor prijzen waarbij het illegale kopiëren kan worden ingecalculeerd. Dit resultaat echter in de onbevredigende situatie waarin legale gebruikers veel meer moeten betalen voor de computerprogramma's omdat er door anderen op grote schaal illegaal wordt gekopieerd en het voor rechthebbenden moeilijk is om een juiste prijs vast te stellen omdat het totale eindgebruik, dat (grotendeels) via illegale kopieën zal plaatsvinden, niet te voren is in te schatten.

5.3.3 *BSA kliktlijn en het privacybelang*

Een van de manieren waarop rechthebbenden het illegaal kopiëren van computerprogramma's proberen te bestrijden is via de zogenaamde 'kliklijnen' opgezet door de Business Software Alliance (BSA).⁷² Via deze telefoonlijnen kan tegen beloning het illegale gebruik van software worden gemeld. Deze vorm van klikken lijkt, met name waar het gaat om particulier gebruik, op gespannen voet te staan met het recht op privacy. De situatie lijkt vergelijkbaar met de casus die ten grond

⁷⁰ De Business Software Alliance stelt dat software producenten in het zakelijke segment in Nederland een omzetverlies leden van 365 miljoen gulden. (Antwoord op kamer-vraag van 10 mei 1996 ontvangen op 5 juni 1996. Vraag 1241. Aanhangsel II pp. 2523-2524).

⁷¹ Artikel 45n Aw.

⁷² De Business Software Alliance (BSA) is een samenwerkingsverband van de Amerikaanse software producenten Adobe, Autodesk, Bentley, Lotus, Microsoft en Novell.

slag lag aan het bovenbesproken Personal Ausweis-arrest.⁷³ In dat arrest werd immers opgemerkt

Übertretungen eines solchen Verbots [i.e. het verbod muziek voor eigen gebruik te kopiëren] konnten daher nur durch Zufall oder durch Denunziation (DV) bekannt werden. Es erscheint aber rechtspolitisch bedenklich, unter diesen Umständen ein gesetzliches Verbot auszusprechen.

Het Bundesgerichtshof oordeelde aldus dat een totaal verbod op privekopieren dat alleen door toeval of verklappen bekend kon worden rechtspolitiek bedenkelijk is. Een aanzien van het thuiskopieren overwoog de Nederlandse regering in 1972.⁷⁴

Bovendien zou – zoals de in Duitsland opgedane ervaring heeft geleerd – de effectieve controle op het naleven van een dergelijk verbod op grote praktische bezwaren stuiten. Bewijs van inbreuk valt slechts zelden te leveren, en dan nog slechts door middel van naspeuringen omtrent feiten die zich doorgaans afspelen binnen de huiselijke kring, hetgeen naar de overtuiging van ondergetekenden geen aanmoediging verdient.

Ook het kopiëren van computerprogramma's speelt zich voor een groot deel af in de privésfeer. Het is de vraag of een totaalverbod met de naspeuringen (het verklappen) die daar het gevolg van zijn, wenselijk en/of noodzakelijk is in een democratische samenleving. Weliswaar lijkt de dreiging, oftewel de schadelijkheid van het privekopieren van computerprogramma's groter dan van het thuiskopieren van muziek, maar dat neemt het privacybelang en de noodzaak tot afweging tegen dat belang niet weg.⁷⁵

5.4 Het antwoord in de machine?

Er is een stroming onder auteursrechtbelanghebbenden en -deskundigen die meent dat het antwoord op de machine in de machine ligt.⁷⁶ Hiermee wordt bedoeld dat het kopieerprobleem (met betrekking tot informatie in digitale vorm) dat door de technologie is ontstaan, ook met behulp van de technologie zou moeten kunnen worden opgelost. Bij deze technologische oplossingen bestaan twee verschillende benaderingen: enerzijds de kopieerbeveiliging en anderzijds de kopieer- en gebruiksregistratie en -rapportage.

73 GRUR 1965 p. 704 (Personal Ausweis).

74 Parlementaire Geschiedenis van de Auteurswet 1912 p. 17.12.

75 Zie ook het antwoord van de minister van Justitie op kamervragen naar aanleiding van een artikel in *Vrij Nederland* van 24 februari 1996 (pp. 20-21) waarin een deel van het klikcontract werd afgedrukt (Aanhangsel II, vraag nr. 927, ook afgedrukt in AMI 1996 op p. 123).

76 De uitspraak 'the answer to the machine is in the machine' die in dit verband populair is geworden wordt meestal toegeschreven aan Charles Clark, adviseur van de British Publishers Association en de International Publishers Copyright Council. Zie bijvoorbeeld Clark, 'The publisher in the electronic world: A report from the International Publishers Copyright Council for the Third IPA International Copyright Symposium 23-24 May 1994', *Iurim* pp. 35-37.

5.4.1 Kopieerbeveiliging

Bij kopieerbeveiliging probeert men het kopiëren onmogelijk of slechts beperkt mogelijk te maken.⁷⁷ Hoewel kopieerbeveiliging tot op zekere hoogte een aantrekkelijk optie lijkt, kleven er een aantal bezwaren aan. Ten eerste vormt een kopieerbeveiliging een permanente uitdaging voor degenen die zich er op toelagen kopieerbeveiligingen te 'kraken' of te omzeilen.⁷⁸ Er is wat dat betreft sprake van een soort wedloop tussen beveiligers en krakers.⁷⁹

Een tweede bezwaar van kopieerbeveiliging is het feit dat gebruikers er vaak last van hebben.⁸⁰ Gebruikers kunnen geen of onvoldoende veiligheidskopieën maken, ze kunnen geen of onvoldoende gedeelten (citaten) overnemen in andere werken en ze kunnen de beveiligde werken niet kopiëren op andere informatiedragers om snellere toegang of sneller gebruik mogelijk te maken.

Een derde bezwaar is dat kopieerbeveiligingen, wanneer ze verplicht worden voorgeschreven, er toe kunnen leiden dat informatie waarop de rechthebbende het auteursrecht niet of slechts beperkt wenst uit te oefenen of waarvan hij althans het kopiëren vrij wil laten (in software termen: 'public domain', 'freeware' of 'shareware') niet gekopieerd kan worden. Op deze bezwaren wordt hier verder niet ingegaan. De praktijk van de computerprogramma's heeft tot nu toe uitgewezen dat kopieerbeveiliging geen afdoende oplossing is en er is vooralsnog geen reden om aan te nemen dat dit in de toekomst anders zal zijn.

Het hiervoor (in paragraaf 5.1.4) genoemde Serial Copying Management System (SCMS) is een voorbeeld van een systeem dat slechts beperkt kopiëren mogelijk maakt. Dit systeem, dat alleen betrekking heeft op audio en video, is weliswaar technisch effectief, maar commercieel bepaald (nog) geen succes. Een kenmerk ervan is dat in de bijbehorende opname-apparaten de zogenaamde Digital Audio Tape (DAT)-recorders een apparaatje zit ingebouwd dat het kopiëren van kopieën onmogelijk maakt. Met andere woorden: de hardware is geprepareerd, hetgeen onder andere betekent dat productief en creatief gebruik ervan onmogelijk is.⁸¹ Zowel voor de kopieerbeveiliging als voor de hierna te bespreken kopieeregistratie en -rapportage geldt dat aanpassing van de hardware van de meeste, zo niet alle gebruikers vermoedelijk noodzakelijk is om het systeem effectief te maken. Het is zeer de vraag of dat mogelijk en/of wenselijk is, om de hiervoor genoemde en andere hierna te bespreken redenen.

77 Zie M.A. Jacobs, 'Software kopen of kopiëren?', diss., Utrecht 1993, ICS dissertation series, pp 9-11.

78 Vergelijk Marly, p. 9.

79 De stichting afbaarsstelling van het verspreiden van decoderingsapparatuur, zoals in artikel 32a Aw, heeft geen betrekking en geen invloed op de onderhandse, informele niet commerciële verspreiding van decoderingsprogramma's.

80 Marly, p. 10.

81 In zijn welkomstwoord bij het WIPO-symposium over digitale technologie en auteursrecht in 1993 beklagt de Dean van Harvard Law School en amateurcomponist en geluidsproducer, Robert C. Clark, zich erover dat hij tot zijn grote frustratie met zijn DAT-recorder opnamen van eigen composities niet kan mixen (WIPO worldwide symposium on the impact of digital technology on copyright and neighbouring right, Geneve 1993, p. 27).

5.4.2 Kopieerregistratie en -rapportage

Veel ambitieuzer en ingrijpender dan kopieerbeveiliging zijn de kopieer- en gebruiksregistratie en -rapportagesystemen die het antwoord op het kopieerprobleem zouden moeten zijn. Dergelijke systemen gaan uit van twee premissen: aan alle informatieproducten (die men wil beschermen) moet digitale registratie-informatie⁸² worden toegevoegd en in alle kopieer- en gebruiksupparatuur moet een systeem worden ingebouwd dat deze registratie-informatie kan registreren en bij voorkeur rapporteren.⁸³ De kern van dergelijke systemen is dat iedere kopieerhandeling en ieder gebruik wordt geregistreerd, gerapporteerd en/of afgerekend. Voor/zover dit *vrijwillig* gebeurt op het niveau van een onderneming of instelling en op basis van een *contractuele* verhouding tussen gebruikers en rechthebbenden hebben dit soort systemen *zeer* toekomst. Wanneer een dergelijk systeem echter een bredere gelding moet hebben, zijn *zeer* ingrijpende maatregelen met vergaande consequenties noodzakelijk. Er zou op dit gebied een (wereld)standaard moeten zijn die door alle software- en hardwareproducenten wordt erkend. Daarnaast zou het (onmogelijk of) verboden moeten zijn de registratie-informatie te verwijderen of te wijzigen en zou alle gebruiksupparatuur (te wereld) van dit registratiesysteem moeten zijn voorzien.

Het is *zeer* de vraag of deze voorwaarden ooit zullen kunnen worden vervuld. Bovendien moet vastgesteld worden dat de controle op de naleving van laatstgenoemd verbod en gebod *zeer* zwaar zou ingrijpen in de privacy van gebruikers. De consequentie dat *ieder gebruik door individuele eindgebruikers* van informatie *wettelijk of feitelijk verplicht* met behulp van dit soort systemen zou worden geregistreerd en gerapporteerd is vervolgens vanuit privacy-oogpunt naar mijn overtuiging maatschappelijk onaanvaardbaar en onrealistisch.⁸⁴

Het is intussen niet onaannemelijk dat *gebruikersgroepen (semi)vrijwillig* en op *contractuele basis* gebruiksregistratiesystemen zullen (moeten) accepteren. In dit hoofdstuk zal hier verder geen aandacht aan worden besteed omdat het traditionele verveelvoudigingsrecht daarbij nauwelijks een rol speelt of hoeft te spelen, zoals in het vierde hoofdstuk zal worden betoogd. Als gebruikshandelingen op contractuele basis aan technische registratie- en betalingssystemen worden onderworpen blijft er voor het auteursrechtelijke (verveelvoudigings-)exploitatierecht verder weinig over.

82 In het Amerikaanse White Paper (p. 235) wordt dit 'copyright management information' genoemd.

83 Voor de (technische) details van dergelijke systemen zij bijvoorbeeld verwezen naar het eindrapport van het Copyright in Transmitted Electronic Documents (CHILD) project (CHILD Final Report, September 1994, ISBN 0 7123 2115 2).

84 Hier zou men tegenin kunnen brengen dat er mogelijk een soort anonimiseringscentrale zou kunnen worden tussengeschaakt, waardoor de individuele gebruiksinformatie niet bekend zou worden en niet misbruikt zou kunnen worden. Of een dergelijke centrale er zou kunnen komen en of deze voldoende veiligheid zou bieden is echter de vraag. Rechthebbenden/producenten zullen zich daar vermoedelijk niet sterk voor maken aangezien gedetailleerde individuele gebruiksinformatie voor hen van grote waarde is vanuit marketing oogpunt.

If works are protected against unauthorized copying by means of technology and contract law, there may be nothing for copyright to do, except perhaps serve as a kind of deus ex machina justifying the use of technological and contractual means for protecting works in digital form ⁸⁵

Dit is een intrigerende en belangwekkende constatering, waar in hoofdstuk vier op zal worden teruggekomen

6 Het gebruik van een computerprogramma en het verveelvoudigingsrecht

Naast de in de voorgaande paragrafen besproken praktische problemen met betrekking tot kopiëren en de controle daarvan, kent het verveelvoudigingsrecht met betrekking tot computerprogramma's nog een ander probleem dat van systematische aard is: de samenloop van verveelvoudiging en gebruik

6.1 Het techniekbepaalde verveelvoudigingsbegrip

Het systematische probleem met betrekking tot computerprogramma's en het verveelvoudigingsrecht komt in het volgende citaat uit het 'Groenboek over het auteursrecht en de uitdaging der technologie' van de Europese Commissie uit 1988⁸⁶ bondig tot uiting ⁸⁷

Het gebruik van een computerprogramma voor de doeleinden waarvoor het is gemaakt, is niet denkbaar zonder constante verveelvoudiging, aanpassing en soms zelfs omzetting in andere codes, met andere woorden zonder het uitvoeren van 'verboden' handelingen

De Europese Commissie lichtte deze stelling over het gebruik van computerprogramma's in verband met het verveelvoudigingsrecht als volgt toe ⁸⁸

Om het programma te gebruiken moet het in het geheugen van de computer worden geladen, hetgeen betekent dat het wordt gekopieerd. Na deze eerste, integrale reproductie wordt het programma nog vele malen, zij het gedeeltelijk, gekopieerd, telkens wanneer het op de computer wordt gedraaid, wanneer het uit de programmabibliotheek in het hoofdgeheugen wordt geladen, wanneer individuele programma-instructies aan de centrale verwerkingseenheid worden doorgegeven of wanneer gegevens op het scherm worden weergegeven dan wel op papier afgedrukt

⁸⁵ Pamela Samuelson 'Copyright, Digital Data, and Fair Use in Digital Networked Environments' in: Mackaay, Poulin en Trudel (eds.) *The Electronic Superhighway* Den Haag 1995, Kluwer, p. 125.

⁸⁶ Brussel 7 juni 1988, COM(88) 172 del (Nederlandse versie verschenen op 30 januari 1989). Niet te verwarren met het meer recente Groenboek van de Europese Commissie *Het Auteursrecht en de Nabuigere rechten in de Informatica* maart 1995 (Brussel 19 juli 1995, COM(95) 382).

⁸⁷ *Idem*, p. 190.

⁸⁸ *Ibidem*.

De strekking van dit standpunt is duidelijk volgens de Commissie dient het loutere gebruik van een computerprogramma onderworpen te zijn aan het exclusieve recht van auteursrechthebbende. De redenering die daartoe gevolgd wordt is die van het (volledig) gelijkschakelen van een technische/ natuurkundige kwalificatie met de auteursrechtelijke.⁸⁹ De Commissie maakt hier geen onderscheid tussen de verschillende soorten (gedeeltelijke) kopieën die gemaakt worden in het kader van het gebruik van een programma en noemt ze allemaal auteursrechtelijk relevant.

6.2 De cirkeldefinitie

In de Richtlijn bescherming computerprogramma's uit 1991⁹⁰ is een omschrijving van het verveelvoudigingsrecht opgenomen die primair op een volledig techniekbepaald verveelvoudigingsbegrip duidt, maar waaraan een raadselachtige cirkelredenering is toegevoegd:

[D]e exclusieve rechten van de rechthebbende [omvatten] het recht de volgende handelingen te verrichten of het verrichten daarvan toe te staan a) de permanente of tijdelijke reproductie van een deel of het geheel van een computerprogramma, ongeacht op welke wijze en in welke vorm. Voor zover voor het laden of in beeld brengen, of de uitvoering, transmissie of opslag van een computerprogramma deze reproductie van het programma noodzakelijk is (DV), is voor deze handelingen toestemming van de rechthebbende vereist.

In de aanhef en de eerste zin sub a staat dat voor de (tijdelijke) reproductie toestemming van de rechthebbende vereist is, en in de tweede zin dat voor zover er sprake is van (tijdelijke) reproductie toestemming van de rechthebbende vereist is. Daarmee voegt de tweede zin dus niets toe. Zij wekt echter wel de suggestie dat de genoemde handelingen, te weten 'het laden of in beeld brengen, of de uitvoering, transmissie of opslag', naar de mening van de opstellers van de richtlijn, een verveelvoudiging met zich mee zouden kunnen brengen, maar niet als een verveelvoudiging zouden behoeven te worden beschouwd. Dit wordt niet met zoveel woorden gezegd ('voor zover').

Het Duitse BGH heeft in zijn 'Betriebssystem'-arrest⁹¹ impliciet en in zijn 'Holzhandelprogramm'-arrest⁹² expliciet aangegeven dat naar zijn mening de richtlijn de vraag wanneer er bij computerprogramma's nu precies sprake is van verveelvoudiging open laat. Alles zou dan dus blijven afhangen van de vraag of deze activiteiten (het laden of in beeld brengen, of de uitvoering, transmissie of opslag) nu wel of niet verveelvoudiging met zich mee brengen. Het BGH zelf sprak zich in

89. [T]echnically requiring reproduction and therefore legally requiring authorization. (Carnora/Hart p. 57)

90. Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's. Pb. nr. L 122/42, 17 mei 1991.

91. BGH 4 oktober 1990. GRUR 1991 p. 453.

92. BGH 20 januari 1994. GRUR 1994 p. 364.

deze beide zaken niet duidelijk over de kwestie uit, omdat de betreffende zaken dat niet vereisten

Het is omstreden of (en zo ja in hoeverre) deze in de richtlijn gegeven definitie nu het eerder door de Commissie in het Groenboek uit 1988 gepropageerde volledig techniekbepaalde veeleelvoudigingsbegrip, (verplicht) voorschrijft, of aan de nationale wetgevers de ruimte laat de omvang van het veeleelvoudigingsrecht zelf in te vullen. De Nederlandse en de Duitse wetgever hebben beide een vrijwel letterlijke vertaling van de Europese enkeldefinitie in de auteurswet opgenomen.⁹³

6.3 Terminologie

Alvorens de verschillende handelingen die met het gebruik van een computerprogramma te maken hebben te bespreken, is het nuttig deze te definiëren. Over de betekenis van de genoemde termen ‘het laden of in beeld brengen, de uitvoering, transmissie of opslag’ kan men van mening verschillen. De hieronder gegeven eigen definities⁹⁴ zijn dan ook tot op zekere hoogte arbitrair, maar ze zijn wel nuttig om de verschillende opvattingen van elkaar te kunnen scheiden en apart te kunnen bespreken.

Onder *laden*⁹⁵ wordt verstaan het ‘kopieren’ van het geheel of een gedeelte van een computerprogramma van een interne permanente drager (zoals een harde schijf) of een externe permanente drager (zoals een diskette of een CD-ROM) naar het werkgeheugen van een computer (Random Access Memory RAM) dat noodzakelijk is om het programma te kunnen gebruiken, waarbij de kopie in dat werkgeheugen blijft bestaan totdat de computer wordt uitgezet of er, door toedoen van de gebruiker, een ander programma voor in de plaats komt. Belangrijke kenmerken hiervan zijn dat enerzijds een dergelijke kopie steeds weer gemaakt moet worden als de computer uit heeft gestaan en weer aan wordt gezet of een ander programma gebruikt gaat worden en anderzijds, dat dergelijk kopiëren kan plaatsvinden vanaf een en de zelfde (externe) drager naar verschillende werkgeheugens van verschillende computers, waardoor tegelijkertijd op meer computers (door meer mensen) met hetzelfde programma gewerkt kan worden.

93 Artikel 45i Aw 1912. Onverminderd het bepaalde in artikel 13 wordt onder het veeleelvoudigen van een werk als bedoeld in artikel 10 eerste lid onder 12° mede verstaan het laden, het in beeld brengen, de uitvoering, de transmissie of de opslag, voor zover voor deze handelingen het veeleelvoudigen van dat werk noodzakelijk is (curs. DV). § 69c UrhG a. inhd. en lid 1. Der Rechtsinhaber hat das ausschließliche Recht, folgende Handlungen vorzunehmen oder zu gestatten: 1. die dauerhafte oder vorübergehende Vervielfältigung ganz oder teilweise eines Computerprogramms mit jedem Mittel und in jeder Form. Soweit das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Computerprogramms eine Vervielfältigung erfordert, bedürfen diese Handlungen der Zustimmung des Rechtsinhabers (curs. DV).

94 De definities die hieronder worden gegeven zijn deels afgeleid van de omschrijvingen gegeven door Marly in zijn boek: Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union (München 1995) en deels van de andere in deze paragrafen genoemde literatuur.

95 Engels: *loading*, Duits: *laden*.

Onder *in beeld brengen*⁹⁶ wordt verstaan het visueel waarneembaar maken door een beeldprojectie op een (beeld)scherf, die verdwijnt als de volgende beeldprojectie zichtbaar wordt, of als de monitor of projector wordt uitgeschakeld, of de stroom uit valt, waarbij dus geen laden (zie hier voor) of opslag (zie hierna) plaats vindt⁹⁷

Onder *uitvoeren*⁹⁸ wordt (voor zover het om computerprogramma's gaat) verstaan het uitvoeren van de berekeningen, 'bewerkingen' of 'opdrachten' door een computer. De (talloze) technische 'reproducties' die in dat kader plaatsvinden, duren zolang als de computer nodig heeft om de berekening of opdracht uit te voeren, hetgeen meestal naar menselijk maatstaven zonder meer kort te noemen is. Soms zal een stukje informatie wat langer vastgehouden (moeten) worden, omdat het later bij de berekening of de uitvoering van de opdracht nog nodig is, daarna, als de computer heeft gedaan wat hij moest doen, wordt het stukje informatie (automatisch) weer gewist. Deze activiteit wordt ook wel omschreven als 'laten lopen'

Onder *transmissie*⁹⁹ wordt verstaan de verzending van informatie via satelliet, ether, kabel of andere geleider (in niet direct auditief of visueel waarneembare vorm) waarbij het van (de instelling van) het ontvangstapparaat afhangt of, en zo ja in hoeverre, er sprake is van opslag (zie hierna) of van laden, uitvoeren of in beeld brengen (zie hiervoor) of van ten gehore brengen

Onder *opslag*¹⁰⁰ wordt verstaan de vastlegging van informatie op een stoffelijke drager waarbij de informatie niet verloren gaat als de elektriciteitstoevoer ophoudt (als de stroom uitvalt of uitgeschakeld wordt of de batterij op is)

6.4 Bespreking

Het is niet eenvoudig de verschillende opvattingen en argumenten met betrekking tot de auteursrechtelijke kwalificatie van 'computergebruiks'-activiteiten op een overzichtelijke manier te bespreken en te commentariseren, omdat in de literatuur tal van verschillende benaderingen worden gekozen die een vergelijking sterk bemoeilijken¹⁰¹

Vaak is niet (eens) duidelijk of commentatoren hun visie geven op een huns in-

96 Engels *display* Duits *anzeigen*

97 Mogelijk niet direct van belang voor computerprogramma's maar wel voor andere informatie in digitale vorm en de techniek van in beeld brengen. Onder *ten gehore brengen* wordt verstaan het auditief waarneembaar maken zonder dat er opslag (zie hierboven) plaatsvindt

98 Engels *running* Duits *ablaufen*

99 Engels *transmission* Duits *übertragen*

100 Engels *storage* Duits *speichern*

101 Een van de complicerende factoren is dat in Europa in verband met de komst van de Richtlijn bescherming computerprogramma's sprake is van drie richtlijn kwalificaties uit de jaren tachtig interpretaties in het licht van de richtlijn (deels in de ontwerp fase) tussen 1989 en 1993 pogingen tot richtlijn conforme interpretatie van ongewijzigde auteurswetten vanaf 1 januari 1993 (de datum waarop de richtlijn geïmplementeerd had moeten zijn) en kwalificaties volgens de richtlijn en de aangepaste auteurswetten (in Nederland sinds de implementatie per 1 september 1994)

ziens *wenselijke* kwalificatie of pretenderen de kwalificatie naar *geldend recht* weer te geven.

Hier zullen eerst de gangbare opvattingen over het laden en het uitvoeren *naar geldend recht* kort besproken worden; vervolgens zullen deze opvattingen en de argumenten worden becommentarieerd. De *opslag* behoeft nauwelijks bespreking omdat dit de enige onomstreden categorie is van de activiteiten die in artikel 4(a), tweede zin, van de Richtlijn worden genoemd: iedereen lijkt het er over eens te zijn dat de opslag van een computerprogramma een verveelvoudiging oplevert, ook als het om een reservekopie gaat.¹⁰² De opslag van een computerprogramma verschilt ook niet wezenlijk van de vastlegging van (bewegend) beeld of geluid 'op enig voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen of te vertonen', die al sinds 1912¹⁰³ ten overvloede in artikel 14 van de Nederlandse Auteurswet als verveelvoudiging wordt genoemd.¹⁰⁴ Het *in beeld brengen* en de *transmissie* worden als laatste kort besproken omdat deze categorieën in de gevoerde discussie over het gebruik van computerprogramma's een ondergeschikte rol spelen. Deze activiteiten zijn overigens wel van belang, vooral in verband met andere soorten auteursrechtelijk beschermde werken, en er zal hierna op worden teruggekomen.

6.5 Laden en uitvoeren

6.5.1 Algemeen

Vooropgesteld moet worden dat laden en uitvoeren naar de huidige stand van de techniek¹⁰⁵ *beide noodzakelijk* zijn voor het gebruik van een computerprogramma. Als het programma éénmaal geladen is kan het echter (talloze malen) herhaald uitgevoerd (gebruikt) worden (tot het programma wordt gewist of de stroomtoevoer wordt afgesloten). Een verbodsrecht ten aanzien van *laden* leidt evenwel in de praktijk evenzeer tot een verbodsrecht ten aanzien van gebruik als tot een exclusief recht met betrekking tot *uitvoeren*. Het is daarom ook niet verbazingwekkend dat sommige auteurs concluderen dat er een verbodsrecht ten aanzien van 'gebruik' van computerprogramma's bestaat wanneer (alleen) het *laden* als een verveelvoudiging wordt aangemerkt. In de meest recente Nederlandse verhandeling over dit onderwerp stellen Van Schelven en Struik¹⁰⁶ bijvoorbeeld, zonder onderscheid te maken tussen laden en uitvoeren, dat 'de algemene opvatting is dat, althans bij de huidige techniek, ieder gebruik van programmatuur ook een [...] verveelvoudiging impliceert'. Zij verwijzen in verband met deze 'algemene

102 Op reserve kopieën die voor rechtmatig gebruik nodig zijn is in de richtlijn overigens een dwingend rechtelijke beperking van toepassing ten gunste van de rechtmatige gebruiker (artikel 5, lid 2).

103 Sinds 1972 in deze formulering, 'Parlementaire Geschiedenis van de Auteurswet 1912', pp. 14 1-9.

104 Zie Hugenholtz/ 1982, p. 30.

105 'In de toekomst zullen programma's waarschijnlijk vaker in media zijn belichaamd die fysiek in de computer kunnen worden opgenomen, zoals chips, of zullen zij een integrerend deel van de apparatuur zijn. In deze gevallen behoeft een programma niet meer te worden verveelvoudigd om er mee te kunnen werken', aldus de artikelsgewijze toelichting op artikel 4 van de ontwerp-richtlijn van 4 januari 1989 (Pb. nr. C 91/05). In dergelijke gevallen zou *laden* dus niet meer nodig zijn.

106 Softwarerecht, Deventer 1995, p. 77.

opvatting' naar bronnen die ofwel ook geen onderscheid maken tussen laden en uitvoeren, ofwel nadrukkelijk alleen op laden betrekking hebben ¹⁰⁷

Verder moet bedacht worden dat het niet nodig is onderscheid te maken tussen laden en uitvoeren als men van mening is dat het door de Europese Commissie gepropageerde volledig technisch bepaalde verveelvoudigingsbegrip door de richtlijn verplicht wordt voorgeschreven. Dan geldt simpelweg 'gebruiken is verveelvoudigen'. Een ontegenzeggelijk sterke indicatie voor deze interpretatie vormt de artikelsgewijze toelichting op artikel 4 van de ontwerp-richtlijn ¹⁰⁸. Daar wordt expliciet gesteld ¹⁰⁹ 'Het laden van het programma moet worden beschouwd als een aan toestemming onderworpen handeling aangezien daarvoor op dit ogenblik het programma geheel of gedeeltelijk moet worden verveelvoudigd' en 'het bekijken, *uitvoeren*, de transmissie en opslag van het programma zijn handelingen die alle eveneens verveelvoudiging van het programma met zich brengen' (cuis DV).

6.5.2 *Laden in Nederland en Duitsland*

De meest gangbare opvatting met betrekking tot het laden van een computerprogramma is in Nederland en Duitsland vermoedelijk de volgende: 'Door het laden wordt in het werkgeheugen van de computer een kopie vastgelegd die voldoende stabiel is (zij verdwijnt immers meestal pas na het laden van een nieuw programma, dat de geheugenplaats van het eerdere inneemt, of na het uitschakelen van de computer) om als verveelvoudiging te kunnen worden aangemerkt' ¹¹⁰. Deze opvatting is in Nederland door Spoor het duidelijkst en het meest consequent volgehouden ¹¹¹. Van Schelven en Struik ¹¹² lijken zich hier impliciet bij aan te sluiten, zij maken echter geen onderscheid tussen laden en uitvoeren. Ook Verkade maakt geen onderscheid tussen laden en uitvoeren maar stelt in zijn algemeenheid dat *gebruikshandelingen met betrekking tot computerprogramma's voor het inwerkingtreden van de Richtlijn vrij waren en daarna niet meer* ¹¹³. Dit impliceert dat naar zijn mening laden (nu wel) onder het verveelvoudigingsrecht valt, al is hij het daar niet mee eens ¹¹⁴. Hugenholtz lijkt ¹¹⁵ op dezelfde lijn te zitten als Verkade. Quaadvlieg heeft in zijn proefschrift, ¹¹⁶ ruim voor de richtlijn, te kennen gegeven

107 I a p p 77 noot 1

108 Ontwerp richtlijn van 4 januari 1989 (Pb nr. C 91/05)

109 I a p pp 10 en 11

110 Hugenholtz/Spoor *Autorensrecht op software* 1987 p 47

111 Spoor diss (1976) pp 51-52. Hugenholtz/Spoor *Autorensrecht op software* (1987) Spoor/Verkade (1993) p 154. Spoor *Future bundel* (1996) p 75

112 *Software-recht* Deventer 1995 p 77

113 Spoor/Verkade pp 102-103. Verkade lijkt op dit punt wat betreft de periode voor de richtlijn van mening te verschillen met zijn co-auteur Spoor (vergelijk p 154 van hetzelfde boek)

114 Verkade 1992 p 87

115 In zijn bekroonde scriptie (Hugenholtz 1982 p 33) noemt hij het duplicaat in het werkgeheugen als voorbeeld van iets wat *niet* als verveelvoudiging moet worden beschouwd. Vergelijk ook: *Information law towards the 21st century* Deventer 1992 p 323 ('Copyright does not and should not restrict the reception (consumption) of information. In the case of computer programs obviously it does') en Hugenholtz *Future bundel* p 93. Daarnaast: Hugenholtz/Spoor *Autorensrecht op software* 1987 p 47

116 Quaadvlieg *Autorensrecht op techniek* Zwolle 1987 pp 142-144

het laden niet als een verveelvoudiging te willen aanmerken en na de richtlijn is hij bepaald niet gelukkig met het feit dat dit nu wel zo zou zijn ¹¹⁷ In Duitsland is de heersende mening eveneens dat het laden als verveelvoudigen is aan te merken ¹¹⁸ Marly bespreekt in zijn recente handboek ¹¹⁹ zeer uitgebreid de gewisselde argumenten, die hierna aan de orde zullen komen, en komt tot dezelfde conclusie. Noch in Nederland, noch in Duitsland bestaat op dit punt momenteel rechtspraak die duidelijkheid biedt.

6.5.3 Laden in de Verenigde Staten

In de Verenigde Staten heeft het gezaghebbende Court of Appeals of the Ninth Circuit over het laden van een computerprogramma in het werkgeheugen een beslissing genomen die sindsdien door de rechtspraak lijkt te worden gevolgd. In *MAI Systems Corp v Peak Computer Inc*, ¹²⁰ oordeelde dit Hof als volgt: omdat 'the copy created in the RAM can be "perceived, reproduced, or otherwise communicated"', we hold that the loading of software into RAM creates a copy under the Copyright Act'. ¹²¹ De kritiek op dit arrest en op het relevant achten van tijdelijke vastlegging in het kader van het gebruik van een computerprogramma in het algemeen, is in grote lijnen dezelfde als die in Europa op de Richtlijn de introductie van een (*de facto*) gebruiksrecht wordt door critici onwenselijk geacht. ¹²² In Amerika speelt eveneens de discussie rond de vraag of er bij laden sprake is van vastlegging 'for a period of more than transitory duration', ¹²³ oftewel rond de duurzaamheid. In het 'House Report' bij de Copyright Act 1976 ¹²⁴ wordt opgemerkt:

[T]he definition of 'fixation' would exclude from the concept purely evanescent or transient reproductions such as those projected briefly on a screen, shown electronically on a television or other cathode ray tube, or captured momentarily in the memory of a computer

CONTU, de National Commission on New Technological Uses of copyrighted works concludeerde in haar 'Final report' in 1978 ¹²⁵

¹¹⁷ AMI 1992 p. 118.

¹¹⁸ Zie Haberstumpf in: Lehmann M. (ed.) *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, tweede druk, Köln 1993, p. 133 en daar met name in noot 300 genoemde literatuur.

¹¹⁹ J. Marly, *Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union*, München 1995, pp. 164-174.

¹²⁰ 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993). Zie noot van B.J. Murphy in: *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, vol. 10 nr. 2, november 1994, pp. 499-506.

¹²¹ *Id.* p. 519.

¹²² Zie bijvoorbeeld B.J. Nicholson, 'The ghost in the machine: MAI Systems Corp v Peak Computer Inc and the problem of copying in RAM', in *High Technology Law Journal* 1995, pp. 147-176 en de daar genoemde literatuur.

¹²³ Zie de definitie van 'fixed' genoemd in paragraaf 3.1.

¹²⁴ H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. (1976), 53.

¹²⁵ CONTU p. 22.

The text of the [Copyright Act 1976] makes it clear that the placement of a copyrighted work into a computer [] is the preparation of a copy [] Because works in computer storage may be repeatedly reproduced, they are fixed and, therefore copies []

Hierbij is echter niet duidelijk welk computergeheugen wordt bedoeld, het permanente geheugen of het werkgeheugen.¹²⁶ Met de beslissing in *MAI v Peak* is de situatie in Amerika nu vermoedelijk gelijk aan die in Europa volgens de heersende interpretatie van de Software-richtlijn.

6.5.4 Uitvoeren in Nederland en Duitsland

Als een computerprogramma ('een verzameling instructies die bestemd zijn om een informatieverwerkende machine een bepaalde functie te laten uitvoeren')¹²⁷ een computer een bepaalde functie laat uitvoeren, brengt dit met zich mee dat kleine stukjes informatie voor een bepaalde tijd ergens in het geheugen van de computer worden vastgehouden. Dit vasthouden duurt doorgaans minder dan een miljoenste van een seconde, maar in technische, natuurkundige zin zou men dat zonder meer een 'reproductie' kunnen noemen.

In Nederland hebben de commentatoren zich na de inwerkingtreding van de richtlijn niet duidelijk uitgesproken over de status van het uitvoeren in het licht van de richtlijn. Men spreekt meestal in het algemeen over 'gebruik' en constateert dat de richtlijn dit aan het verveelvoudigingsrecht heeft onderworpen, zonder dat het onderscheid tussen laden en uitvoeren wordt besproken. Eerdere uitspraken van Spoor¹²⁸ en Hugenholtz¹²⁹ over 'one use input' en kortstondige vastleggingen suggereren dat, voor/over de richtlijn een dergelijke interpretatie zou toelaten, deze auteurs het uitvoeren *niet* als een verveelvoudiging zouden willen aanmerken. Quaadvlieg zal het daar gezien zijn stellingname in zijn proefschrift uit 1987 waar schijnlijk mee eens zijn.¹³⁰ 'Bij het gebruik van een programma, als men met andere woorden het programma 'laat lopen' wordt dit intern gereproduceerd in de Central Processing Unit van de computer. Het lijkt mij echter zeer twijfelachtig of in dat geval van een verveelvoudiging in de zin van de Auteurswet mag worden gesproken. Beslissend voor het zijn van verveelvoudiging is dat de drager inderdaad dient als 'bewaarplaats' voor het werk. De Central Processing Unit is geen bewaarplaats, maar de kleedkamer voor het podium. Alleen de gegevens die nodig zijn voor de voorstelling van het moment bevinden zich er tijdelijk. Hun permanente onderkomen hebben zij elders, in een programma, in een magazijn.'¹³¹

126 Nicholson 1 a p. p. 154

127 Definitie uit het rapport van de door de World Intellectual Property Organization ingestelde working group on technical questions relating to the legal protection of computer software als geciteerd in de Memorie van Antwoord (MvA) bij WV 22531 nr. 3 p. 9

128 Spoor diss. p. 50-52

129 Hugenholtz 1982 pp. 31-33

130 Quaadvlieg diss. p. 141

131 De Duitser T. Hoeren lijkt in zijn proefschrift de beeldspraak van Quaadvlieg wat al te letterlijk te nemen. Al in het vastleggingsverste in het Nederlandse verveelvoudigingsrecht wijdt hij een voetnoot die als volgt luidt: 'Ähnlich wie das Niederländische Urhebergesetz/Quaadvlieg: Auteursrecht 141 (permanent onderkomen)' (T. Hoeren: 'Softwareüberlassung als Sachkauf' München 1989 p. 44)

In Duitsland wordt het onderscheid tussen laden en uitvoeren vrijwel steeds nadrukkelijk gemaakt en over de kwalificatie van het uitvoeren lopen de meningen uiteen.¹³² De meerderheid lijkt echter van mening dat het uitvoeren niet als een verveelvoudiging moet worden aangemerkt.¹³³ Lehmann¹³⁴ en Haberstumpf¹³⁵ zijn er zelfs van overtuigd dat de Richtlijn een dergelijke interpretatie toelaat. Fromm en Nordemann¹³⁶ menen daarentegen dat bij het uitvoeren wel verveelvoudigingen plaatsvinden.

6.5.5 *Uitvoeren in de Verenigde Staten*

De hierboven reeds geciteerde toelichting in het 'House Report' bij de Copyright Act 1976¹³⁷ lijkt van belang voor de status van het uitvoeren van computerprogramma's naar Amerikaans recht:

[T]he definition of 'fixation' would exclude from the concept purely evanescent or transient reproductions such as those projected briefly on a screen, shown electronically on a television or other cathode ray tube, or captured momentarily in the 'memory' of a computer (DV)

Op grond van deze uitleg van de definitie van 'fixation' wordt het uitvoeren van een programma in de Verenigde Staten niet als een verveelvoudiging aangemerkt.¹³⁸

6.5.6 *Duurzaamheid*

Bij de beoordeling van de status van laden respectievelijk uitvoeren wordt vaak verwezen naar de duurzaamheid. 'Door het laden wordt in het werkgeheugen van de computer een kopie vastgelegd die voldoende stabiel is (zij verdwijnt immers meestal pas na het laden van een nieuw programma, dat de geheugenplaats van het eerdere inneemt, of na het uitschakelen van de computer) om als verveelvoudiging te kunnen worden aangemerkt'.¹³⁹

Deze stelling van Hugenholtz en Spoor laat zich eenvoudig omdraaien door het vervangen van het woord 'voldoende' door 'onvoldoende' en het weglaten van de woorden 'meestal pas'. Er staat dan: 'Door het laden wordt in het werkgeheugen van de computer een kopie vastgelegd die onvoldoende stabiel is (zij verdwijnt immers na het laden van een nieuw programma, dat de geheugenplaats van het eerdere inneemt, of na het uitschakelen van de computer) om als verveelvoudiging te kunnen worden aangemerkt'. In de discussie over de auteursrechtelijke status van het laden worden vaker argumenten gebruikt die zich laten omdraaien.

¹³² Vergelijk Haberstumpf p. 136 en Marly p. 175.

¹³³ Zie vorige noot.

¹³⁴ Lehmann in: Lehmann M. (ed.) *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*. 2e druk. Köln 1993, p. 13, noot 49.

¹³⁵ T a p. p. 137.

¹³⁶ Fromm/Nordemann p. 166.

¹³⁷ H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. (1976), 53, geciteerd door Paul Goldstein, *Copyright*, Boston 1989, deel 1, p. 82.

¹³⁸ Zie impliciet Nimmer § 8:08[A][1]. Nimme spreekt in dit verband van *manipulation by its central processing unit (CPU)* (curs. DV).

¹³⁹ Hugenholtz/Spoor, *Auteursrecht op software*, 1987, p. 47.

Het feit dat een 'kopie' in het werkgeheugen (slechts) tijdelijk bestaat en afhankelijk is van stroomtoevoer wordt zowel door tegen- als de voorstanders van een auteursrechtelijke relevantie ervan als argument aangevoerd ¹⁴⁰ De 'duurzaamheid' en de afhankelijkheid van de stroomtoevoer van de vastlegging in het werkgeheugen zijn moeilijk hanteerbare argumenten enerzijds moet bedacht worden dat er bij grote computers die intensief worden gebruikt in instellingen en ondernemingen sprake van is dat ze permanent 'aan' staan ¹⁴¹ Er is een constante stroomtoevoer en een programma dat eenmaal in het werkgeheugen geladen is, blijft daar langere tijd (dagen, weken, maanden) in onder gebracht Een dergelijke vastlegging lijkt nogal duurzaam Anderzijds zou men van een projectie van een dia met behulp van een diaprojector op een beeldscherm ook kunnen zeggen dat deze afhankelijk van voortdurende stroomtoevoer een duurzame 'vastlegging' oplevert, terwijl projectie juist niet als verveelvoudiging wordt aangemerkt

6.5.7 *Rechtspolitieke keuze*

De kwalificatie van het laden en uitvoeren van een programma als een auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging is uiteindelijk niet meer en niet minder dan een (nieuwe) rechtspolitieke keuze, die voorheen met betrekking tot andere auteursrechtelijk beschermde werken (in deze vorm) niet aan de orde was Degenen die van mening zijn dat het laden een verveelvoudiging met zich meebrengt (louter) omdat er technisch/natuurkundig gezien sprake is van een tijdelijke vastlegging ¹⁴² hebben al de rechtspolitieke keuze gemaakt dat de auteursrechtelijke kwalificatie moet samenvallen met de technische Met Marly ¹⁴³ moeten we vaststellen dat de juistheid van deze keuze aangetoond moet worden aan de hand van de maatschappelijke en economische consequenties De constatering dat het 'nu eenmaal zo is' omdat er 'nu eenmaal' sprake is van reproductie in technische zin is niet overtuigend Zelfs als bij andere informatie (dan computerprogramma's) het auteursrechtelijk verveelvoudigingsbegrip tot nu toe geheel afhankelijk zou zijn van de technische kwalificatie of er al dan niet sprake is van reproductie, is de be-

140 Vergelijk: Dort [in het werkgeheugen DV] wird immer nur eine vorübergehende Kopie für die kurze Zeit des Programmlaufs hergestellt, die in dem Moment, in dem der Anwender ein neues Programm benutzt oder seinen PC abschaltet, automatisch gelöscht wird Eine solche unbeständige Zwischenspeicherung stellt aber eine bloße EDV-technische Randerscheinung ohne urheberrechtliche Relevanz dar und kann deshalb im Gegensatz zur Festspeicherung [-opslag DV] nicht als eine körperliche Festlegung im Sinne des § 16 UrhG bezeichnet werden (T. Hören Softwareüberlassung als Sachkauf, München 1989 p. 44) Jegnovici: Zwar wird durch das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher nur eine vorübergehende Kopie geschaffen, die in der Regel wieder gelöscht wird, wenn der Anwender ein neues Programm benutzt oder sein Gerät abschaltet Dies kann sich aber je nachdem wie lange er mit dem Programm arbeitet über viel Stunden hinziehen, so daß auch rein zeitlich die Einspeicherung keine belanglose technische Randerscheinung darstellt (Haberstumpf p. 134)

141 Marly pp. 165 en 168

142 [T]echnically requiring reproduction and therefore legally requiring authorization Czarnota/Hart p. 57

143 Marly pp. 167-168

slissing dat dit voor computerprogramma's ook geldt een rechtspolitieke,¹⁴⁴ omdat er nieuwe consequenties aan verbonden zijn

Het is overigens aannemelijk dat ook elders en eerder in het auteursrecht de rechtspolitieke keuze belangrijker was en is dan de technische kwalificatie. De in dit verband genoemde projectie op een (beeld)schermbuis, die traditioneel niet als een verveelvoudiging wordt beschouwd, is daar een voorbeeld van. Het door Spoor geïntroduceerde criterium 'min of meer duurzaam' impliceert in feite ook meer een rechtspolitieke dan een technische keuze. Spoor geeft zelf aan: 'De grens tussen wel en niet vasthouden is vloeiend; een beeldbuis kan ook zó worden geconstrueerd dat het beeld veel langzamer verdwijnt, zoals bijvoorbeeld bij een radarscherm het geval is'.¹⁴⁵ Vanuit het oogpunt van rechtspolitiek wilde men de beeldschermprojectie nu eenmaal niet als auteursrechtelijke verveelvoudiging kwalificeren,¹⁴⁶ maar als men dat om wat voor reden dan ook wel zou willen zou dat kunnen. Het is daarom zinnig te onderzoeken *waarom* het al dan niet *nodig* of al dan niet *wenselijk* zou zijn laden van een programma auteursrechtelijk relevant te achten.

Sommige auteurs die het *laden* wel als een auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging aanmerken menen dat het *uitvoeren* niet relevant is, omdat de zeer tijdelijke vastleggingen die daarbij plaatsvinden technische toevalligheden zijn. Lehmann merkt hierover op:

*Der Rechtsbegriff 'Vervielfältigung' dient einem ganz spezifischen Zweck des Urheberrechts, denn er soll die Partizipation des Urhebers an den Marktergebnissen ermöglichen, deshalb sollte die Auslegung dieses Begriffs nicht von technischen Zufälligkeiten abhängig gemacht werden.*¹⁴⁷

Door te spreken van 'technische toevalligheden' en door het doel van de reproductie bij de kwalificatie te betrekken geeft Lehmann aan dat het auteursrechtelijk verveelvoudigingsbegrip naar zijn mening geen volledig technisch bepaald gegeven is, maar een rechtspolitieke keuze. Dit geldt dan logischerwijs echter evenzeer voor de kwalificatie van het *laden* dat volgens Lehmann wel auteursrechtelijk relevant is. Verkade¹⁴⁸ stelt ook dat een toevallige technische omstandigheid niet doorslaggevend mag zijn.

¹⁴⁴ Het is belangrijk om vast te stellen dat de beslissing om computerprogramma's onder het auteursrecht te brengen op zichzelf al een rechtspolitieke keuze was, waarover zeer verschillend gedacht wordt. Het voert echter te ver om hier uitgebreid op in te gaan. Het Manifesto concerning the legal protection of computer programs' en de commentaren daarop verschenen in Columbia Law Review, vol. 94, december 1994, bespreken deze keuze uitgebreid.

¹⁴⁵ Spoor, diss. p. 50.

¹⁴⁶ Zie paragraaf 3.1, vergelijk Verkade 1992, p. 87: 'Dat de techniek niet doorslaggevend behoort te zijn, blijkt ook uit de algemene erkenning dat bij het (in technische zin) reproduceren van beelden uit videofilms op een beeldbuis niet als het maken van een tijdelijke verveelvoudiging wordt gezien'.

¹⁴⁷ M. Lehmann: 'Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen', in: Lehmann, M. (ed.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2e druk Keulen 1993, p. 12.

¹⁴⁸ Verkade 1992, p. 87.

Men heeft op de (onjuiste) gedachte [dat gebruik onder de zeggenschap van de auteur valt] kunnen komen doordat bij het gebruik van computerprogramma's in (louter) technische zin (tijdelijk) 'reproductie' plaats heeft. Daarbij heeft de Richtlijngever zich veel te sterk en ten onrechte georiënteerd op een toevallige technische omstandigheid, in plaats van te blijven uitte gaan van de principes [van de uitputtingsleer, de privésfeer en de informatievrijheid]

6.5.8 Rechtspoliteke argumenten

Een rechtspolitek argument om het laden van een programma auteursrechtelijk relevant te achten is het argument dat de rechthebbende anders geen rechtsgrond zou hebben om een 'onrechtmatige gebruiker' te verplichten de 'illegale kopie' die zich in het werkgeheugen van de computer bevindt te wissen.¹⁴⁹ De gebruiker zou het programma dan een onbepaald aantal keren kunnen gebruiken, zolang hij de computer maar niet uit zet, hetgeen, zoals gezegd, bij grotere computers niet ongebruikelijk is. Dit zou voor een gebruiker aantrekkelijker kunnen zijn dan het nemen van een licentie. Theoretisch zou een belangrijke gebruiksvorm kunnen ontstaan die niet bij enige auteursrechtelijk relevante handeling zou kunnen worden ingecalculeerd en verrekend. Of een dergelijke gebruiksvorm in de praktijk ook zou ontstaan is moeilijk vast te stellen,¹⁵⁰ maar uitgesloten is het niet.

Belangrijker lijkt het argument dat de rechthebbende geen rechtsgrond zou hebben om een gebruiker te verbieden, of onder betaling van een licentievergoeding toe te staan, een programma van een 'legale' vaste draager achtereenvolgens in het werkgeheugen van verschillende computers te laden, waardoor het programma parallel door verschillende personen in de organisatie gebruikt kan worden.¹⁵¹ Het gaat dan met name om de situatie waarin op basis van een legale kopie (grootschalig) netwerkgebruik plaatsvindt.¹⁵² De kopie bevindt zich op een centrale plaats in het netwerk, waarbij de verschillende aangeslotenen een kopie in het werkgeheugen van hun computer laden om het vervolgens te gebruiken. Als het laden niet auteursrechtelijk relevant is, zou dit betekenen dat de rechthebbende geen wettelijke basis heeft om gebruikers te dwingen tot het afsluiten van netwerklicenties, zogenaamde 'multi-user'-licenties. Dit zou een ongerechtvaardigd voordeel inhouden voor grootschalige gebruikers ten opzichte van 'enkele gebruikers' ('single users') en voor de rechthebbende veel niet incalculeerbaar gebruik opleveren. Elders in deze studie¹⁵³ zal verdedigd worden dat ook (en beter) in het openbaarmakingsrecht een rechtsgrond voor netwerk-licenties kan worden gevonden.

Diverse andere argumenten die worden genoemd ten faveure van het auteursrechtelijk relevant achten van het laden van een computerprogramma zijn minder

149. Haberstumpf p. 134.

150. In de meeste gevallen zal men er toch ook toe overgaan een permanente kopie te maken uit veiligheidsoverwegingen; bij stroomuitval verdwijnt de tijdelijke vastlegging immers.

151. Marly p. 168.

152. Spoor Future bundel p. 75. One server may serve a whole battery of PC's enabling all of them time and again to use the program.

153. Hoofdstuk 3 paragraaf 10.4.2.

sterk. De stelling dat laden kan leiden tot bewerking, vernietiging of vervalsing van het programma, of tot het maken van illegale kopieën op vaste dragers, kan niet leiden tot de conclusie dat louter vanwege deze mogelijkheid het noodzakelijk is het laden tot verveelvoudiging te bestempelen.¹⁵⁴ De mogelijkheid van gelijktijdig (netwerk)gebruik is evenwel een belangrijk argument voor het relevant achten van het laden.

Als het *laden* van het programma, als noodzakelijke voorbereidingshandeling voor het gebruik, onder het exclusieve recht van de auteur valt, lijkt het vanuit rechtspolitieke overwegingen niet nodig dat het daadwerkelijke gebruik zelf, in de vorm van het *uitvoeren* van het programma ook nog eens onder een verbodsrecht valt. Als de rechthebbende het laden in het werkgeheugen aan voorwaarden kan binden, is er geen reden om ten aanzien van iedere uitvoering die daar op kan volgen nog een recht toe te kennen.¹⁵⁵

6.6 Het in beeld brengen en de transmissie

Aan de status van het in beeld brengen en de transmissie wordt in de literatuur over de auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma's weinig aandacht besteed. Dat is met betrekking tot het in beeld brengen ook wel begrijpelijk, omdat wanneer het laden of uitvoeren van een programma op grond van het verveelvoudigingsrecht onder het verbodsrecht van de auteur valt, de vraag of dat voor het in beeld brengen ook geldt bij computerprogramma's nauwelijks van belang lijkt. Er lijkt geen rechtspolitiek argument te bestaan om het in beeld brengen auteursrechtelijk relevant te achten, als het laden al gecontroleerd kan worden, kan het in beeld brengen vrij blijven.¹⁵⁶

Voor de transmissie, zoals hierboven gedefinieerd, geldt dat deze ofwel leidt tot een opslag, ofwel tot laden, uitvoeren of in beeld brengen. De transmissie kan dus worden 'meegenomen' bij de activiteit die het resultaat ervan is, en heeft bij computerprogramma's daarom weinig zelfstandige betekenis. Deze rechtspolitieke benadering die tot de conclusie leidt dat onderhavige activiteiten niet als verveelvoudigingen behoeven te worden aangemerkt is alleen zinvol bij een *teleologisch beperkt verveelvoudigingsbegrip*. Bij een *volledig technisch bepaald verveelvoudigingsbegrip* zoals door de Europese Commissie wordt gesuggereerd kan (en zal) het in beeld brengen en de transmissie waarschijnlijk wel onder het verveelvoudigingsrecht vallen.

6.7 Gebruiksrecht

Het was al duidelijk dat een volledig technisch bepaald verveelvoudigingsbegrip, zoals voorgestaan door de Europese Commissie, leidt tot een situatie waar ieder gebruik van een computerprogramma onder een verbodsrecht valt. Deze situatie waarin het gebruik onder het exploitatierecht van de auteur valt wordt hier om-

¹⁵⁴ Anders, Haberstumpf p. 173.

¹⁵⁵ Zo ook Marly p. 175, Haberstumpf p. 137 en de daargenoomde literatuur.

¹⁵⁶ Marly p. 178.

schreven als 'gebruiksrecht'. Ook voor de (in Duitsland bepleite) teleologische benadering die het uitvoeren en in beeld brengen uitsluit van het verveelvoudigingsrecht, maar het laden er wel onder brengt, geldt echter dat er in feite sprake is van een verbodsrecht op gebruik. Immers, zoals hiervoor in paragraaf 6.5.1 al werd opgemerkt, in de meeste gevallen zal direct voorafgaande aan het gebruik het programma in het werkgeheugen moeten worden geladen.

Het is dan ook wat merkwaardig dat Lehmann, die laden wel en uitvoeren niet auteursrechtelijk relevant acht, zijn standpunt onderstreept met de volgende stelling:¹⁵⁷ 'Der Werkgenuß eines urheberrechtlich geschützten Werkes muß frei bleiben, die EG-Richtlinie will harmonisieren, nicht aber wesentliche Grundprinzipien unseres Urheberrechts antasten'. Marly¹⁵⁸ meent ook dat het laden wel en het uitvoeren niet relevant is, maar geeft onder verwijzing naar de genoemde standpunten van de Commissie aan dat er met de richtlijn wel degelijk een 'gebruiksrecht' werd beoogd: 'Aus diesem Grunde muß auch hier, [], von einem bewußt in Kauf genommenen Bruch mit dem klassischen kontinentaleuropäischen Urheberrechtsverständnis gesprochen werden'.

Dat daadwerkelijk beoogd is het gebruik in beginsel onder het verbodsrecht van de auteur te brengen, lijkt ook naar voren te komen uit de dwingendrechtelijke uit/onderingsbepalingen die in de richtlijn zijn opgenomen ten behoeve van de rechtmatige verkrijger. Artikel 5, lid 1 richtlijn:

Tenzij bij overeenkomst uitdrukkelijk anders is bepaald, is voor de in artikel 4, onder (a) en (b), genoemde handelingen geen toestemming van de recht hebbende vereist wanneer deze handelingen voor de rechtmatige verkrijger noodzakelijk zijn om het computerprogramma te kunnen gebruiken voor het beoogde doel, onder meer om fouten te verbeteren

Alleen het beoogde gebruik is echter toegestaan, en wat beoogd is wordt volgens gezaghebbende auteurs bepaald door de licentieovereenkomst.¹⁵⁹ In Amerika bestaat ook een soort 'rechtmatige gebruikersvrijstelling', vergelijkbaar met artikel 5 richtlijn. Section 117(1) USC (Limitations on exclusive rights: Computer programs) luidt:

Notwithstanding the provisions of section 106, it is not an infringement for the owner of a copy of a computer program to make or authorize the making of another copy or adaptation of that computer program provided: (1) that such a new copy or adaptation is created as an essential step in the utilization of the computer program in conjunction with a machine and that it is used in no other manner; []

157 Lehmann p. 12 noot 49.

158 Marly p. 179.

159 Czarnota/Hart p. 65. This means that the purpose may be defined by the contract and may include conditions under which the program is to be used (the number of users, terminals, location equipment).

Deze dwingendrechtelijke beperkingen nemen echter niet weg dat controle op gebruik via verveelvoudiging als hoofdregel relevant wordt, een consequentie waar nogal wat bezwaren tegen aan te voeren zijn.

6.8 Bezwaren

De bezwaren tegen een auteursrechtelijk verbodsrecht ten aanzien van consumptie zijn in hoofdstuk 1 genoemd: het komt in het algemeen (te zeer) in strijd met de bevoegdheden van de eigenaar, met diens privacy en met de informatievrijheid.

Bevoegdheden van de eigenaar. Door het gebruiksrecht worden de bevoegdheden van de eigenaar aanzienlijk beperkt. Weliswaar mag hij het programma op grond van de dwingendrechtelijke beperking laden en uitvoeren, maar alleen voorzover dit noodzakelijk is voor het beoogde gebruik. De auteursrechthebbende kan allerlei voorwaarden stellen en controlebevoegdheden eisen. De staatssecretaris van Justitie noemde bij de Nederlandse implementatie de volgende voorbeelden:¹⁶⁰ ‘De condities, die ten aanzien van de [gebruiks-] verveelvoudigingshandelingen kunnen worden gesteld, kunnen uiteenlopend van aard zijn. Zij kunnen betrekking hebben op het aantal gebruikers, de plaats van het gebruik, het aantal terminals, de te gebruiken computers’.

Een vergelijking met andere gebruiksvoorwerpen maakt duidelijk dat dergelijke beperkingen fors ingrijpen in de bevoegdheden van de eigenaar. Men zou vreemd opkijken als het gebruik van een auto door de fabrikant beperkt zou kunnen worden tot een bepaalde plaats, de bewoning van een huis tot een bepaald aantal mensen of het gebruik van een bakvorm tot een bepaald merk oven. Natuurlijk zijn er relevante verschillen: een auto kan niet op verschillende plaatsen tegelijk gebruikt worden, een huis kan niet door een onbeperkt aantal mensen bewoond worden en een bakvorm kan niet in tientallen ovens tegelijk gebruikt worden. Dat neemt echter niet weg dat met een gebruiksrecht een situatie ontstaat waar de rechten van de materiële rechthebbenden volledig ondergeschikt worden gemaakt aan die van de auteursrechthebbenden, met als voornaamste kenmerk dat er vaak een voortdurende afhankelijkheid (van een licentie) zal zijn aan de kant van de gebruiker. Illustratief voor de onwenselijke consequenties in dit verband is het arrest van het Haagse Hof inzake Siemens Nixdorf tegen Gemini c.s.¹⁶¹ Het Hof oordeelde dat Siemens Nixdorf op basis van haar verveelvoudigingsrecht aan Gemini c.s. kan verbieden de door haar geleverde software te gebruiken op andere dan de voorgeschreven hardware (afkomstig van, uiteraard, Siemens Nixdorf). Het Hof overwoog:

160. WV 22531, nr. 5, p. 29.

161. Hof 's-Gravenhage 2 maart 1995, CR 1995, p. 173.

[Geïntimeerde (gebruiker)] ziet er echter aan voorbij dat – nog afgezien van de contractuele bepaling waarbij de gebruikers van [de betreffende] programmatuur zich ten opzichte van appellanten hebben verbonden om deze uitsluitend te gebruiken op hardware afkomstig van appellanten – bij het kopiëren van de [] programmatuur vanuit hardware van appellanten naar hardware van anderen, geen sprake is van een verveelvoudiging die – in de woorden van [artikel 45] Aw] – noodzakelijk is voor het met het werk beoogde gebruik

Verkade heeft dit arrest terecht bekritiseerd,¹⁶² maar het is niet ondenkbaar dat het toch de consequentie is van de regeling in de Richtlijn

Privacy Het gebruik van computerprogramma's door particulieren speelt zich af in de privésfeer. Controle daarop is moeilijk te realiseren en leidt onvermijdelijk tot een binnendringen in die privésfeer. De zogenaamde 'klik lijnen' waar telefonisch illegaal software gebruik kan worden gemeld, opgezet door de Business Software Alliance gaan samen met schending van privacy en vertrouwelijkheid. Bij het gebruik in instellingen en ondernemingen geldt het privacybelang in mindere mate. Het gebruiksrecht maakt echter geen onderscheid en heeft betrekking op zowel particulier als op bedrijfsmatig gebruik.

Informatie(ontvangst)vrijheid Zoals in hoofdstuk 1 is opgemerkt, is het conflict tussen informatie vrijheid en exploitatierecht problematisch omdat beide rechten haaks op elkaar staan. Consumptiehandelingen als lezen, luisteren, bekijken en gebruiken zijn echter zo basaal en essentieel voor de informatie vrijheid dat men deze in het auteursrecht altijd heeft willen vrijlaten. Het Bundesgerichtshof gaf in zijn Betriebssystem-arrest van 4 oktober 1990¹⁶³ aan dat dit in beginsel even goed voor computerprogramma's geldt.

Im Ubrigen ist zu beachten, daß die reine Benutzung – im Gegensatz zu den technischen Nutzungsrechten – urheberrechtlich nicht erfaßt wird. Die Benutzung eines Werkes als solche ist kein urheberrechtlich relevanter Vorgang. Dies gilt für das benutzen eines Computerprogramms ebenso wie für das Lesen eines Buches, das Anhören einer Schallplatte, das Betrachten eines Kunstwerks oder eines Videofilms

In het Holzhandelprogramma arrest werd dit door het BGH nog eens herhaald,¹⁶⁴ maar het is de vraag of dit, in het licht van het hiervoor besprokene, voor computerprogramma's nog wel een correcte weergave van de stand van zaken is.

162 Noot bij het bewuste arrest, nog niet gepubliceerd.

163 BGH 4 oktober 1990 GRUR 1991 p. 453.

164 Richtig is, daß die reine Benutzung – anders als bei den technischen Schutzrechten – urheberrechtlich nicht erfaßt wird, d.h. die Benutzung als solche ist kein urheberrechtlich relevanter Vorgang (GRUR 1994 pp. 364-365).

In het algemeen kan ook de constatering dat traditioneel bij andere werktypen de consumptie vrij is van auteursrechtelijke aanspraken niet automatisch tot de conclusie leiden dat dit bij computerprogramma's ook het geval moet zijn. De vraag is en blijft of er een zodanige noodzaak bestaat om het gebruik onder het exploitatierecht te brengen dat de auteursrechttraditie en de informatievrijheid daarvoor moeten wijken. Deze vraag is moeilijk te beantwoorden. Eén belangrijke reden daarvoor is dat er op zeer grote schaal illegaal software wordt opgeslagen en gekopieerd ('permanent' vastgelegd op stoffelijke dragers). Als dit massale illegale kopiëren, waarvan het inbreukmakend karakter onomstreden is, nog niet cens effectief bestreden wordt, wordt het lastig te bepalen of het *noodzakelijk* is het *daadwerkelijke gebruik* ook onder het exploitatierecht van de auteur te brengen.

6.9 Tussenconclusie ten aanzien van computerprogramma's

Het *laden* van een computerprogramma dat noodzakelijk is voor het gebruik ervan wordt zowel door de aanhangers van een volledig technisch bepaald veeleenvoudigingsbegrip als door sommige voorstanders van een meer teleologisch gedefinieerd veeleenvoudigingsrecht als auteursrechtelijk relevant aangemerkt. Hiermee is een gebruiksrecht in het auteursrecht geïntroduceerd dat bij gebruik door particulieren op gespannen voet staat met de privacy en in het algemeen in gaat tegen de traditie in het auteursrecht dat louter gebruik vrij blijft. Het is voorsnog onduidelijk of de introductie van een dergelijk gebruiksrecht noodzakelijk is om de rechthebbende op een computerprogramma in staat te stellen zijn werk (optimaal) te exploiteren. Het lijkt echter wel wenselijk dat de rechthebbende een rechtsgrond heeft om gebruik in computers die niet worden uitgezet, gebruik in netwerken en ander parallelgebruik, aan gedifferentieerde licenties te onderwerpen.

Het *uitvoeren* en *in beeld brengen* wordt door de aanhangers van een volledig technisch bepaald veeleenvoudigingsbegrip als een auteursrechtelijk relevante veeleenvoudiging aangemerkt. De voorstanders van een teleologisch veeleenvoudigingsbegrip zijn echter van mening dat dit onnodig en onwenselijk is. Het feit dat de projectie op een beeldscherm (het in beeld brengen), dat natuurkundig gezien zonder meer als een reproductie kan worden aangemerkt, traditioneel nadrukkelijk niet als een veeleenvoudiging is aangemerkt, is een belangrijk argument voor een teleologisch beperkt veeleenvoudigingsbegrip.

In een recente beschouwing over het veeleenvoudigingsrecht in relatie tot het gebruik van computerprogramma's heeft Spoor gesteld dat het debat hieromtrent niet zo zeer betrekking had op het 'fixatie'(vastleggings)-aspect:

*Instead, it mainly focused on the fact that applying the reproduction right to RAM storage does amount to granting rights for actual use of a copyrighted work, a thing which copyright had never done before. Once that objection had been brushed aside as being simply too doctrinary, it was also accepted that loading a program in RAM amounts to reproduction*¹⁶⁵

Het behoeft nauwelijks toelichting dat deze stelling hier nadrukkelijk *niet* wordt onderschreven. Er is naar mijn mening helemaal geen sprake van dat de bezwaren tegen een gebruiksrecht ‘ter zijde geveegd zijn’. Aan een ieder die deze stelling onderschrijft zou gemakkelijk het verwijt gemaakt kunnen worden dat hij zelf zich ‘too doctrinary’ opstelt door gefixeerd te zijn op het fixatie-aspect.

6.10 Consequenties ten aanzien van andere werken

Nu steeds meer andere soorten werken, bestaande uit tekst, geluid en/of (beweegend) beeld, uitsluitend of hoofdzakelijk in digitale vorm beschikbaar komen, neemt de kwestie van het ‘gebruik als verveelvoudiging’ aanmerkelijk in belang toe. Ook bij andere werken in digitale vorm vergt het loutere consumeren namelijk vaak een tijdelijke vastlegging in een computergeheugen. De databankrichtlijn¹⁶⁶ lijkt weer een stap in de richting van het volledig technisch bepaalde verveelvoudigingsbegrip, omdat daar dezelfde definitie wordt gehanteerd als in de richtlijn bescherming computerprogramma’s. In artikel 5 van deze databankrichtlijn wordt de verveelvoudiging omschreven als ‘de permanente of tijdelijke reproductie, geheel of gedeeltelijk, met ieder middel en in iedere vorm’.

Het volledig technisch bepaalde verveelvoudigingsbegrip kan met betrekking tot vrijwel alle soorten informatie leiden tot een auteursrechtelijk relevant achten van de consumptie ervan, ook het beluisteren, het bekijken en het lezen. Evenals het Duitse hoogste gerechtshof¹⁶⁷ achten veel auteurs¹⁶⁸ dit een (zeer) onwenselijke ontwikkeling, en ook auteurs die menen dat de Richtlijn bescherming computerprogramma’s ten aanzien van programmatuur geen andere conclusie (dan het volledig technisch bepaalde verveelvoudigingsbegrip) toelaat lijken van mening dat ten aanzien van andere werken een andere beoordeling wenselijk kan zijn en mogelijk blijft.¹⁶⁹

De Europese Commissie lijkt echter te volharden in haar voorkeur voor een volledig technisch bepaald verveelvoudigingsbegrip. In het Groenboek over het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij¹⁷⁰ stelt de Commissie: ‘Met betrekking tot de omschrijving van [het verveelvoudigingsrecht] zou

165 Spoor Future bundel p. 75.

166 Richtlijn 96/9/EG van de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken.

167 Zie de twee in paragraaf 6.8 genoemde arresten.

168 Verkade 1992 p. 87; Hugenholtz ‘Convergence and Divergence in Intellectual Property Law: The Case of the Software Directive’ in: *Information Law towards the 21st century* (Dordrecht 1992) p. 323; L.P.M. Thole ‘Software een novum in het vermogensrecht’ (Antwerpen 1991) p. 69; Haberstumpf p. 136 en de daargenoemde literatuur.

169 Dreier ‘Urheberrecht und digitale Technologie’ (Baden 1994) p. 135.

170 Brussel 19 juli 1995 COM(95) 382 def. p. 51.

[een communautair antwoord] zeker moeten zijn gebaseerd op de oplossingen die in de richtlijn over computerprogramma's worden aangedragen¹⁷¹ De consequenties van een deigelijk standpunt raken echter niet alleen het gebruik, maar ook de (individuele) communicatie, zoals in de volgende paragraaf zal blijken

7 Netwerkcommunicatie en het verveelvoudigingsrecht

Bij de communicatie via elektronische netwerken blijkt (de omvang van) het verveelvoudigingsrecht ook een belangrijke rol te spelen

The fundamental right to reproduce copyrighted works in copies and phono records will be implicated in innumerable NII¹⁷² transactions. Indeed, because of the nature of computer-to-computer communications, it will be implicated in most NII transactions¹⁷³

De verzending van digitale informatie via netwerken gaat gepaard met kortstondige vastlegging op knooppunten in het netwerk¹⁷⁴ Dergelijke kortstondige vastleggingen kunnen het best vergeleken worden met de vastleggingen die plaatsvinden in het kader van het uitvoeren van een computerprogramma. Dat betekent dat de verzending zelf volgens de techniekbepaalde visie op het verveelvoudigingsrecht sowieso als auteursrechtelijk relevant zou moeten worden aangemerkt.

De communicatie via elektronische netwerken bestaat echter niet alleen uit verzending en in het kader van die communicatie vinden er vaak ook vastleggingen plaats die aanzienlijk langduriger zijn (maar evenzeer onvermijdelijk in het kader van de communicatie) en meer te vergelijken zijn met het laden of zelfs met het opslaan van een computerprogramma. Een eenvoudig voorbeeld kan dit verduidelijken.

Wanneer Internetgebruiker A een pakketje digitale informatie, een *file*, naar Internetgebruiker B toezendt, verzendt A eerst de file naar de server van zijn eigen Internetprovider, vervolgens wordt de file (via een aantal knooppunten) via het Internet naar de server van de Internetprovider van B verzonden, alwaar de file in de *mailbox* van B wordt opgeslagen. Vervolgens 'bekijkt' B de file in zijn *mailbox* en in het kader van dat bekijken wordt de file al naar B's computer verzonden, waar de informatie tijdelijk wordt vastgelegd, *geladen* zo men wil. Uiteindelijk kan

¹⁷¹ Ibidem

¹⁷² National Information Infrastructure

¹⁷³ White Paper 1995 p. 64

¹⁷⁴ When a file is transferred from one computer network user to another, multiple copies generally are made. (White Paper p. 65) Zie ook Hugenholtz NIB 1995 p. 515 en Richard NJB 1996 p. 958

B de file ook nog ‘downloaden’, waardoor de informatie permanent wordt *opgeslagen* in B’s computer ¹⁷⁵

In dit voorbeeld zal de ‘vastlegging’ in de server van A meestal zeer kortstondig zijn (of, in de Amerikaanse terminologie ‘transitory’), de reproductie in de mail box op B’s server is dat echter niet: de informatie blijft daar opgeslagen totdat B er kennis van heeft genomen en de informatie heeft gewist. Die opslag is in beginsel wel tijdelijk, maar kan vermoedelijk niet kortstondig of ‘transitory’ worden genoemd ¹⁷⁶. Het online ‘bekijken’ door B van de informatie brengt vervolgens weer een vastlegging in het geheugen van B’s computer met zich mee die vergelijkbaar lijkt met het *laden*. Het downloaden is, in de hierboven met betrekking tot computerprogramma’s gehanteerde terminologie, zonder meer een vorm van *opslag*. Bovendien worden er door de exploitanten van de servers vaak ook nog *veiligheidskopieën* (back-ups) gemaakt die uiteraard ook permanent van aard zijn.

De belangrijke conclusie die hieruit getrokken kan worden is dat niet alleen volgens de volledig techniekbepaalde interpretatie van het verveelvoudigingsrecht, maar ook met een beperkte interpretatie van dit recht, waarbij ‘transitory’ reproducties buiten beschouwing blijven, de communicatie via een netwerk onvermijdelijk met het verveelvoudigingsrecht in aanraking komt.

Het lijkt er dan op dat toepassing van het verveelvoudigingsrecht, zelfs in een beperkte definitie, ertoe leidt dat iedere communicatie via een digitaal netwerk onder het exploitatierecht van de auteur valt. Deze conclusie is even eenvoudig als ingrijpend. Het betekent namelijk dat het onderscheid tussen individuele communicatie, die traditioneel vrij is van auteursrechtelijke aanspraken, en collectieve communicatie, die gereguleerd wordt door het openbaarmakingsrecht, in feite komt te vervallen. Als alle communicatie onder het verveelvoudigingsrecht valt, lijkt het openbaarmakingsrecht daarmee overbodig.

Deze consequentie is zo opmerkelijk dat men zou verwachten dat er in de literatuur uitgebreid aandacht aan zou zijn besteed. Dit is merkwaardig genoeg echter nog niet het geval ¹⁷⁷. De voorstanders van een techniekbepaald verveelvoudigingsrecht zijn over het algemeen ook voorstanders van ruim gedefinieerde openbaarmakingsrechten. Dit leidt tot een moeilijk uit te leggen of te verantwoorden samenloop van, om niet te zeggen *over-kill* aan exploitatierechten.

175 In het White paper wordt (op p. 66 in noot 205) het volgende voorbeeld gegeven: For example, if an author transfers a file (such as a manuscript) to a publisher with an Internet account, copies will typically at a minimum be made (a) in the author’s Internet server, (b) in the publisher’s Internet server, (c) in the publisher’s local area network server, and (d) in the editor’s microcomputer.

176 In het White paper wordt in een voetnoot (noot 205 op p. 66) opgemerkt: It has been suggested that such copying of files in intermediate servers is only of transitory duration and consequently not covered by the reproduction right. However, it is clear that if the copy exists for more than a period of transitory duration, the reproduction right is implicated.

177 Th. A. M. Richard stelt in zijn artikel in NJB 1996 (pp. 957-962) terecht vast dat de verveelvoudiging bij netwerkcommunicatie geen geschikt aanknopingspunt is. Hij wijst echter niet op het spanningsveld met het openbaarmakingsrecht.

Als men de openbaarmakingsrechten die in het volgende hoofdstuk zullen worden besproken serieus neemt, betekent dit dat daar ook een ondergrens aan verbonden is. In het White Paper wordt bijvoorbeeld ten aanzien van het distributierecht, één van de openbaarmakingsrechten, gesteld: '[T]he transmission of a copyrighted work from one person to another in a private e-mail message would not constitute a distribution to the public'.¹⁷⁸ Deze beperking zou iedere betekenis verliezen als een dergelijke privé e-mail-zending vervolgens via het verveelvoudigingsrecht toch weer onder het verbodsrecht van de auteur valt.

De conclusie is dat niet alleen een volledig techniekbepaald verveelvoudigingsrecht, maar ook een beperktere interpretatie waarbij alleen min of meer duurzame opslag relevant wordt geacht bij netwerkcommunicatie systematisch zeer problematisch, zo niet onhoudbaar is. Vanuit het oogpunt van de bescherming van de vertrouwelijkheid van communicatie lijkt het ook *onwenselijk* om iedere individuele communicatie onder het exploitatierecht van de auteur te brengen. Vervolgens kan men zich afvragen of het *zinvol, laat staan noodzakelijk* is om iedere vastlegging die in het kader van de communicatie plaatsvindt als auteursrechtelijk relevante (verveelvoudigings)handeling aan te merken. Wat dit betreft moet bedacht worden dat het rechtspoliteik onverstandig is om activiteiten die slechts door toeval of door verklikking bekend kunnen worden aan een verbodsrecht te onderwerpen, als ze daarvoor überhaupt al in aanmerking zouden moeten komen.

Dit alles wijst in de richting van de noodzaak van ten minste een teleologische beperking van het verveelvoudigingsbegrip. De vraag of dat inderdaad wenselijk is en hoe ver die teleologische beperking zou moeten gaan lijkt echter pas te beantwoorden als duidelijk is wat de omvang en effectiviteit is van het andere exploitatierecht van de auteur, het openbaarmakingsrecht.

8 Conclusie

Straks is een belangrijk deel van alle soorten informatie die auteursrechtelijk beschermd kunnen zijn, te weten computerprogramma's, tekst, geluid en stilstaand en bewegend beeld in digitale vorm beschikbaar. Ieder individu dat over een computer beschikt kan dit werk al dan niet in zijn eigen huiselijke kring moeiteloos en eindeloos verveelvoudigen. Controle daarop lijkt onmogelijk, anders dan door kwestieuze maatregelen die de privacy schenden als het opzetten van kliklijnen en het verplicht inbouwen van registratierapportage-apparatuur, en mede daarom vermoedelijk ook grotendeels onwenselijk. Daarnaast brengen zowel het gebruik (consumptie) als de communicatie via netwerken tal van kortere en langere vastleggingen met zich mee die in beginsel als auteursrechtelijk relevante verveelvoudigingen aangemerkt kunnen worden, hetgeen door niet onbelangrijke instanties als de Europese Commissie en de Amerikaanse Intellectual Property Working Group inderdaad lijkt te gebeuren.

¹⁷⁸. White paper, p 215

De verveelvoudiging is daarmee van een noodzakelijke, aan de communicatie voorafgaande, centrale, controleerbare handeling die een geschikt aanknopingspunt vormde voor een auteursrechtelijk verbodsrecht, veranderd in een toevallige, met de communicatie en de consumptie talloze malen samenvallende, decentrale, niet of nauwelijks controleerbare handeling. Dommering spreekt in dit verband van 'het elektronische vergiet',¹⁷⁹ van kopieerapparatuur waardoor het auteursrechtelijke werk begint 'weg te lopen'. Organisaties als de Stichting Reprorecht hebben de taak individuele kopieerhandelingen te achterhalen en af te rekenen. 'Een onmogelijke taak: het tellen van druppeltjes', aldus Dommering.¹⁸⁰

De verveelvoudiging lijkt in de digitale omgeving in feite ongeschikt geworden als aanknopingspunt voor een auteursrechtelijk verbodsrecht. Dit is echter niet plotseling gebeurd door de komst van de informatie in digitale vorm of door de komst van netwerkcommunicatie.¹⁸¹ Het audio- en video thuis kopiëren, maar vooral het fotokopiëren hebben de ontwikkeling van decentralisatie en oncontroleerbaarheid al ingezet.¹⁸² Er wordt soms gesteld dat het auteursrecht eerdere technologische ontwikkelingen probleemloos heeft geabsorbeerd. Dat geldt echter in ieder geval niet voor het verveelvoudigingsrecht, dat op het thuis kopiëren en fotokopiëren in het geheel niet was berekend.¹⁸³ De 'oplossingen' in de vorm van diverse heffingen en andere forfaitaire vergoedingsregelingen zijn slechts een noodverband dat acceptabel is zolang de activiteiten zc betrekking waarop hebben een ondergeschikte rol spelen.¹⁸⁴

In het volgende hoofdstuk zal het andere exploitatierecht, het openbaarmakingsrecht worden onderzocht. In het vierde hoofdstuk wordt in samenhang met het openbaarmakingsrecht bekeken hoe het verder moet met het verveelvoudigingsrecht.

179 Dommering 1994 pp. 109-113.

180 Dommering 1994 p. 110.

181 Lance Rose: 'The Net did not introduce low cost anonymous infringement to the world. Anyone can buy a photocopier, tape deck or computer and become a small time infringer who's almost impossible to detect.' in: 'The Emperor's Clothes Still Fit Just Fine', Wired (februari 1995) p. 103.

182 Spoor, diss. pp. 135-136.

183 Spoor, diss. pp. 135-136 en 138.

184 Vergelijk ook Spoor/Verkade pp. 238-239.

Hoofdstuk 3 Het openbaarmakingsrecht

Especialmente, son actos de comunicacion publica [] El acceso publico a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicacion, cuando estas incorporen o constituyan obras protegidas

Artikel 20, lid 2 van de Spaanse Auteurswet¹

1 Inleiding

1.1 Plan van behandeling

De exploitatierechten van de auteur vallen in het systeem van de Nederlandse Auteurswet uiteen in het veeleenvoudigingsrecht en het openbaarmakingsrecht. In het vorige hoofdstuk is het veeleenvoudigingsrecht aan de orde gekomen, dit hoofdstuk gaat over het openbaarmakingsrecht. Het begrip ‘openbaar maken’ heeft in het Nederlandse auteursrecht een aantal verschillende betekenissen die in deze inleidende paragraaf zullen worden onderscheiden. Openbaar maken in de betekenis van ‘publiek toegankelijk maken’ zal in dit hoofdstuk centraal staan. Eerst zullen vier traditionele vormen van publiek toegankelijk maken rechtsvergelijkend worden besproken, te weten verspreiden, tentoonstellen, uitvoeren en uitzenden. Naast de rechtsvergelijking met Duitsland en de Verenigde Staten zal op onderdelen een interne rechtsvergelijking met de Wet op de nabuige rechten 1993 plaatsvinden. In het laatste deel van dit hoofdstuk zullen die vormen van publiek toegankelijk maken worden besproken die onder invloed van de nieuwe technologische ontwikkelingen staan of zullen ontstaan.

1.2 Betekenissen van het begrip openbaar maken

Een bespreking van het openbaarmakingsrecht in Nederland wordt terminologisch enigszins bemoeilijkt doordat openbaar maken in het Nederlandse auteursrecht tenminste vier verschillende betekenissen heeft, die in de wet, de rechtspraak en de literatuur door elkaar worden gebruikt, namelijk ‘eerste openbaarmaking’, ‘verbreiden’, ‘in het verkeer brengen van exemplaren’ en ‘publiek toe-

¹ Ley 22/1987 de 11 noviembre 1987 de Propiedad Intelectual Libro primero Derechos de autor. Título II. Sujeto, objeto y contenido. Capítulo III. Contenido. Sección segunda. Derecho de explotación. Artículo 20.

² Zie paragraaf 1.2.4.

gankelijk maken'.³ De eerste twee betekenissen (de 'eerste openbaarmaking' en het 'verbreiden') zullen in deze inleiding besproken worden maar verder in deze studie grotendeels buiten beschouwing blijven. De derde betekenis 'het in het verkeer brengen van exemplaren' zal in de inleiding worden besproken en zal daarna nog een aantal keren terugkomen. De laatste betekenis van 'publiek toegankelijk maken' staat centraal in dit hoofdstuk en zal op verschillende manieren worden onderverdeeld.

1.2.1 Eerste openbaarmaking

De eerste openbaarmaking, die ook wel wordt omschreven als 'het doen verschijnen',⁴ 'het aan de openbaarheid prijsgeven' of 'het licht doen zien'⁵ is een handeling die naar zijn aard met betrekking tot een bepaald werk *éénmalig* is. Het is de overgang van de situatie waarin het werk voor de buitenwereld verborgen is, naar de situatie waarin het 'geopenbaard' is. Deze openbaarmaking heeft voor het werk een *statusverandering* tot gevolg.⁶ Voordat de eerste openbaarmaking heeft plaatsgevonden bevindt het werk zich in de 'phase intime'. De auteur heeft het recht te beslissen of en zo ja, wanneer zijn werk deze intieme fase verlaat. Dagboeken en vertrouwelijke brieven zullen deze fase in veel gevallen nooit verlaten. Het recht het werk voor het eerst openbaar te maken is voor de auteur zowel moreel, economisch als juridisch van belang. Het morele belang is gelegen in de wenselijkheid vertrouwelijke, onrijpe en onvoltooide werken geheim te kunnen houden.⁷ Het economische belang is, naast de mogelijkheid van totale ('bedrijfs') geheimhouding, aanwezig omdat een 'exclusieve' eerste openbaarmaking (van een film, een interview of een muziekstuk) meer geld waard kan zijn dan een latere openbaarmaking.

Juridisch is deze eerste openbaarmaking (blijkens de Nederlandse Auteurswet) om een aantal redenen van belang. Ten eerste worden werken die *nog niet* voor de

3 Spoor en Verkade (Spoor/Verkade) onderscheiden vijf vormen van openbaar maken (pp 155-183 en schema op p. 142). De handelingen die Spoor/Verkade aanduiden met de term 'doen verschijnen' (openbaar maken I) komt overeen met hetgeen in deze studie het 'eerste openbaar maken' wordt genoemd. De term 'verbreiden' (bij Spoor/Verkade openbaar maken II) loopt parallel met de betekenis van dezelfde term in deze studie. Hetgeen Spoor/Verkade openbaar maken III noemen, 'het verspreiden van exemplaren' is in deze studie een *species* van het *genus* 'publiek toegankelijk maken'. Hetzelfde geldt Spoor/Verkade's openbaar maken IV en V 'in het openbaar ten gehore brengen of vertonen' (IV) valt in deze studie onder 'tentoonstellen' of 'uitvoeren', beide vormen van publiek toegankelijk maken, het kwartet 'radio, televisie, kabeltelevisie, satellieten' (V) valt hier onder 'uitzenden', ook een vorm van publiek toegankelijk maken. De betekenis 'in het verkeer brengen van exemplaren' die in deze studie wordt onderscheiden, wordt door Spoor/Verkade niet als een aparte betekenis gezien (maar als een vorm van 'verspreiden', openbaar maken III).

4 Spoor/Verkade, p. 156

5 Spoor, diss., p. 67

6 Hirsch Ballin, NJB 1955, p. 715

7 Vanwege dit moreelrechtelijk element en de statusverandering die het werk ondergaat wordt in sommige andere landen, bijvoorbeeld in Duitsland, de eerste openbaarmaking in de wet met een aparte term aangeduid en staat los van de exploitatierechten. Deze 'Grundnorm des Urheberrechtsschutzes' is vastgelegd in § 12 UrhG (Veröffentlichungsrecht): 'Der Urheber hat das Recht zu bestimmen, ob und wie sein Werk zu veröffentlichen ist'. Hiermee wordt duidelijk uiting gegeven aan de veronderstelling, die in de Nederlandse rechtsliteratuur (zie voorgaande noten) wordt onderschreven, dat het bij het eerste openbaar maken om iets anders gaat dan bij, bijvoorbeeld, publiek toegankelijk maken.

eerste maal zijn openbaar gemaakt extra beschermd en zijn een aantal beperkingen niet van toepassing: het auteursrecht op deze werken is niet vatbaar voor beslag⁸ en er mag niet uit worden geciteerd,⁹ noch mogen ze worden opgenomen in bloemlezingen of readers.¹⁰ Ten tweede vormt de eerste openbaarmaking bij werken waarvan de auteur onbekend is of waarvan een rechtspersoon als maker wordt aangemerkt het *aanknopingspunt voor de berekening van de beschermingsduur* van het auteursrecht.¹¹ Ten derde kunnen *mededelingen bij of ten tijde van de eerste openbaarmaking* bepalend zijn voor wie als rechthebbende wordt aangemerkt,¹² voor de toepasselijkheid van de overnamebevoegdheid door andere media¹³ en voor de status van een overheidsdocument.¹⁴

Voor het intreden van deze rechtsgevolgen is noodzakelijk dat de eerste openbaarmaking *rechtmatig*, oftewel met toestemming van de auteur of zijn rechtverkrijgende, heeft plaatsgevonden. Niet relevant is de manier waarop de eerste openbaarmaking plaatsvindt. Of het werk in druk is verschenen, in het openbaar ten gehore is gebracht of op het Internet beschikbaar is gesteld, als het op één of andere manier voor de eerste maal ter kennis van het publiek is gebracht, vindt de statusverandering¹⁵ naar openbaar gemaakt werk plaats. Het feit dat de rechtmatigheid wél en de manier van openbaarmaking níet van belang is, leidt ertoe dat wanneer een document dat niet eerder is openbaar gemaakt illegaal, maar per definitie zeer ‘openbaar’ via het Internet wordt verspreid, formeel-wettelijk de status van niet-openbaar gemaakt werk behoudt. Er mag dan bijvoorbeeld niet uit worden geciteerd.¹⁶

De reden waarom de eerste openbaarmaking hier verder grotendeels buiten beschouwing blijft, is dat het in deze studie gaat om de vraag welke *handelingen* in de digitale omgeving onder het exploitatierecht van de auteur vallen. De handeling van eerste openbaarmaking is een speciaal soort openbaarmaking met bepaalde extra rechtsgevolgen, omdat hij met betrekking tot het betreffende werk *voor het eerst* (en met toestemming van de rechthebbende) plaatsvindt. Verder is het een handeling die moet voldoen aan de vereisten van het hieronder te bespreken algemener en ruimer begrip publiek toegankelijk maken. Met andere woorden: het eerste openbaar maken is *de eerste keer dat een werk publiek toegankelijk wordt gemaakt*.¹⁷

⁸ Artikel 2, lid 3 Aw

⁹ Artikel 15a, lid 1, sub 1° Aw

¹⁰ Artikel 16, lid 1, sub a 1° en sub b 1° Aw

¹¹ Artikel 38 Aw

¹² Artikelen 4 en 8 Aw.

¹³ Artikel 15 Aw

¹⁴ Artikel 15b Aw

¹⁵ Dit begrip is in Nederland geïntroduceerd door Hirsch Ballin in zijn hoofdartikel in het NJB 1955 op p. 713

¹⁶ Vergelijk Pres. Rb. 's-Gravenhage 12 maart 1996, Computerrecht 1996 p. 73 m.nt. D.W.F. Verkade, Mediaforum 1996, p. B59 m.nt. D.J.G. Visser op p. 61, AMI 1996, p. 96 (Scientology-kerk/XS4all c.s.)

¹⁷ De plaats van eerste openbaarmaking is van groot belang in verband met internationaal privaatrechtelijke kwesties. Het IPR blijft in deze studie echter buiten beschouwing.

1.2.2 Verbreiden

In de Nederlandse Auteurswet wordt al sinds 1912 in artikel 12, lid 1, aanhef en sub 2° het ‘verbreiden’ als een vorm van openbaar maken genoemd

Onder de openbaarmaking van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt mede verstaan [] 2° de verbreiding van het geheel of een gedeelte van het werk of van eene verveelvoudiging daarvan, zoolang het niet in druk verschenen is

Het verbreiden is met name rechtsvergelijkend bezien een vreemde eend in de bijt. Het in kleine kring bekend maken van een ‘niet in druk verschenen’ werk voordat het werk aan de openbaarheid wordt prijsgegeven, is namelijk *juist geen openbaarmaking in de gebruikelijke betekenis van het woord*. Het werk wordt niet aan een publiek beschikbaar gesteld. De terminologische tegenspraak blijkt al uit de Memorie van Toelichting van 1912:

*Voorts zal men moeten toegeven, dat het verbreiden van een werk, dat wil zeggen het doen toekomen aan, of verkrijgbaar stellen voor, een zekere groep van personen, aan den eigenaar van het auteursrecht moet blijven voorbehouden, ook al is die groep niet zoo uitgebreid, dat het verbreiden synoniem moet worden geacht met openbaar maken*¹⁸

Het verbreiden is een handeling die plaatsvindt voordat het werk ‘in druk verschenen’ is, hetgeen voor de wetgever in 1912 gelijk stond aan het feit dat nog geen exemplaren in het verkeer waren gebracht en waarmee vermoedelijk ook bedoeld werd dat het werk nog niet voor het eerst was openbaar gemaakt. De ratio van de bepaling is dat de auteur de mogelijkheid moet hebben zijn werk aan enkelen ter inzage of ter beoordeling te geven, zonder dat het daarmee de status van ‘openbaar gemaakt werk’ zou krijgen.¹⁹ Dat het criterium ‘zoolang het niet in druk verschenen is’ in het digitale tijdperk achterhaald is, behoeft geen betoog. Dat geldt overigens niet alleen voor het criterium al dan niet ‘in druk verschenen’, maar voor ieder onderscheid gerelateerd aan de technische verschijningsvorm van de informatie. Werk dat (op ruime schaal) openbaar gemaakt is verschilt *qua technische vorm* niet van informatie die zich nog in de intieme fase bevindt. In het analoge tijdperk gold inmiddels al dat bijvoorbeeld geluidsopnamen in de privésfeer evenzeer op een magnetische band staan als commerciële cassettes en dat print-outs van vertrouwelijke documenten of notities vaak volgens hetzelfde procedé zijn vervaardigd als persberichten of reclametolders. Bij digitale informatie is zelfs ieder verschil verdwenen: alle informatie bestaat dan uit reeksen enen en nullen opgeslagen op daarvoor geschikte dragers.

Men zou zich kunnen afvragen of een ‘verbreidingsrecht’, dat in het buitenland onbekend is, wel zo nodig is (naast de andere openbaarmakingsrechten) en of het niet een al te subtiel categorie is. Afgaen van het probleem van de terminologi-

¹⁸ Parlementaire Geschiedenis van de Auteurswet 1912 p. 123.

¹⁹ [M]en denke bv. aan een manuscript dat aan een kring van belangstellenden rondgezonden wordt. MvA 1912. Parlementaire Geschiedenis van de Auteurswet 1912 p. 125.

sche verwarring rond het begrip openbaar maken, is er echter ook geen bezwaar tegen het bestaan van dit recht. Het zou echter wel wenselijk zijn om dit recht een verschijningsvorm-onafhankelijke, oftewel een functionele, techniekneutrale omschrijving te geven en het zou minder verwarrend zijn als het recht niet meer zou worden aangeduid als openbaar maken. Het recht zou in de terminologie van deze studie betrekking moeten hebben op het *in kleine kring toegankelijk maken van niet voor de eerste maal publiek toegankelijk gemaakt werk*.

In deze studie zal deze betekenis van openbaar maken verder niet meer aan de orde komen, deels omdat het verbreidingsrecht van persoonlijkheidsrechtelijke aard is, maar vooral omdat het in de digitale omgeving geen nieuwe problemen lijkt op te leveren en er ook overigens niet zoveel over te zeggen valt.

1.2.3 *Het in het verkeer brengen van exemplaren*

Het voor de eerste maal in het verkeer brengen van een bepaald exemplaar van een werk is een handeling die eveneens wordt aangeduid met de term openbaar maken. Deze handeling leidt ertoe, wanneer zij samen gaat met een overdracht van de eigendom van het exemplaar²⁰ en wanneer zij in het betreffende territoir met toestemming van de rechthebbende plaatsvindt, dat de verdere verspreiding door tweedehandsverkoop of andere permanente bezitsoverdracht vrij is. Een rechtmatig in het verkeer gebracht *exemplaar* heeft daarmee een statusverandering ondergaan, die overigens niet van invloed is op de rechten van de auteur met betrekking tot (de verspreiding van) andere, nog niet in het verkeer gebrachte exemplaren. Deze statusverandering wordt ook wel ‘uitputting’²¹ genoemd en zal hieronder nader aan de orde komen.²² Deze statusverandering van een exemplaar dient onderscheiden te worden van die van het werk, die het gevolg is van de hierboven besproken ‘eerste openbaarmaking’. De ‘eerste openbaarmaking’ leidt tot een statusverandering van het (gehele) *werk* als zodanig, terwijl het onderhavige ‘in het verkeer brengen’ alleen een statusverandering meebrengt voor het bewuste *exemplaar*.

In de Auteurswet wordt openbaar maken in de onderhavige betekenis niet genoemd. In artikel 12, lid 1, sub 3 (nieuw) Aw wordt er wel naar verwezen als wordt gesproken over ‘[exemplaren²³] ... die door de rechthebbende of met zijn toestemming in het verkeer zijn gebracht’. In de rechtspraak wordt de term openbaar

20 Wanneer de eigendom van een exemplaar niet wordt overgedragen (omdat er bijvoorbeeld slechts wordt verhuurd) treedt het rechtsgevolg dat aan ‘in het verkeer brengen’ verbonden is *niet* in. Zie nader paragraaf 3.1.

21 De Duitse term hiervoor is ‘Erschöpfung’, terwijl dit verschijnsel in het Amerikaanse auteursrecht wordt omschreven als de ‘first sale doctrine’.

22 Paragraaf 3.1.

23 In artikel 12, lid 1, sub 3 wordt gesproken van ‘werk’ in plaats van ‘exemplaar’. Dit kan verwarring wekken, omdat niet het immateriele werk bedoeld wordt, maar het materiele exemplaar. Het valt te betwijfelen dat de regering de suggestie van de D’66-fractie om ‘een werk’ te vervangen door ‘een exemplaar van een werk’ heeft afgewezen (Memorie van Antwoord, WV 23247, m. 5, p. 17). Het door de regering voor deze afwijzing gehanteerde argument dat ook elders in de Auteurswet de term ‘werk’ wordt gebruikt in de betekenis van ‘exemplaar’ overtuigt niet, omdat ook daar (bijvoorbeeld in de artikelen 4 en 9) dergelijk verwarrend gebruik van de term ‘werk’ ongelukkig is.

maken (wel) in deze betekenis gebruikt, bijvoorbeeld door de Hoge Raad in zijn arrest van 20 november 1987 in de zaak *Stemla/Free Recordshop Shop* ²⁴

Wanneer een grammofoonplaat waarop een auteursrechtelijk beschermd werk is vastgelegd [...] eenmaal met toestemming van de rechthebbende op het auteursrecht en derhalve rechtmatig in het verkeer is gebracht, is daarmee de openbaarmaking van die verveelvoudiging voltooid

Deze betekenis van openbaar maken is in deze studie van belang, maar zal, in navolging van de in artikel 12, lid 1, sub 3 gebruikte terminologie, verder worden aangeduid als het ‘(eerste) in het verkeer brengen’

Ten aanzien van het gebruik van de omschrijving ‘in het verkeer brengen’ in de Wet op de naburige rechten 1993 is nog een kanttekening op zijn plaats. In artikel 2, lid 2 WNR wordt de aanduiding ‘voor de eerste maal [...] in het verkeer gebracht’ gebruikt in de betekenis die zojuist is besproken en in deze studie wordt gevolgd ²⁵ Waar in artikel 2, lid 1, sub c WNR wordt ‘anderszins in het verkeer brengen’, heeft dit een *andere betekenis*. Daar wordt de activiteit bedoeld die in deze studie wordt aangeduid met de term ‘verspreiden’ ^{26 27}

1.2.4 Publiek toegankelijk maken

‘Publiek toegankelijk maken’ wordt in deze studie gebruikt als een overkoepelend begrip voor een aantal activiteiten die als openbaar maken worden aangeduid. Het omvat iedere activiteit waarbij aan een publiek de mogelijkheid wordt geboden op een of andere manier van het werk kennis te nemen. Dit is tegelijk de gemeenschappelijke factor van deze op het eerste gezicht misschien zeer uiteenlopende activiteiten: aan een publiek wordt de mogelijkheid geboden de ‘consumptie-behoefte’ aan een werk te bevredigen. De reden waarom hier wordt gekozen voor deze gemeenschappelijke aanduiding ‘publiek toegankelijk maken’ voor verschillende activiteiten, is het feit dat deze gemeenschappelijke factor van het publiek toegankelijk maken in de digitale netwerkomgeving – en in de loop van dit hoofdstuk – overleidend blijft, terwijl een groot aantal verschillen zullen blijken te vervagen.

Publiek toegankelijk maken kan op zeer uiteenlopende manieren gebeuren. Het verspreiden van exemplaren en het in het openbaar ten gehore brengen of vertonen, zijn de oudste vormen van openbaar maken. Voorbeelden van publiek toegankelijk maken zijn het in het openbaar

- verkopen,
- verhuren of uitlenen,
- vertonen,

²⁴ NJ 1988 280 r.o. 3.4

²⁵ Het zelfde geldt voor het gebruik van deze aanduiding in de artikelen 6 lid 2, 7a lid 2 en artikel 8 lid 2 WNR.

²⁶ Zie paragraaf 3.1

²⁷ Het zelfde geldt voor het gebruik van deze aanduiding in de artikelen 6 lid 1, sub b, 7a lid 1, sub b en 8 lid 1, sub c WNR.

- ten gehore brengen;
- tentoonstellen;
- uitvoeren;
- uitzenden (via ether, kabel of satelliet);
- in een netwerk of (anderszins) online beschikbaar stellen.

Deze betekenis van openbaar maken dekt een belangrijk deel van de exploitatierechten en vormt daarmee één van de hoofdonderwerpen van deze studie. Hoewel in dit hoofdstuk zoveel mogelijk gesproken zal worden van ‘publiek toegankelijk maken’, zal hier en daar kortweg van ‘openbaar maken’ worden gesproken. Hiervoor is gekozen omdat het grammaticaal soms fraaier is om het kortere openbaar maken te gebruiken en omdat bovendien niet de indruk gewekt moet worden dat hier over een nieuw recht wordt gesproken: het gaat steeds over een exploitatierecht dat al sinds 1912 in de Nederlandse Auteurswet verankerd ligt. Verwarring met de andere betekenissen van ‘openbaar maken’ is in het vervolg van deze studie in beginsel ook niet mogelijk, omdat voor die andere betekenissen nieuwe aanduidingen zijn geïntroduceerd welke consequent gebruikt zullen worden.

2 Traditionele vormen van publiek toegankelijk maken

Na het voorgaande overzicht van de verschillende betekenissen van de term openbaar maken in het Nederlandse auteursrecht volgt hierna een kort overzicht van de plaats van het recht met betrekking tot het publiek toegankelijk maken in de verschillende regelingen waar de rechtsvergelijking in deze studie betrekking op heeft, te weten de Auteurswet 1912, de Wet op de naburige rechten (WNR 1993), de Duitse Auteurswet en de Amerikaanse Auteurswet.

2.1 Publiek toegankelijk maken in de Auteurswet 1912

Het recht het werk publiek toegankelijk te maken is in de Auteurswet 1912 te vinden in de artikelen 1 en 12. Artikel 1 is het ‘paraplu-artikel’ waarin de beide exploitatierechten ‘verveelvoudigen’ en ‘openbaar maken’ worden genoemd. Artikel 12 is het specifieke openbaarmakingsartikel waarin een aantal vormen van ‘openbaar maken’ nader wordt aangegeven. Van een *systeem* van openbaarmakingsrechten kan men in de Nederlandse Auteurswet eigenlijk nauwelijks spreken: in artikel 1 Aw wordt het openbaarmakingsrecht van de maker genoemd en in artikel 12 worden een aantal verschillende openbaarmakingsvormen, waaronder vormen van publiek toegankelijk maken, niet-limitatief opgesomd.²⁸ Een verklaring voor het ontbreken van een duidelijk systeem is te vinden in de Memorie van Toelichting uit 1912:

28. ‘Onder de openbaarmaking [...] wordt *mede* verstaan’, (curs. DV). Deze opsomming in artikel 12 is de laatste tijd nogal fors en ongestructureerd uitgebreid (en deels vernummerd). Hier wordt uitgegaan van de tekst van artikel 12 zoals die luidt sinds de wetswijziging van 20 juni 1996 (Stb. 1996, 364).

*Wat in de eerste plaats moet worden verstaan onder het 'openbaar maken', waartoe de uitsluitende bevoegdheid een essentiële is van het auteursrecht, behoeft de wet niet te bepalen. Ten aanzien van iedere soort van letterkundig, wetenschappelijk of kunstwerk geeft het woord zijn natuurlijk begrip duidelijk aan*²⁹

De handelingen die in artikel 12 worden genoemd vormen dan ook slechts een *aanvulling* op dit 'natuurlijk begrip', dat steeds de basis en het uitgangspunt vormt. Dit biedt, zoals altijd bij vage, open normen enerzijds het nadeel van weinig rechtszekerheid en anderzijds het voordeel van veel flexibiliteit. Er kan bijvoorbeeld weinig twijfel over bestaan dat het aanbieden op het Internet bij informatie in digitale vorm heden ten dage onder het 'natuurlijke begrip' openbaar maken valt.

2.2 Publiek toegankelijk maken in de WNR

De Nederlandse wetgever lijkt een en ander 81 jaar later in de WNR iets systematischer te hebben aangepakt.³⁰ De exploitatierechten van de uitvoerende kunstenaar³¹ zijn in de WNR te vinden in artikel 2. De rechten met betrekking tot het publiek toegankelijk maken worden omschreven in lid 1, sub c en d:

(1) De uitvoerende kunstenaar heeft het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor een of meer van de volgende handelingen

[...]

c. het verkopen, verhuren, uitlenen, afleveren of anderszins in het verkeer brengen van een opname van een uitvoering of van een reproductie daarvan dan wel het voor die doeleinden invoeren, aanbieden of in voorraad hebben, d. het uitzenden, het heruitzenden of het op een andere wijze openbaar maken van een uitvoering of een opname van een uitvoering of een reproductie daarvan

Deze tweedeling in de sub c en sub d genoemde rechten kan gezien worden als een verdeling in 'materieel' en 'immaterieel' publiek toegankelijk maken, vergelijkbaar met het hierna te bespreken Duitse systeem. In afwijking van de in de Auteurswet gebruikte terminologie worden de activiteiten genoemd onder c *niet* omschreven als 'openbaar maken'. Onder d wordt immers gesproken van 'het op een andere wijze openbaar maken' waaronder kennelijk niet de onder c genoemde handelingen worden begrepen. Dit betekent overigens niet dat de rechten in de WNR inhoudelijk verschillen van de rechten die in de Auteurswet wel als openbaarmakingsrechten worden omschreven.

Het onderscheid tussen de materiele vormen van publiek toegankelijk maken genoemd onder c en de immateriele genoemd onder d, is dat de eerstgenoemden

29. Memorie van Toelichting 1912 bij artikel 12 Aw. Parlementaire Geschiedenis van de Auteurswet 1912, p. 123.

30. Deze overzichtelijkere aanpak in de WNR is de voornaamste reden voor de interne rechtsvergelijking met die wet in deze studie.

31. De rechten van de andere naburige rechthebbenden (platen- en filmproducenten en omroeporganisaties) blijven hier buiten beschouwing.

onder het verbodsrecht van de individuele rechthebbenden vallen, terwijl de laatste op grond van artikel 7 WNR met betrekking tot een 'voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram of een reproductie daarvan' zijn omgezet in een vergoedingsaanspraak die door de collectieve incasso-organisatie SENA³² wordt uitgeoefend.

Opmerkelijk en inhoudelijk potentieel verwarrend zoals eerder gesignaleerd, is dat onder c wordt gesproken van 'anderszins in het verkeer brengen'. In het verkeer brengen heeft in deze studie de specifieke betekenis als hiervoor omschreven (in paragraaf 1.2.3).³³ Omdat nu in artikel 2, lid 1, sub c WNR van 'anderszins in het verkeer brengen' wordt gesproken, zou ten onrechte de indruk kunnen ontstaan dat ook het *verhuren* en *uitlenen*, die in datzelfde onderdeel worden genoemd, ook de status(verandering) van in het verkeer brengen hebben, c.q. uitputting met zich meebrengen. Dit is niet het geval, omdat volgens de definitie, in het verkeer brengen, samen gaat met een *eigendomsoverdracht* (zie paragraaf 1.2.3 en paragraaf 3.1).

2.3 Publiek toegankelijk maken in het Duitse auteursrecht

Het Duitse auteursrecht kent niet de verdeling in verveelvoudigingsrecht en openbaarmakingsrecht, maar in materiële en immateriële exploitatierechten (*körperliche und unkörperliche Verwertungsrechten*). De materiële exploitatierechten omvatten het verveelvoudigen, het verspreiden en het tentoonstellen, oftewel handelingen waarbij materiële exemplaren een hoofdrol spelen. De immateriële exploitatierechten hebben betrekking op in het openbaar op- of uitvoeren, of het laten horen; oftewel activiteiten waarbij materiële exemplaren niet of nauwelijks een rol spelen. De systematische indeling, neergelegd in § 15 Urhg, ziet er als volgt uit:

1) 'Materiële' exploitatierechten

- 1 *das Vervielfältigungsrecht*, het verveelvoudigingsrecht;³⁴
- 2 *das Verbreitungsrecht*, het verspreidingsrecht;
- 3 *das Ausstellungsrecht*, het tentoonstellingsrecht.

2) 'Immateriële' exploitatierechten³⁵

- 1 *das Vortrags-, Ausführungs- und Vorführungsrecht*, het op- en uitvoeringsrecht;
- 2 *das Senderecht*, het uitzendrecht;
- 3 *das Recht der Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger*, het recht om audio of video-opnamen te vertonen of te laten horen;

³² Bij besluit van 29 juni 1993 is de Stichting ter exploitatie van naburige rechten (SENA), gevestigd te Hilversum per 1 juli 1993 aangewezen als (incasso)-rechtspersoon als bedoeld in artikel 15 lid 1 WNR (Stert. 30 juni 1993).

³³ Ook in artikel 2, lid 2 WNR wordt de uitdrukking in die specifieke betekenis gebruikt, zie paragraaf 1.2.3

³⁴ Dit recht was in het vorige hoofdstuk aan de orde en blijft hier buiten beschouwing.

³⁵ De immateriële openbaarmakingsrechten worden ook wel rechten van openbare weergave (offentliche Wiedergabe) genoemd

4 *das Recht der Wiedergabe von Funksendungen*, het recht om (radio- en televisie-) uitzendingen te laten horen/zien

Algezien van het verveelvoudigingsrecht vallen al deze exploitatierechten onder het Nederlandse wettelijke begrip openbaar maken (in de betekenis van publiek toegankelijk maken). Hoewel er geen 'reiscategorie' is, zijn de indeling en opsomming niet limitatief.³⁶ Alle genoemde rechten zijn uitgewerkt in aparte artikelen (§§ 16 t/m 22 Urhg). Zij zijn niet allemaal van toepassing op elk type werk.

2.4 *Publiek toegankelijk maken in het Amerikaanse auteursrecht*

Ook de Amerikaanse auteurswet kent geen verdeling in verveelvoudigingsrechten en openbaarmakingsrechten, en anders dan de Duitse, ook niet in materiele en immateriele exploitatierechten. De exploitatierechten worden in de USC limitatief opgesomd in section 106. De daar genoemde rechten, die niet steeds op alle soorten werken betrekking hebben en die met de Nederlandse openbaarmakingsrechten samenvallen zijn:

- to distribute to the public (verspreiden);
- to perform publicly (uitvoeren/vertonen),
- to display publicly (tentoonstellen/vertonen).

De laatste twee activiteiten, 'to perform' en 'to display' kennen beide een 'transmissie-variant', waardoor ook het uitzenden en andere vergelijkbare activiteiten onder deze rechten vallen. De exploitatierechten, inclusief de hier niet genoemde verveelvoudigings- en bewerkingsrechten, worden in het Amerikaanse recht veelal treffend omschreven als een 'bundle of rights'³⁷ die door de overheid zijn uitgevaardigd. De omschrijving 'bundel rechten'³⁸ geeft impliciet aan dat er sprake is van een limitatieve opsomming en dat er geen systematische samenhang of duidelijk gemeenschappelijk kenmerk is. De drie hierboven genoemde rechten hebben echter wel een gemeenschappelijk kenmerk, namelijk dat ze betrekking hebben op het publiek toegankelijk maken, hetgeen blijkt uit de woorden 'public' en 'publicly'.

36 In de literatuur en in de toelichting bij het wetsontwerp waarin deze wetstekst werd geïntroduceerd, wordt benadrukt dat de opsomming niet limitatief is. 'Dadurch wird klargestellt, daß auch etwaige künftige Verwertungsformen, die heute noch nicht bekannt sind, dem Urheber vorbehalten sein sollen' (Urhg-Entwurf van 23 maart 1962, afgedrukt in: Schulze, 'Materialien zum Urheberrechtsgesetz', Weinheim, 1993, p. 103). Tot nu toe zijn er, voor zover bekend, nog geen activiteiten onder het algemene begrip 'Verwertungsrecht' gebracht.

37 Toelichting op Section 106: 'These exclusive rights, which comprise the so called "bundle of rights" that is a copyright, are cumulative and may overlap in some cases' II R. Rep. 94-1476.

38 De 'bundel van rechten'-gedachte hangt ook samen met het limitatieve karakter: deze (bundel) rechten heeft de overheid gemeend te moeten instellen en geen andere.

3 De afzonderlijke traditionele vormen van publiek toegankelijk maken

De rechten die betrekking hebben op het publiek toegankelijk maken zoals die in de meeste landen voorkomen kunnen op verschillende manieren worden onderverdeeld. Bij de hiernavolgende bespreking is gekozen voor een indeling in vier categorieën die een soort grootste gemene deler vormt van de in verschillende rechtssystemen bestaande indelingen:³⁹

- a het *verspreiden*, een openbaarmakingsvorm met als belangrijkste kenmerk dat er kennis wordt genomen van fysieke *exemplaren* die worden *verplaatst*;
- b het *tentoonstellen*, een openbaarmakingsvorm met als belangrijkste kenmerk dat er kennis wordt genomen van fysieke *exemplaren* die *niet* worden verplaatst;
- c het *uitvoeren*, een openbaarmakingsvorm met als belangrijkste kenmerk dat er kennis wordt genomen van het werk zonder dat exemplaren daarbij een rol (van betekenis) spelen en het publiek zich *ruimtelijk bij elkaar* bevindt;
- d het *uitzenden*, een openbaarmakingsvorm met als belangrijkste kenmerk dat er kennis wordt genomen van het werk zonder dat exemplaren daarbij een rol (van betekenis) spelen en het publiek zich *niet ruimtelijk bij elkaar* bevindt.

3.1 Het verspreiden van exemplaren

Het verspreidingsrecht wordt in het Nederlands ook wel omschreven als *distributierecht*.⁴⁰ In deze studie wordt steeds gesproken van verspreidingsrecht. Er zij nogmaals op gewezen dat ‘verspreiden’ in deze studie een principieel andere betekenis heeft dan ‘(voor de eerste maal) in het verkeer brengen’. Deze laatste activiteit heeft de specifieke betekenis beschreven in paragraaf 1.2.3.

3.1.1 Het verspreiden in de Aw 1912

Het verspreiden van exemplaren is van oudsher een belangrijke vorm van publiek toegankelijk maken die door de wetgever zo vanzelfsprekend werd geacht, dat zij niet in de wet werd genoemd.⁴¹ Op het eerste gezicht zou men kunnen denken dat de in artikel 12, lid 1, sub 1^o genoemde ‘openbaarmaking van eene verveelvoudiging van het geheel of een gedeelte van het werk’ betrekking heeft op het verspreiden van exemplaren. Dit is echter niet het geval. Zoals uit de Memorie van Toelichting blijkt en later door diverse auteurs⁴² is benadrukt, heeft ‘verveelvoudiging’ hier de andere, in hoofdstuk 2 paragraaf 1 genoemde betekenis van ‘bewerking’. Artikel 12, lid 1, sub 1^o geeft geen nieuwe inhoud aan het begrip ‘openbaar

³⁹ De afzonderlijke openbaarmakingsrechten worden hier besproken in een volgorde die min of meer overeenkomt met die in de Duitse Auteurswet.

⁴⁰ Bijvoorbeeld in de Nederlandse tekst van de Verhuur- en leenrechtlijn (artikel 9)

⁴¹ Het begrip ‘verspreiden’ is overigens sinds 1989 wel in de Auteurswet te vinden, namelijk in de strafbepalingen van de artikelen 31a en 32. Artikel 31a Aw luidt, voor zover hier relevant, als volgt: ‘Hij die opzettelijk een voorwerp waarin met inbreuk op eens anders auteursrecht een werk is vervaardigd, a) openlijk ter verspreiding aanbiedt, b) ter verveelvoudiging of ter verspreiding voorhanden heeft, [...]’ (curs. DV). In deze bepaling wordt overigens niet expliciet gesteld dat verspreiden een vorm van openbaar maken is. Uit de samenhang met de artikelen 31 jo. 1 jo. 12 Aw mag dit vermoedelijk wel worden afgeleid.

⁴² De Beaufort, p. 117, Spoor/diss., p. 74, Spoor/Verkade p. 157, (deels) anders Gerbrandy, p. 129

maken', maar verruimt alleen het *object* van openbaarmaking'.⁴³ Overigens wordt in de rechtspraak, in het kader van het verspreidingsrecht wel vaak naar artikel 12, lid 1, sub 1° verwezen. Dit is systematisch-wetshistorisch onjuist, maar overigens 'ongevaarlijk'.

In de Memorie van Toelichting uit 1912 blijkt duidelijk de bedoeling van de wetgever, die over het 'natuurlijk begrip' openbaar maken opmerkt: 'Bij letterkundige en wetenschappelijke werken, die in een geschrift bestaan, beteekent het in druk doen verschijnen en voor het publiek verkrijgbaar stellen, uitgeven. Evenzoo bij muziekstukken [...] Bij voorwerpen van kunstnijverheid, het in de handel brengen'.⁴⁴ Verspreiden is het beschikbaar stellen en verschaffen van exemplaren aan het publiek. Dit kan plaatsvinden door de verkoop of gratis toezending aan eindgebruikers, maar ook door de levering aan de tussenhandel. Behoudens de hierna te bespreken 'uitputting' is niet van belang of er sprake is van eigendoms-overdracht: ook het verhuren en uitlenen valt eronder, zelfs het aanbieden⁴⁵ ter verhuur of verkoop valt al onder het verspreidingsrecht. Het verspreidingsrecht is nadrukkelijk door de Hoge Raad erkend in zijn arrest Polak/De Muinck uit 1953.^{46 47}

Het beschikbaarstellen, verschaffen of aanbieden moet geschieden aan een publiek, oftewel aan een of meer personen buiten een beperkte kring. Hoe groot die kring precies is, is niet duidelijk. Spoor en Verkade⁴⁸ spreken van buiten 'de besloten kring'. Spoor knoopt in zijn proefschrift⁴⁹ aan bij de 'familie, vrienden- of daar aan gelijk te stellen kring'. Bij de parlementaire behandeling van het verhuur- en leenrecht werd weer een andere kring genoemd. Op de betekenis van publiek en de omvang van de verschillende kringen wordt nog teruggekomen.

Bij verspreiding moet men denken aan tastbare informatiedragers (exemplaren) die worden verplaatst of worden aangeboden om te worden verplaatst. De *verplaatsing* van exemplaren wordt in de Nederlandse doctrine nergens als algemeen vereiste voor openbaarmaking door verspreiding genoemd. Dit heeft allereerst te maken met het feit dat verspreiding überhaupt niet als aparte openbaarmakings-categorie wordt genoemd die dient te worden afgescheiden van andere categorieën. Daarnaast werd de (bedoeling) van verplaatsing vermoedelijk vanzelfsprekend geacht. Alleen door de verplaatsing relevant te achten kan het verspreiden worden afgescheiden van het tentoonstellen (vertonen) en het aanbieden voor raadpleging ter plaatse, handelingen die wel als openbaarmaking van exemplaren

43 Spoor diss. p. 74.

44 Memorie van Toelichting 1912 bij artikel 12 Aw. Parlementaire Geschiedenis van de Auteurswet 1912, p. 123.

45 Zie bijvoorbeeld HR (strafkamer) 16 december 1986, NJ 1987, 613 m.nt. LWH. Het ter verhuur aanbieden van illegale videokopieën is een vorm van openbaar maken. Het is belingrijk om vast te stellen dat dit arrest gewezen is voor de introductie van de artikelen 31a en 32 Aw, waarin het ter verspreiding aanbieden apart strafbaar is gesteld.

46 HR 18 december 1953, NJ 1954, 258.

47 Zie o.a. Spoor diss. p. 69-71; Spoor/Verkade p. 159.

48 p. 160.

49 Spoor diss. p. 73, noot 2.

dienen te worden aangemerkt, maar traditioneel en taalkundig niet als verspreiding. Het verschil tussen (aanbieden voor) raadpleging ter plaatse en verspreiding met verplaatsing is met name relevant in verband met het verhuur- en leenrecht, zoals hieronder zal blijken.

Uitputting

Het verschijnsel uitputting, dat hierboven al werd genoemd, vormt de belangrijkste beperking op het verspreidingsrecht. Wanneer een bepaald exemplaar van een werk met toestemming van de rechthebbende voor het eerst in het verkeer is gebracht (zie hierboven paragraaf 1.2.3), *is het verspreidingsrecht ten aanzien van dat exemplaar uitgeput*. Deze uitputting treedt in op het moment dat het exemplaar voor de eerste maal wordt verspreid én de eigendom erop wordt overgedragen.⁵⁰ Dit betekent dat het exemplaar daarna vrij verder mag worden verspreid (bijvoorbeeld weggegeven, verkocht of ter verkoop aangeboden). Op deze uitputting geldt echter, sinds de wetswijziging van 21 december 1995⁵¹, een belangrijke uitzondering, te weten het verhuur- en leenrecht. Het recht exemplaren van het werk te verhuren of uit te lenen wordt niet geraakt door de uitputting.

De uitputting blijkt in Nederland niet uit de tekst van de wet en nauwelijks uit de oorspronkelijke toelichting. In de arresten Leespoortefeuille⁵² en Stemra/Free Record Shop⁵³ heeft de Hoge Raad het bestaan van de uitputting vastgesteld⁵⁴, respectievelijk bevestigd.⁵⁵ De ratio van de uitputting zal hieronder bij de rechtsvergelijkende behandeling van dit verschijnsel aan de orde komen.

Verhuur- en leenrecht

Sinds 29 december 1995 is de uitputting in Nederland aanzienlijk beperkt door de invoering van het verhuur- en leenrecht. Deze vormen van verspreiding worden

⁵⁰ Deze activiteit die een statusverandering met zich meebrengt wordt in het Nederlandse auteursrecht ook aangeduid met de term openbaar maken, maar dan in de in paragraaf 1.2.3 beschreven betekenis van exemplaren in het verkeer brengen. In deze studie wordt ervan uitgegaan dat het verspreiden met betrekking tot een exemplaar een *herhaalbare handeling* is, terwijl het *eerste* in het verkeer brengen eenmalig is. In het geval van territoriaal begrensde uitputting is het eerste in het verkeer brengen *per territorium eenmalig*.

⁵¹ Stb. 1995, 653.

⁵² HR 25 januari 1952, NJ 1952, 95 (Leespoortefeuille).

⁵³ HR 20 november 1987, NJ 1988, 280 m.m. LWH (Stemra/Free Record Shop).

⁵⁴ Voor de reconstructie van de bedoeling van de wetgever, die door de HfR in de Leespoortefeuille-zaak werd gevolgd, zij verwezen naar Spoor, diss., pp. 71-73.

⁵⁵ In laatst genoemde arrest oordeelde de HfR: Wanneer een grammofoonplaat waarop een auteursrechtelijk beschermd werk is vastgelegd – dus een veelvoudiging van dat werk – eenmaal met toestemming van de rechthebbende op het auteursrecht en derhalve rechtmatig in het verkeer is gebracht, is daarmee de openbaarmaking van die veelvoudiging voltooid, zodat verdere beschikbaarmaking van die veelvoudiging aan derden, door verhuur, bruikleen of op andere wijze – of aanbidding voor zulk een doel – niet als een (verdere) openbaarmaking in de zin van de Auteurswet is aan te merken. De rechthebbende op het auteursrecht kan derhalve niet aan artikel 12 van die wet enige zeggenschap over zodanige verdere beschikbaarmaking ontleenen.

nu expliciet in de wet genoemd in artikel 12, lid 1, sub 3, en de leden 2 en 3 ⁵⁶ Het gemeenschappelijke en wezenlijke kenmerk van verhuren en uitlenen is 'het voor een beperkte tijd voor gebruik ter beschikking stellen' Dit betekent ten eerste, logischerwijs, dat het voor *onbeperkte* tijd ter beschikking stellen, bijvoorbeeld (tweedehands) verkopen er niet onder valt en nog wel aan uitputting onderworpen blijft In artikel 12, lid 1, sub 3^o wordt gesproken over 'het verhuren of uitlenen van het geheel of een gedeelte van het werk' Met werk wordt hier bedoeld 'exemplaren van het werk' In het verspreidingsrecht gaat het immers steeds om exemplaren van het werk

Deze exemplaren moeten bovendien worden verplaatst In overweging 13 bij de leenrecht-richtlijn,⁵⁷ waar de Nederlandse bepaling op is gebaseerd, wordt nadrukkelijk gemeld

Overwegende dat het duidelijkheidshalve wenselijk is, bepaalde vormen van ter beschikking stellen, zoals [] het ter beschikking stellen voor raadpleging ter plaatse (DV), niet te beschouwen als 'verhuur' of 'uitlening' in de zin van deze richtlijn,

Dit betekent dat de handeling een verplaatsen van de exemplaren moet omvatten *Hoe ver* er precies verplaatst moet worden is niet duidelijk, maar het lijkt erop dat de exemplaren 'buiten de feitelijke macht' van de verhuurder moeten worden gebracht Zolang het genot of gebruik plaatsvindt 'binnen de muren' van de gelegenheid waar het exemplaar ter beschikking wordt gesteld, lijkt er geen sprake te zijn van verhuur In de algemene formulering van artikel 12 komt dit onvoldoende tot uitdrukking, zoals Dommering terecht opmerkt ⁵⁸ 'De regeling ziet dus alleen op stoffelijke dragers die buiten de feitelijke beschikkingsmacht van de verhuurder of lener worden gebracht'

Raadpleging ter plaatse valt dus expliciet niet onder het verhuur- en leenbegrip van de richtlijn De consequentie hiervan zal hierna in paragraaf 3.2 worden besproken Intussen zou het verhuren en uitlenen nauwkeuriger gedefinieerd kunnen worden als 'het voor een beperkte tijd voor gebruik *elders* ter beschikking stellen van *exemplaren* aan het publiek, (waarbij deze exemplaren fysiek *verplaatst* worden)

De vereiste omvang van het publiek waaraan de exemplaren in het kader van het

56 Artikel 12 Aw (1) Onder de openbaarmaking van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt mede verstaan [] 3 het verhuren of uitlenen van het geheel of een gedeelte van het werk met uitzondering van bouwwerken en werken van toegepaste kunst of van een vervelvoudiging daarvan die door de rechthebbende of met zijn toestemming in het verkeer zijn gebracht (2) Onder verhuren als bedoeld in het eerste lid onder 3 wordt verstaan het voor een beperkte tijd en tegen een direct of indirect economisch of commercieel voordeel voor gebruik ter beschikking stellen (3) Onder uitlenen als bedoeld in het eerste lid onder 3^o wordt verstaan het voor een beperkte tijd en zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel voor gebruik ter beschikking stellen door voor het publiek toegankelijke instellingen

57 Richtlijn 92/100/L F.G van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde nabuigende rechten op het gebied van intellectuele eigendom Pb nr. L 346/61 27 november 1992

58 AMI 1994 p. 191

verhuren of uitlenen ter beschikking worden gesteld zal hierna in paragraaf 4 worden besproken

3.1.2 *Het verspreiden in de WNR 1993*

De verspreidingsrechten worden in de WNR⁵⁹ apart en expliciet genoemd. Zij zijn te vinden in artikel 2, lid 1, sub c, en omvatten

het verkopen, verhuren, uitlenen, afleveren of anderszins in het verkeer brengen van een opname van een uitvoering of van een reproductie daarvan, dan wel het voor die doeleinden invoeren, aanbieden of in voorraad hebben

Het is belangrijk vast te stellen dat in dit eerste lid van artikel 2 WNR met ‘anderszins in het verkeer brengen’ bedoeld wordt ‘anderszins verspreiden’. In lid 2 wordt met ‘in het verkeer brengen’ echter wel de betekenis van die uitdrukking bedoeld die hiervoor in paragraaf 1.2.3 is beschreven. Afgezien van dit eerder gesignaleerde⁶⁰ dubbelzinnige en potentieel verwarringwekkende gebruik van ‘in het verkeer brengen’ is de uitputting in de WNR veel duidelijker geregeld dan in de Auteurswet. Artikel 2, lid 2 bepaalt

Is een opname van een uitvoering of een reproductie daarvan door de houder van het uitsluitend recht, bedoeld in het eerste lid, of met zijn toestemming voor de eerste maal in een van de lid-staten van de Europese Unie of in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 in het verkeer gebracht, dan handelt de verkrijger van die opname of die reproductie niet in strijd met dit uitsluitend recht door ten aanzien daarvan de in het eerste lid, onder c, genoemde handelingen, met uitzondering van verhuur en uitlening, te verrichten

Uit het op een na laatste zinsdeel blijkt de doorbreking van de uitputting ten aanzien van verhuur en uitlening. Voor de definities van verhuren en uitlenen geldt hetzelfde als in de Auteurswet. Het feit dat het om exemplaren moet gaan blijkt in de WNR duidelijk uit de wet, door de definitie van opname (‘vastlegging’)⁶¹ en van reproductie (‘exemplaat’)⁶² en door de indeling bij de andere verspreidingsrechten in artikel 2, lid 1, sub d WNR.

Ook in de WNR valt het raadplegen ter plaatse niet onder het verhuur of uitleningsbegrip, conform de bedoeling van de Richtlijn- en wetgever (zie hiervoor bij de Auteurswet).

3.1.3 *Het verspreiden in het Duitse auteursrecht*

Het Duitse verspreidingsrecht (Verbreitungsrecht) is zeer overzichtelijk vastgelegd in § 17 UrhG. In lid 1 is de hoofdregel ondergebracht

⁵⁹ Zoals deze wet luidt sinds de wijziging van 20 juni 1996 (Stb. 1996: 364).

⁶⁰ Zie ook paragraaf 1.2.3 en paragraaf 2.2 hiervoor.

⁶¹ Artikel 1, sub b WNR.

⁶² Artikel 1, sub f WNR.

Das Verbreitungsrecht ist das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen.

De uitputting wordt geformuleerd in lid 2:

Sind das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes mit Zustimmung des zur Verbreitung Berechtigten im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden, so ist ihre Weiterverbreitung mit Ausnahme der Vermietung zulässig.

De definitie van *verhuur*, de uitzondering op de uitputting, is te vinden in lid 3:

Vermietung im Sinne der Vorschriften dieses Gesetzes ist die zeitlich begrenzte, unmittelbar oder mittelbar Erwerbszwecken dienende Gebrauchsuberlassung.

Het *uitlenen* is in de Duitse wet apart geregeld in § 27, lid 2, Urhg⁶³ en onderworpen aan een vergoedingsrecht. Het valt nadrukkelijk niet onder het normale verspreidingsrecht van § 17 Urhg.

Het woord ‘Vervielfältigungsstücke’, de wetsgeschiedenis en de wetssystematische indeling maken duidelijk dat het bij ‘Verbreitung’ moet gaan om materiele exemplaren.⁶⁴ De uitputting treedt in op het moment dat een exemplaar in het verkeer is gebracht ‘im Wege der Veräußerung’, hetgeen betekent dat er meestal tevens een eigendomsoverdracht met betrekking tot het exemplaar moet hebben plaatsgevonden.⁶⁵

Kenmerkend voor het Duitse verspreidingsrecht is de duidelijke tweedeling ‘der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen’. Beide handelingen kunnen los van elkaar ‘Verbreitung’ opleveren. De ‘openbaarheid’ waaraan moet worden aangeboden wordt gedefinieerd als buiten een bepaalde kring die wordt omschreven in het derde lid van § 15 Urhg en die later in paragraaf 4.2 zal worden

63 § 27 lid 2 UrhG. ‘Für das Verleihen von Originalen oder Vervielfältigungsstücken eines Werkes, deren Weiterverbreitung nach § 17 Abs. 2 zulässig ist, ist dem Urheber eine angemessene Vergütung zu zahlen, wenn die Originale oder Vervielfältigungsstücke durch eine der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtung (Bücherei, Sammlung von Bild- oder Tonträgern oder anderer Originale oder Vervielfältigungsstücke) verliehen werden. Verleihen im Sinne von Satz 1 ist die zeitlich begrenzte, weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienende Gebrauchsuberlassung, § 17 Abs. 3 Satz 2 findet entsprechend Anwendung’

64 Ulmer, p. 233 ‘Der Unterscheidung zwischen der Verwertung in körperlicher und unkörperlicher Form entsprechend, begrenzt [.] das UrhG den Verwertungsbegriff auf die Verbreitung von Werkstücke’

65 Ulmer, p. 236 maakt duidelijk dat ‘Veräußerung’ meestal samenvalt met ‘Übereignung’ (overdracht). Levering van exemplaren met een eigendomsvoorbehoud, maar met de bevoegdheid van de ontvanger om door te verkopen, bijvoorbeeld door een uitgever aan een boekhandel, is echter ook een vorm van ‘Veräußerung’ die uitputting met zich meebrengt. Als de exemplaren bij de uitgever terugkeren wordt het uitputtingseffect weer ongedaan gemaakt.

besproken. Ook het aanbod of de levering aan een persoon buiten de eigen kring is een verspreiding.”

Het is in verband met het kopieergemak in het digitale tijdperk belangrijk te vermelden dat het volgens een recente uitspraak van het BGH⁶⁷ niet relevant is of de exemplaren al zijn vervaardigd op het moment dat ze worden aangeboden. Het BGH verwijst weliswaar naar een eerdere eigen uitspraak,⁶⁸ maar daarin valt deze opvatting slechts met veel goede wil te reconstrueren. In de literatuur⁶⁹ en in de lagere rechtspraak⁷⁰ werd er voor 1990 vanuit gegaan dat de voorafgaande vervaardiging van exemplaren wel degelijk een vereiste was. De onderbouwing van de nieuwe beslissing klinkt echter overtuigend.

Angesichts der heute gegebenen technischen Vervielfältigungsmöglichkeiten, die ein schnelles und problemloses Herstellen von Programmkopien erlauben, genügt in der Regel das Anbieten zur alsbaldigen Herstellung und Lieferung

Een aanbod om de exemplaren *ter plaatse* te (komen) bezichtigen/raadplegen, valt, evenals het bezichtigen/raadplegen zelf, niet onder het ‘Verbreitingsrecht’,⁷¹ (eventueel wel in zeer specifieke gevallen onder het later in paragraaf 3.2.3 te bespreken tentoonstellingsrecht). Het Bundesgerichtshof oordeelde in 1984 dat het beschikbaarstellen van tijdschriften in de wachtkamer van een tandarts niet als verhuren of uitlenen kan worden aangemerkt.⁷² Het BGH moest zijn oordeel geven over de vraag of de vergoedingsregeling van § 27 op de wachtkamersituatie van toepassing was en volstond met de constatering dat uit de wetsgeschiedenis duidelijk bleek dat het niet de bedoeling van de wetgever was geweest dergelijke situaties onder de vergoedingsregeling te brengen.

3.1.4 Het verspreiden in het Amerikaanse auteursrecht

Het verspreidingsrecht is vastgelegd in section 106 aanhef en sub 3 USC

Subject to sections 107 through 118, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following [] (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending,

Het verspreiden van exemplaren vergt een overdracht van feitelijk houderschap. In het Amerikaanse auteursrecht levert het *aanbod* tot overdracht nog geen ver-

⁶⁶ BGH 13 december 1990 GRUR 1991 p. 316 (Einzelangebot)

⁶⁷ BGH 13 december 1990 GRUR 1991 p. 316 (Einzelangebot) anders maar (dus) inmiddels overruled Kammergericht Berlin 1 December 1982 GRUR 1983 p. 174 (Videoaubkassetten)

⁶⁸ BGH 17 december 1979 GRUR 1980 p. 227 c.v. me(n)am p. 230 (Monumenta Germaniae Historica)

⁶⁹ Schrieker/Löwenheim p. 296 en de daargenode literatuur

⁷⁰ Kammergericht Berlin 1 December 1982 GRUR 1983 p. 174

⁷¹ Fromm/Nordmann p. 169

⁷² BGH 28 juni 1984 GRUR 1985 p. 134

spreading op. Bovendien moet de verspreiding ‘aan het publiek’ plaatsvinden, hetgeen in het Amerikaanse auteursrecht betekent dat onderhandse verkoop er niet onder valt.⁷³

In section 109 sub a is de uitputting, de ‘first sale doctrine’, als belangrijke beperking op het verspreidingsrecht vastgelegd:

Notwithstanding the provisions of section 106(3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord

Hoewel de tekst van section 109 sub a spreekt van ‘lawfully made’ is het de rechtmatige ‘first sale’, dat wil zeggen: het eerste in het verkeer brengen van een exemplaar met een eigendomsoverdracht,⁷⁴ dat de uitputting doet intreden.⁷⁵ Latere verspreidingshandelingen met betrekking tot dat exemplaar vallen niet onder het exploitatierecht van de auteur. Er is een beperkte en gedetailleerde uitzondering in de vorm van een verhuurrecht met betrekking tot geluidsdragers en computerprogramma’s, vastgelegd in section 109 b sub 1.⁷⁶

Alleen de (commerciële) verhuur van geluidsdragers en computerprogramma’s valt dus niet onder de uitputting, en blijft na het eerste in het verkeer brengen als verspreidingsrecht bestaan. Het openbare uitlenen zonder commercieel oogmerk door bijvoorbeeld openbare bibliotheken valt dus onverkort onder de uitputtingsregel en is toegestaan.

73 Goldstein, pp 591-592

74 Hoewel de uitputtingsleer in de Verenigde Staten ‘First sale doctrine’ genoemd wordt heeft zij betrekking op iedere vorm van eigendomsoverdracht. Zie Goldstein, p 595, noot 3

75 Dit blijkt onder andere uit de toelichting op section 106 sub 3 in het House Report ‘Under this provision the copyright owner would have the right to control the first public distribution of an authorized copy’ (H.R. Rep 94-1476 94th Cong 2d Sess 62 (1976))

76 Section 109 (b)(1)(A) Notwithstanding the provisions of subsection (a) unless authorized by the owners of copyright in the sound recording or the owner of copyright in a computer program (including any tape, disk, or other medium embodying such program), and in the case of a sound recording in the musical works embodied therein, neither the owner of a particular phonorecord nor any person in possession of a particular copy of a computer program (including any tape, disk, or other medium embodying such program), may, for the purposes of direct or indirect commercial advantage, dispose of, or authorize the disposal of, the possession of that phonorecord or computer program (including any tape, disk, or other medium embodying such program) by rental, lease, or lending, or by any other act or practice in the nature of rental, lease, or lending. Nothing in the preceding sentence shall apply to the rental, lease, or lending of a phonorecord for nonprofit purposes by a nonprofit library or nonprofit educational institution. The transfer of possession of a lawfully made copy of a computer program by a nonprofit educational institution to another nonprofit educational institution or to faculty, staff, and students does not constitute rental, lease, or lending for direct or indirect commercial purposes under this subsection. (B) This subsection does not apply to—(i) a computer program which is embodied in a machine or product and which cannot be copied during the ordinary operation or use of the machine or product, or (ii) a computer program embodied in or used in conjunction with a limited purpose computer that is designed for playing video games and may be designed for other purposes

3.1.5 Overeenkomsten en verschillen

Zoals aan het begin van paragraaf 3 in de definitie van verspreiden al werd aangekondigd zijn de gemeenschappelijke kenmerken van de verspreidingsrechten in de verschillende landen dat het a) moet gaan om *materiele exemplaren* die b) worden *verplaatst*. In Nederland en Duitsland valt ook het *aanbieden* ter verspreiding⁷⁷ onder het verspreidingsrecht. Dit aanbieden moet aan het publiek plaatsvinden. De betekenis in dit verband van ‘aan het publiek’ zal later worden besproken. In de Duitse rechtspraak is bepaald dat ook het ter verspreiding aanbieden van *nog niet vervaardigde* exemplaren onder het verspreidingsrecht valt. Het is onduidelijk of dit laatste ook in Nederland het geval is. Op grond van de aparte vermelding van het aanbieden naast het ‘in voorraad hebben’⁽¹⁾ in artikel 2, lid 1, sub d WNR, en de afwezigheid van aanwijzingen voor het tegendeel, is het goed mogelijk dat het aanbieden van nog niet vervaardigde exemplaren onder het verspreidingsrecht van de WNR valt. Op grond van het ‘Illegale videokopieën’-arrest⁷⁸ lijkt voor de Auteurswet 1912 hetzelfde verdedigbaar. In de VS valt het ter verspreiding aanbieden *niet* onder het verspreidingsrecht.

Als de verschillende besproken verspreidingsrechten onder elkaar worden gezet geeft dat schematisch het volgende beeld:

	Verspreidingsrecht (regel)	Uitputtingsregel (uitzondering)	Verhuurrecht (uitzondering op uitzondering)
Auteurswet	Arrest Polak/de Munck [De HR overweegt dat] ten aanzien van elke verveelvoudiging den auteursgerechtigde en dezen alleen de be- voegdheid toekomt deze openbaar te maken’	Arrest Stemra/FRS Wanneer een [] verveelvoudiging [] eenmaal [] recht- matig in het verkeer is gebracht is daarmee de openbaarmaking van die verveelvoudi- ging voltooid, zodat verdere beschik- baarstelling van die verveelvoudiging aan derden, [] niet als een (verdere) open- baarmaking in de zin van de Auteurswet is aan te merken	Art. 12 lid 1 sub 3 Aw het verhuren of uit- lenen van het geheel of een gedeelte van het werk [] of van een verveelvoudiging daarvan die door de rechthebbende of met zijn toestemming in het verkeer is ge- bracht,

⁷⁷ (Aanbieden voor) raadpleging ter plaatse val’ dus niet onder het verspreidingsrecht
⁷⁸ Zie bijvoorbeeld IIR (strafkamer) 16 decenbri 1986 NJ 1987, 613 m nt. LWH: het ten verhuur aanbieden van illegale videokopieën is een vorm van openbaar maken.

	Verspreidingsrecht (regel)	Uitputtingsregel (uitzondering)	Verhuurrecht (uitzondering op uitzondering)
WNR	Art 2 lid 1 sub c het verkopen, ver- huren, uitlenen, af- leveren of anderszins in het verkeer brengen van een opname van een uitvoering of van een reproductie daar- van dan wel het voor die doeleinden in- voeren, aanbieden of in voorraad hebben	Art 2 lid 2 Is een reproductie van een opname van een uitvoering door de houder van het uit- slutend recht, bedoeld in het eerste lid, of met zijn toestemming [] in het verkeer gebracht, dan handelt de verkrijger van de reproductie niet in strijd met dit uit- slutend recht, door ten aanzien van die reproductie de in het eerste lid, onder c, genoemde handelin- gen, [], te verrich- ten	met uitzondering van verhuur en uit- lening
Urhg Duitsland <i>Verbreitung</i>	§ 17 lid 1 Das Verbreitungsrecht ist das Recht, das Original oder Ver- vielfältigungs-stücke des Werkes der Of- fentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen	§ 17 lid 2 Sind das Original oder Vervielfältigungsstuc- ke des Werkes mit Zustimmung des zur Verbreitung Berech- tigten im Gebiet [] im Wege der Ver- äußerung in Verkehr gebracht worden, so ist ihre Weiterver- breitung	mit Ausnahme der Vermietung zulässig

	Verspreidingsrecht (regel)	Uitputtingsregel (uitzondering)	Verhuurrecht (uitzondering op uitzondering)
USC	S 106 lid 3	S 109a	S 109b lid 1
VS	to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ow- nership, or by rental, lease or lending	Notwithstanding the provisions of section 106(3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person au- thorized by such ow- ner, is entitled with- out authority of the copyright owner, to sell or otherwise dis- pose of the possession of that copy or phono- record	Notwithstanding the provisions of subsec- tion (a), [] neither the owner of a particu- lar phonorecord nor any person in posses- sion of a particular copy of a computer program [], may, for the purposes of direct or indirect commercial advantage, [] dis- pose of, or authorize the disposal of, the possession of that phonorecord or com- puter program [] by rental, lease or len- ding []
<i>Distribution</i>			

Uit het bovenstaande schema blijkt dat het verspreidingsrecht gezien kan worden als een hoofdregel, waar de uitputtingsregel een beperking op vormt, terwijl het verhuurrecht vervolgens weer een beperking op de uitputtingsregel vormt. In de Amerikaanse regeling komt dat het duidelijkst naar voren: *niettegenstaande* het 'distribution right' bestaat er een uitputtingsregel, en *niettegenstaande* de uitputtingsregel bestaat er een verhuurrecht. In Duitsland bestaat een 'Verbreitungsrecht', *maar* als exemplaren rechtmatig in het verkeer zijn gebracht is 'Weiterverbreitung' toegestaan, *behalve* verhuren. Hetzelfde geldt voor de Nederlandse WNR: de handelingen genoemd in artikel 2, lid 1, sub c zijn voorbehouden aan de rechthebbende, dat geldt *echter niet* voor reproducties die met toestemming van de rechthebbende in het verkeer zijn gebracht, *behalve* als het gaat om verhuur en uitlening. De Nederlandse Auteurswet is wat dit betreft het minst helder, maar het

inhoudelijke resultaat is hetzelfde: regel is het verspreidingsrecht, uitzondering de uitputting en uitzondering op uitzondering het verhuur en leenrecht

Uitputting

Het verschijnsel uitputting dat hierboven al een aantal malen aan de orde is gekomen, is van oudsher de belangrijkste beperking van het verspreidingsrecht waarvan de theoretische onderbouwing een aparte bespreking verdient.⁷⁹ De uitputting kan op verschillende manieren benaderd worden.

Het is verdedigbaar dat uitputting als principe niet bestaat, of dat het, voor zover het bestaat, overbodig is. Uitgangspunt daarbij is dat er geen algemeen verspreidingsrecht zou bestaan en dat alleen het eerste in het verkeer brengen een aan de auteur voorbehouden handeling is. Daarnaast zou er dan eventueel een zelfstandig verhuur- en leenrecht zijn. Deze zienswijze die onder andere door Spoor⁸⁰ wordt gepropageerd is overzichtelijk en eenvoudig.⁸¹ Ook bij deze benadering kan men zich echter afvragen wat de theoretische grondslag is, en men komt dan bij dezelfde theorieën terecht als wanneer men aanneemt dat de uitputting wel een zelfstandig verschijnsel is.

Als men ervan uitgaat dat uitputting als rechtsfiguur wel bestaat zijn er een aantal theorieën mogelijk. Joos noemt er in zijn proefschrift drie: de eigendomstheorie, de vrijhandeltheorie en de beloningstheorie.⁸² Volgens de *eigendomstheorie* staan de eigendomsbevoegdheden van de eigenaar van het stoffelijke exemplaar waarin het werk is vastgelegd er aan in de weg dat de verdere verspreiding ervan aan een verbodsrecht van de auteur zou blijven onderworpen.⁸³ Het bezwaar van deze theorie is dat juridisch gezien de eigenaarsbevoegdheden en de verspreidingsrechten wel naast elkaar kunnen bestaan, hetgeen al blijkt uit het bestaan van een verhuurrecht en uit rechten met betrekking tot immateriele openbaarmaking. Bij het verhuurrecht rusten twee verbodsrechten op dezelfde handeling, een van de 'materiele' eigenaar en een van de auteursrechthebbende. Verhuur kan alleen maar plaatsvinden met toestemming van zowel de eigenaar als de auteur. Ook een verbodsrecht ten aanzien van tweedehandsverkoop is *theoretisch* geen probleem, hoe onwenselijk men het ook kan vinden.⁸⁴ In de *praktijk* bestaat er natuurlijk wel degelijk een spanningsveld tussen de eigenaarsbevoegdheden en zulke vergaande verspreidingsrechten. De *vrijhandeltheorie* is gebaseerd op het idee dat een recht met betrekking tot de verdere verspreiding van exemplaren in strijd zou komen met het vrije verkeer van goederen. Het behoeft weinig toelichting dat het een onaanvaardbare belemmering voor de handel zou betekenen als bij iedere (weder)verkoop van goederen waarop auteursrecht rust toestemming aan de recht-

79 Zie hierover uitgebreid Joos: Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht, diss. München 1991.

80 BIL 1985 p. 247.

81 Zie ook Spoor/Verkade p. 162.

82 Joos diss. pp. 51–57 (Eigentumstheorie, Verkehrssicherungstheorie, Belohnungstheorie) en de daar genoemde literatuur.

83 Vergelijk Cohen-Jocham AMI 1987 p. 27.

84 Joos diss. p. 52 merkt hierover op: „der Handelsverkehr wäre zwar sehr stark erschwert, aber andererseits würde dieses Konzept eine klare, da auf alle öffentlichen Vertriebsakte anwendbare Regelung darstellen.“

hebbende geviaagd zou moeten worden.⁸⁵ Als bezwaar wordt in dit verband ook genoemd dat het verticale prijsbinding met zich mee zou kunnen brengen. De *beloningstheorie* gaat er ten slotte van uit dat het verspreidingsrecht na het eerste in het verkeer brengen van het exemplaar zijn functie als exploitatierecht (voldoende) vervuld heeft: de auteur heeft de handeling die tot consumptie van zijn werk leidt te gelde gemaakt. De gedachte hierachter is dat de rechthebbende het gebruik dat van een exemplaar zal worden gemaakt, kan incalculeren op het moment dat hij de toestemming voor het eerste in het verkeer brengen verleent. Op basis van deze theorieën kan het bestaan van uitputting als rechtsfiguur redelijk overtuigend verklaard worden. De eigendomstheorie en de vrijhandeltheorie leidden tot de conclusie dat een afweging gemaakt moet worden van de (exploitatie) belangen van de auteur enerzijds en die van de eigenaar en het vrije verkeer van goederen anderzijds. De uitkomst van deze afweging is dat de verdere verspreiding en verhandeling na het eerste in het verkeer brengen dient te worden vrijgelaten. De beloningstheorie suggereert dat een recht met betrekking tot het eerste in het verkeer brengen van exemplaren voldoende mogelijkheid geeft om het gebruik ten gevolge van verspreiden te gelde te maken: meer verspreidingsrecht is *onnodig*.

Bovengenoemde uitputtingstheorieën verklaren echter niet direct waarom de uitputting met betrekking tot de verhuur (en uitlening) moest worden doorbroken.

Verhuur en uitleen

De (on)wenselijkheid van het uitzonderen van verhuur en uitleenhandelingen van de werking van de uitputting is een onderwerp dat zich leent voor een zeer diepgaande en uitvoerige bespreking.⁸⁶ Omdat het tijdelijk beschikbaarstellen van stoffelijke exemplaren weinig specifieke problemen oplevert in de digitale omgeving, kan in het kader van deze studie echter worden volstaan met een korte weergave van de belangrijkste argumenten en het resultaat van de afwegingen, die op grond daarvan in de hier besproken landen is gemaakt.

Er kan weinig twijfel over bestaan dat verhuren en uitleenen handelingen zijn die kunnen leiden tot een (aanzienlijke) intensivering van het gebruik van een exemplaar. Een literair bibliotheekboek wordt vaak talloze malen gelezen, terwijl een boek dat door een particulier wordt aangeschaft gemiddeld veel minder vaak zal worden geconsumeerd, zelfs als het een aantal maal via tweedehandsverkoop van eigenaar wisselt. Hetzelfde geldt voor een videoband die door een videotheek wordt verhuurd tegenover een zogenaamde 'koopvideo'. De gebruiksintensivering is nog aanzienlijk groter in het geval van informatievormen en informatiedragers die zich gemakkelijk laten kopiëren: de verhuur en uitleen van computerprogramma's en geluids-CD's leidt er in veel gevallen toe dat de informatie, al dan niet in de huiselijke kring, wordt gekopieerd. Dergelijk kopiëren valt weliswaar

⁸⁵ Hugenholtz noemt in dit verband de *legal security*: de rechtszekerheid omtrent de status van een bepaald exemplaar als een *aparte* grondslag voor de uitputting (Hugenholtz, *Future* bundel p. 96).

⁸⁶ Veel prikkelende argumenten tegen een verhuur- en/ofleenrecht zijn te vinden in een artikel van Dommeling, 'Verhuren en lenen: de laatste openbaringen in het auteursrecht', AMI 1994 pp. 187-194.

onder het verveelvoudigingsrecht, maar, zoals in het vorige hoofdstuk is gebleken, heeft het thuishkopieren zich grotendeels aan auteursrechtelijke controle onttrokken.⁸⁷ Deze gegevens vormen het belangrijkste argument voor het onder het exploitatierecht brengen van verhuur- en uitleenhandelingen. In de bewoordingen van hoofdstuk 1, paragraaf 2.3 kunnen ze omschreven worden als openbare communicatiehandelingen die leiden tot een toename van gebruik.

Nu zou deze gebruikstoename die het gevolg is van verhuur kunnen worden ingecalculeerd bij de toestemming voor en de prijsstelling van de exemplaren, op het moment dat ze in het verkeer worden gebracht. Dit leidt er dan wel toe dat deze impliciete prijsopslag hoofdelijk over alle kopers, inclusief degene die alleen voor eigen gebruik kopen wordt omgeslagen. Wanneer verhuur *niet* onder een verbodsrecht valt, worden rechthebbenden hiertoe gedwongen. Spoor omschrijft deze situatie als volgt met betrekking tot videocassettes.⁸⁸

De rechthebbenden kunnen zich niet permitteren om ze te verkopen, want de eerste kopers zouden verhuurders zijn, die iedere gekochte cassette 20, 30 keer of vaker zouden verhuren. Voor zover videocassettes momenteel [anno 1985, dus vóór in de introductie van het verhuurrecht, DV] worden verkocht gebeurt dat alleen met een zodanige prijsopslag dat daarin de royalty voor die vele malen verhuren reeds is verdisconteerd. Particulieren die de cassette zouden willen kopen voor eigen gebruik, tegen een navenant lagere royalty, kunnen niet worden bediend.

Een verhuurrecht zou er dus toe kunnen en moeten leiden dat de betaling van de auteursrechtelijke vergoeding eerlijker verdeeld kan worden in verhouding tot de gebruiksintensiteit. De prijzen van exemplaren voor particulier (eind)gebruik zouden dan redelijkerwijs lager moeten worden.⁸⁹

De belangrijkste argumenten *tegen* een auteursrechtelijk verhuur- of leenrecht hebben te maken met de bevoegdheden van de eigenaar, de informatievrijheid en overwegingen van cultuur-politieke aard. De bevoegdheid om een stoffelijk voorwerp tijdelijk aan een ander voor gebruik ter beschikking te stellen is zonder meer een typische (stoffelijke) eigenaarsbevoegdheid. Het feit dat informatiedragers onbelemmerd kunnen worden geleend in openbare bibliotheken leidt ongetwij-

87 Het argument van gebruiksintensivering geldt echter niet voor alle werken. Bouwwerken worden in het algemeen niet intensiever gebruikt ten gevolge van verhuur: een huurhuis of kantoor wordt niet intensiever bewoond dan een koophuis of kantoor. Verhuur van deze werken valt (mede om die reden) dan ook niet onder het exploitatierecht van de auteur. Ook de verhuur van gebruiksvoorwerpen valt niet onder het exploitatierecht van de auteur, terwijl daarbij vaak wel van gebruiksintensivering sprake zal zijn. Hierbij is de afweging tussen de belangen van eigenaar en auteur (om praktische redenen) anders uitgevallen. Het gebruiksintensiveringsargument is dus ook niet altijd doorslaggevend.

88 Spoor, BIF 1985, p. 246.

89 Dommering heeft er weinig vertrouwen in dat dit in de praktijk het gevolg is. 'Als het effect van de voorgiggende maatregelen [i.c. de introductie van het verhuur- en leenrecht, DV] zou zijn dat de hoge kooprijzen van boeken en CD's zouden worden verlaagd, zou dat een argument voor de maatregelen zijn. Dat zal evenwel niet het effect van de maatregelen zijn, daar durf ik wel een potje vergif op in te nemen'. AMI 1994, p. 189.

feld tot een grote en laagdrempelige toegankelijkheid van informatie, die over het algemeen cultuur-politiek wenselijk wordt geacht

De afweging van deze argumenten heeft er in grote lijnen toe geleid dat in de Verenigde Staten (alleen) de *verhuur* van exemplaren van *computerprogramma's* en *geluidsopnamen* onder het exploitatierecht van de auteur zijn gebracht. In Europa is er voor gekozen de *verhuur van alle werken*, met uitzondering van gebruiksvoorwerpen en bouwwerken, onder het verbodsrecht van de auteur te brengen.⁹⁰ Het belang van de auteur om deze handelingen, die leiden tot gebruikstoename van hun werk, te gelde te kunnen maken werd zwaarder geacht dan het belang van eigenaren, vrij over hun eigendom te beschikken en het algemene belang van de informatie-rijheid en cultureel-politieke belang. Vooral uit cultuur-politieke overwegingen is in relatie tot het uitlenen (door openbare bibliotheken) de afweging zowel in de Verenigde Staten als in Duitsland en Nederland anders uitgevallen. De Amerikaanse Auteurswet laat uitlenen onverkort onder de werking van de uitputting vallen. In Duitsland is dat ook het geval, zij het dat het wel onderworpen is aan een specifieke vergoedingsregeling. In Nederland is het openbare uitlenen als hoofdregel samen met het verhuren onder een verbodsrecht gebracht, maar ten aanzien van de meeste werken, uit cultuur-politieke overwegingen, omgezet in een vergoedingsrecht. De harmoniserend bedoelde Europese richtlijn liet nogal wat ruimte.

Ten aanzien van stoffelijke dragers met informatie *in digitale vorm*, dient nog wel opgemerkt te worden dat het risico van de gebruiksintensivering ten gevolge van verhuur relatief groot is, omdat digitale informatie zo makkelijk kan worden gekopieerd. Wanneer bijvoorbeeld het uitlenen of verhuren van computerprogramma's die niet afdoende tegen kopiëren beveiligd kunnen worden zonder meer zou zijn toegestaan, zou de gebruikstoename die daar het gevolg van zou zijn, niet te overzien en dus niet redelijkerwijs in te calculeren zijn. Mede in verband hiermee valt het *uitlenen* van computerprogramma's in Nederland onder het verbodsrecht en niet onder de vergoedingsregeling.⁹¹ Deze overweging zou aanleiding kunnen zijn om ook bij dragers van andere digitale informatie, vanwege het sterk verhoogde kopiërischio, eerder een verbodsrecht toe te passen dan een vergoedingsregeling.

3.2 Het tentoonstellen van exemplaren

Onder tentoonstellen wordt hier verstaan het publiek toegankelijk maken voor directe visuele waarneming van een werk in de vorm van stilstaand beeld, zonder

⁹⁰ Het *verhuurrecht* is door de Europese richtlijn van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitlenenrecht en bepaalde nabuigere rechten op het gebied van intellectuele eigendom (92/100/EEG Pb nr. L 346/61) geharmoniseerd. Op het gebied van het *leenrecht* laat deze richtlijn een dermate grote implementatievrijheid dat nauwelijks van harmonisatie kan worden gesproken.

⁹¹ Daarop bestaat dan weer een specifieke uitzondering voorzover het computerprogramma onderdeel uitmaakt van een van gegevens voorzien informatiedrager en uitsluitend dient om die gegevens toegankelijk te maken (Artikel 15c lid 1 laatste zin). Deze uitzondering is blijkens de toelichting op het amendement waar deze nuancering uit voortvloeit met name bedoeld voor CD-rom's en CD-I's die momenteel nog niet erg makkelijk te kopiëren zijn (WV 23247 nr. 14).

dat het werk wordt verplaatst. Dit betekent met name dat het vertonen van bewegend beeld of het ten gehore brengen van geluid er niet onder valt. Ook het vertonen met behulp van een apparaat van bijvoorbeeld een dia wordt doorgaans en ook in deze studie, tot het 'uitvoeren' gerekend.⁹² Het aanbieden voor raadplegen ter plaatse van geschriften reken ik wel onder het tentoonstellen.

3.2.1 Het tentoonstellen in de Auteurswet 1912

Het tentoonstellen wordt niet direct, maar wel indirect in de Auteurswet als openbaarmakingsvorm genoemd. In artikel 12, lid 4 wordt bepaald dat het daarvoor uitvoeringen genoemde openbaarheids criterium ook voor tentoonstellen geldt.⁹³ Dit openbaarheids criterium zal bij de behandeling van het uitvoeren en van het openbaarheidsbegrip in het algemeen worden besproken.

Mogelijk het belangrijkste aspect van het tentoonstellingsrecht in de Nederlandse Auteurswet is het feit dat het in artikel 23 sterk wordt beperkt waar het gaat om werken van beeldende kunst.

Tenzij anders is overeengekomen is de eigenaar van een teken, schilder-, bouw- of beeldhouwwerk of van een werk van toegepaste kunst gerechtigd dat werk zonder toestemming van dengene, wien het auteursrecht daarop toe komt, in het openbaar ten toon te stellen []

Onomstreden is dat dit artikel 23 ook van toepassing is op de andere in artikel 10, lid 6 Aw genoemde werken te weten 'lithografieën, graveer- en andere plaatwerken'.⁹⁴ Verschil van mening bestaat over de vraag of de beperking ook op foto's van toepassing is.⁹⁵ Aangezien men normaliter alleen bij werken van beeldende kunst, inclusief foto's, spreekt van tentoonstellen, lijkt goed verdedigbaar dat er genlijk bedoeld is dat *ieder tentoonstellen* aan de eigenaar is toegestaan. Artikel 23 Aw is daarmee, voorzover het gaat over het tentoonstellen, in feite een *uitputtings bepaling*,⁹⁷ die evenwel door andersluidend contractueel beding tussen partijen doorbroken kan worden. Ervan uitgaande dat een dergelijk beding naar zijn aard alleen tussen partijen werkt is de praktische betekenis van de aanhef 'tenzij anders

92 Zie paragraaf 3.3.

93 Artikel 12, lid 4. Onder een voordracht op of uitvoering of voorstelling in het openbaar wordt mede begrepen die in besloten kring, tenzij deze zich beperkt tot de familie, vrienden of daaraan gelijk te stellen kring en voor de toegang tot de voordracht op of uitvoering of voorstelling geen betaling in welke vorm ook geschiedt. *Hetzelfde geldt voor een tentoonstelling* (curs. DV).

94 Spoor en Verkade menen dat tentoonstellen rechtstreeks onder artikel 12, lid 1 sub 4 valt. Zo men wil kan men [tentoonstellingen] beschouwen als een soort voorstellingen. (Spoor/Verkade p. 173).

95 Berendsen (AMI 1991 p. 44).

96 Spoor en Verkade (p. 257) en Quaedvlieg (Auteursrecht nabuigerechten en archiefbeheer in Archiefbeheer in de praktijk (losbladige uitgave) Alphen aan den Rijn p. 3550-21) menen van wel. Berendsen (AMI 1991 p. 44) meent van niet.

97 In het *merkenrecht* valt het tentoonstellen (ook) onder de uitputting. Indien een merk eventueel zelfs los van de waren louter wordt getoond (of tentoongesteld) om de aandacht van het publiek erop te vestigen is er sprake van gebruik in de zin van artikel 13 A, lid 1 BW en in de zin van artikel 13 A, lid 8 BW (de uitputtingsbepaling). Een en ander blijkt onder andere uit het arrest van het Benelux Gerechtshof van 20 december 1993, NJ 1994 638 m.r. DWITV (Mercedes/Harz).

is overceengekomen' beperkt; derden, zoals latere kopers, zijn er immers niet aan gebonden.^{98 99}

Er bestaat ook nog verschil van mening over de vraag of de tentoonstellingsbevoegdheid van de eigenaar mede omvat de vrijheid om het werk te *laten* tentoonstellen door een huurder, een lener of een andere niet-eigenaar.¹⁰⁰ Naar de hier verdedigde 'uitputtingsgeest' van artikel 23 ligt het voor de hand om aan te nemen dat geen verschil moet worden gemaakt tussen de situatie waarin een eigenaar zelf een tentoonstellingsruimte heeft of huurt en de situatie waarin hij een museum een kunstwerk voor een tentoonstelling in bruikleen geeft.

In het normale spraakgebruik wordt de *projectie* op een beeldscherm eerder aangeduid met de term 'vertonen' dan met de aanduiding 'tentoonstellen'. De projectie van '*bewegend*' beeld zal in paragraaf 3.3 besproken worden bij het 'uitvoeren'. De projectie van *stilstaand* beeld, bijvoorbeeld van een dia, verschilt enerzijds weinig van een tentoongestelde afbeelding zoals een poster of een lichtreclame, maar vertoont anderzijds ook grote overeenkomsten met de projectie van (een reeks) 'bewegende' beelden. De indeling lijkt arbitrair en is in Nederland nooit in rechte aan de orde geweest, maar is wel van belang voor het al dan niet toepasselijk zijn van de uitputting van artikel 23 Aw. Voorlopig wordt er hiervan uitgegaan dat de projectie van stilstaand beeld, evenals die van bewegend beeld, eerder onder het uitvoeringsrecht dan onder het tentoonstellingsrecht valt. De uitputting is dan niet van toepassing. De merkwaardige consequentie daarvan is wel dat het op de daartoe geëigende manier 'tentoonstellen' van een foto aan de eigenaar wel is toegestaan en van een dia niet.

Het aanbieden voor raadpleging ter plaatse van geschriften kan als een vorm van tentoonstellen worden aangemerkt.¹⁰¹ In de Nederlandse rechtspraak en doctrine is dat echter nooit gebeurd, waarschijnlijk omdat dit niet overeenstemt met de

98 Zie ook Gerbrandy, Artikel 23, Aant. 1, p. 283 en Grosheide in AMI 1996, p. 46

99. Advocaat-Generaal Strikwerda lijkt in zijn conclusie bij het arrest Dior/Evora (HR 20 oktober 1995, RvdW 1996, 212) echter een andere mening toegedaan over de interpretatie van deze beperking. Het ging daar weliswaar om het afbeelden in een verkoopcatalogus, maar dat wordt eveneens door artikel 23 Aw toegestaan, 'tenzij anders is overeengekomen'. De AG 'Artikel 23 maakt echter een uitzondering voor het geval anders is overeengekomen'. Bij de toepassing op in massaproductie vervaardigde consumptie-artikelen zal deze uitzondering mijns inziens zó moeten worden opgevat, dat de auteursrechthebbende wel de bevoegdheid heeft om zich te verzetten tegen de veeleenvoudiging, indien de goederen buiten de door hem gekozen distributiekanaalen te verkoop worden aangeboden'. Deze interpretatie van de zinsnede 'tenzij anders is overeengekomen', die uitsluitend gemotiveerd lijkt te worden door de stelling dat het in het bewuste geval om massaproducten ging, wordt hier niet onderschreven.

100. Hiervoor geldt, evenals voor de extensieve interpretatie van de werkcategoryen van artikel 23 Spoor en Verkade (p. 257) menen van wel, Berendsen AMI 1991, p. 45 meent van niet.

101. Quaadvlieg kwalificeert het aanbieden voor raadpleging ter plaatse door archiveren als 'verbreiden'. (Quaadvlieg, 'Auteursrecht, naburige rechten en archiefbeheer', in *Archiefbeheer in de praktijk* (losbladige uitgave) Alphen aan den Rijn, p. 3550). Deze kwalificatie wordt hier niet gevolgd, onder andere omdat deze bij rechtsvergelijking minder goed bruikbaar is, omdat andere systemen het 'verbreiden' niet kennen.

gebruikelijke betekenis van tentoonstellen.¹⁰² Sinds de invoering van het verhuur- en leenrecht met de daaraan verbonden duidelijke vrijstelling van het raadplegen ter plaatse, zou het auteursrechtelijk relevant achten van datzelfde raadplegen op grond van het tentoonstellingsrecht zonder toepassing van de uitputting een wettelijke inconsistentie opleveren. Er zijn verschillende interpretatiemogelijkheden om deze dreigende inconsistentie te voorkomen. Een mogelijkheid is om de term tentoonstellen beperkt te interpreteren als uitsluitend betrekking hebbend op beeldende kunst, waardoor het beschikbaar stellen voor waarneming ter plaatse van andere werken dan beeldende kunst daar niet onder valt. Historisch gezien is dat misschien de meest voor de hand liggende interpretatie. Het bezwaar daarvan is echter dat het aanbieden voor raadpleging ter plaatse van geschriften en stilstaand beeld onder een andere vorm van publiek toegankelijk maken zou moeten worden ondergebracht,¹⁰³ terwijl het in feite om dezelfde activiteit gaat.¹⁰⁴ Een andere mogelijkheid is om artikel 23 Aw extensief te interpreteren, in die zin dat niet alleen werken van beeldende kunst, maar alle typen werken eronder vallen of om aan dit artikel in ieder geval geen negatieve reflexwerking ten aanzien van andere typen werken toe te kennen. Voor dit laatste wordt hier vooralsnog gekozen: aanbieden voor raadpleging ter plaatse (van geschriften) is een vorm van tentoonstellen en valt onder de 'uitputting' al artikel 23 Aw.¹⁰⁵

3.2.2 *Het tentoonstellen in de WNR 1993*

Tentoonstellen komt in de WNR niet voor omdat naburige rechten, naar algemeen wordt aangenomen, geen betrekking hebben op stilstaand beeld en omdat het 'tentoonstellen' (zonder projectie) van een 'dode', 'zwijgende' drager (CD, videocassette) de door de WNR beschermde belangen niet raakt.¹⁰⁶

3.2.3 *Het tentoonstellen in het Duitse auteursrecht*

Het tentoonstellingsrecht (Ausstellungsrecht) in het Duitse auteursrecht is zeer beperkt. Het heeft namelijk alleen betrekking op werken die nog niet voor de eerste maal zijn openbaar gemaakt. § 18 UrhG luidt als volgt:

Das Ausstellungsrecht ist das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke eines unveröffentlichten Werkes der bildenden Künste oder eines unveröffentlichten Lichtbildwerkes öffentlich zur Schau zu stellen

¹⁰² Geschriften worden ook niet vermeld in artikel 23 Aw.

¹⁰³ Het valt immers niet te ontkennen dat het aanbieden voor raadpleging van bijvoorbeeld geschriften in ieder geval een vorm van publiek toegankelijk maken is.

¹⁰⁴ Een alternatief zou zijn om het aanbieden voor raadpleging ter plaatse als een vorm van verspreiden aan te merken, waardoor de uitputting er langs die weg op van toepassing zou zijn. Dat gebeurt hier niet omdat er in deze studie voor gekozen wordt om het verplaatsen van exemplaren als eerste voor de toepassing van het verspreidingsrecht aan te merken. Nu dit een internationaal consistente en E.F.G. richtlijn conforme indeling oplevert.

¹⁰⁵ Met toepassing van de Dior/Fvora opening.

¹⁰⁶ Zoals in de voorgaande paragraaf is aangegeven wordt zichtbaar maken door middel van projectie (in deze studie) niet gekwalificeerd als tentoonstelling, maar als uitvoering.

In de literatuur is men het er over eens dat, naast beeldende kunst en foto's,¹⁰⁷ ook de tentoonstelling van geschriften, inclusief bladmuziek, onder deze bepaling valt.¹⁰⁸ In feite is dit recht echter niet meer dan een uitwerking van het 'Veroffentlichungsrecht' van § 12, Urhg, het recht van eerste openbaarmaking. Na de eerste openbaarmaking bestaat er geen tentoonstellingsrecht in Duitsland. Daar komt nog eens bij dat de eigenaar van een kunstwerk uitdrukkelijk tot eerste openbaarmaking bevoegd is tenzij anders is overeengekomen, blijkens § 44, lid 2, Urhg.

Der Eigentümer des Originals eines Werkes der bildenden Künste oder eines Lichtbildwerkes ist berechtigt, das Werk öffentlich auszustellen, auch wenn es noch nicht veröffentlicht ist, es sei denn, daß der Urheber dies bei der Veräußerung des Originals ausdrücklich ausgeschlossen hat

Daarmee heeft het Duitse tentoonstellingsrecht een nog geringere betekenis.¹⁰⁹ De reden voor het zo beperkt houden van het tentoonstellingsrecht zou mogelijk door de Nederlandse voorstanders van een hangrecht, die de belangen van beeldende kunstenaars vertegenwoordigen, ter harte moeten worden genomen. De Memorie van Toelichting op het wetsartikel meldt onder andere:

*Es ist vorgeschlagen worden, dem Urheber auch das Recht zur Ausstellung seines bereits veröffentlichten Werkes vorzubehalten. Der Entwurf folgt dieser Anregung nicht. Wenn stets die Zustimmung des Urhebers zur Ausstellung auch veröffentlichter Werke in Schaufenstern oder Ausstellungsräumen eingeholt werden mußte, würde der Kunsthandel erheblich behindert werden, was auch nicht im Interesse der Urheber liegen würde.*¹¹⁰

Opgemerkt dient te worden dat het uitdrukkelijke voorbehoud dat de auteur kan maken waardoor de eigenaar niet mag tentoonstellen, derdenwerking heeft.¹¹¹ Daargelaten de civielrechtelijke constructie is dit niet verbazingwekkend aangezien het om 'unveröffentlichte' oftewel, nog niet voor de eerste maal openbaar gemaakte werken gaat.

De projectie op een (beeld)scheim valt niet onder dit tentoonstellingsrecht, maar onder het later te behandelen vertoningsrecht (Vorführungsrecht).¹¹² De projectie wordt (ook) in het Duitse recht namelijk tot de *immateriele* openbaarmaking gerekend, terwijl tentoonstellen betrekking heeft op de directe waarneming van *materiele* exemplaren. Dit levert de bij de bespreking van het Nederlandse tentoonstel

¹⁰⁷ Een Lichtbildwerk is een foto die voldoet aan de hogere originaliteitscriteriën die de Duitse Auteurswet stelt. Lichtbilder zijn foto's die aan een lager originaliteitscriterium voldoen. Zie §§ 2 en 72 Urhg en Schrieker/Loewenheim pp. 143-145.

¹⁰⁸ Schrieker/Geisenberg pp. 319-320. Fromm/Nordemann p. 174.

¹⁰⁹ Schrieker/Geisenberg § 18 Rdnr. 9 (p. 320). 'Das Ausstellungsrecht ist somit außerordentlich eng begrenzt. Sein praktischer Wert für die Urheber ist gering.'

¹¹⁰ Schulze, Materialien zum Urheberrechtsgesetz, Weinheim 1993, p. 108.

¹¹¹ Schrieker/Geisenberg § 44 Rdnr. 7 (p. 615).

¹¹² Schrieker/Geisenberg § 18 Rdnr. 42 (p. 319). '[die] Diaprojektion [...] stellt eine Veröffentlichung dar, aber kein Zurschaustellen.' Id. § 18.

lingsrecht al genoemde merkwaardige consequentie op, dat het vertonen van een foto wel en de diaprojectie niet aan de stoffelijke eigenaar is toegestaan

3 2 4 *Het tentoonstellen in het Amerikaanse auteursrecht*

Section 106 sub 5 USC noemt als handeling die onder het uitsluitend recht van de auteur valt

In the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly

To display' betekent in dit verband zowel tentoonstellen als vertonen van stilstaand beeld, zowel direct als indirect, bijvoorbeeld door projectie op een scherm. Het recht heeft betrekking op alle werken die zich daar voor lenen, dus niet op 'phonorecords', geluidsopnamen, die zich naar hun aard niet lenen voor visuele waarneming. Met betrekking tot audio-visuele werken valt alleen het 'non sequential' tentoonstellen van afzonderlijke beelden onder dit tentoonstellingsrecht.¹¹³

To display a work means to show a copy of it, either directly or by means of a film, slide, television image, or any other device or process or, in the case of a motion picture or other audiovisual work, to show individual images non-sequentially (section 101 USC)

Het recht heeft dus ook betrekking op een deel van hetgeen in Duitsland (en vermoedelijk ook in Nederland) onder het 'Vorfuhrungsrecht', respectievelijk uitvoeringsrecht valt.

In section 109 c is een ingrijpende beperking aangebracht op het 'display right'

Notwithstanding the provisions of section 106(5), the owner of a particular copy lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to display that copy publicly, either directly or by the projection of no more than one image at a time, to viewers present at the place where the copy is located

Voor het tentoonstellen van beeldende kunst is dit in feite een uitputtingsbepaling.¹¹⁴ De eigenaar mag zijn eigendom tentoonstellen. Contractueel kan tussen partijen van deze beperking worden afgeweken.¹¹⁵

113 Het 'sequential' vertonen van bewegend beeld valt onder het hierna te bespreken 'performance right'.

114 Deze bepaling staat ook in het zelfde artikel section 109 USC als de 'first sale doctrine' die betrekking heeft op het verspreidingsrecht.

115 Goldstein p. 701 en de daar genoemde vindplaats in het House Report 'H.R. Rep. No. 1476 94th Cong. 2nd Sess. (1976) p. 79'.

3.2.5 Overeenkomsten en verschillen

Bij de verschillende tentoonstellingsrechten lijken de verschillen te overheersen, maar dat is vooral het gevolg van de verschillende definities. Voor zover onder het tentoonstellen alleen begrepen wordt het voor directe visuele waarneming (dus zonder projectie) ter plaatse beschikbaar stellen, wordt het tentoonstellingsrecht voor het overgrote deel geneutraliseerd door een uitputtingsregel: de eigenaar mag tentoonstellen. In Nederland is dat overigens het minst duidelijk. Dit uitputtingseffect kan tussen partijen evenwel contractueel worden tegengegaan. In Duitsland is het tentoonstellingsrecht zeer beperkt: het heeft alleen betrekking op niet eerder openbaar gemaakte werken.

Het laten raadplegen ter plaatse van geschriften valt weliswaar niet onder de normale betekenis van tentoonstellen, maar kan wel onder dit recht begrepen worden. Wanneer laten raadplegen met tentoonstellen wordt gelijk gesteld, is daarmee ook de uitputting (of daar sterk op gelijkende rechtsbeperking) van overeenkomstige toepassing.

De verdere exploitatie van exemplaren (van geschriften) viel volgens vaste jurisprudentie in Nederland onder de uitputting, en aangezien de doorbreking van de uitputting in de vorm van verhuur- en leenrecht uitdrukkelijk geen betrekking heeft op beschikbaarstellen voor raadpleging ter plaatse, blijft (ook) blijkens deze recente wetsgeschiedenis de uitputting verder van kracht.

Het laten raadplegen ter plaatse van geschriften valt in Duitsland vermoedelijk onder het zeer beperkte tentoonstellingsrecht en is steeds aan de eigenaar toegestaan, behalve als het om niet eerder rechtmatig openbaar gemaakt werk gaat (te denken valt aan ongepubliceerde manuscripten).

Laten raadplegen ter plaatse van geschriften valt in de VS onder het ‘display right’ (de bepaling noemt immers ‘literary works’), maar daarmee ook onder de uitputting: de eigenaar mag een boek of tijdschrift voor raadpleging ter plaatse beschikbaar stellen.

3.3 Het uitvoeren

Onder het uitvoeren van een werk wordt hier begrepen:

- a het ‘live’ uitvoeren van werken, bijvoorbeeld: het voordragen van een tekst, het uitvoeren van een muziekstuk, het opvoeren van een toneelstuk;
- b het vertonen en/of laten horen van audio- en/of visuele werken vanaf *mechanische* informatiedragers (inclusief de projectie van stilstaand beeld);
- c het verder vertonen en/of laten horen van radio- of televisie-uitzendingen, vanaf een ontvanger.

Onder het uitvoeren wordt *niet* begrepen:

- het tentoonstellen van *stilstaand* beeld, evenwel exclusief de *projectie* van stilstaand beeld;
- het vertonen of ten gehore brengen door *uitzending* of heruitzending via ether, kabel of satelliet. Deze activiteit wordt namelijk onder het hierna te bespreken *uitzenden* gerekend. Ook de doorgifte via kleine of interne kabelnetwerken, in

bijvoorbeeld hotels of ziekenhuizen, zal bij de bespreking van het uitzenden aan de orde komen

3 3 1 *Het uitvoeren in de Aw 1912*

Het uitvoeren wordt in de Auteurswet expliciet genoemd in artikel 12, lid 1, sub 4° en omvat

de voordracht, op- of uitvoering of voorstelling in het openbaar van het geheel of een gedeelte van het werk of van eene verveelvoudiging daarvan

De MvT 1912 noemt als voorbeelden de vertoning van films, de uitvoering van muziekstukken, en ook de ‘tooverlantaarnvertoning’. Over het ‘live’ of van een geluids- of beelddrager ten gehore brengen bestaat, afgezien van de vereiste openbaarheid die later zal worden besproken, van oudsher weinig verschil van mening. In 1938 oordeelde de Hoge Raad in het Caferadio-arrest¹¹⁶ dat het laten horen van een radiouitzending in een café een openbaarmaking opleverde. Deze handeling wordt wel een *secundaire* openbaarmaking genoemd, tegenover de *primaire* openbaarmaking die de uitzending zelf is. De problematiek van secundaire openbaarmaking zal later in paragraaf 5 uitvoeriger worden besproken.

Het vereiste van openbaarheid wordt voor het uitvoeringsrecht nader omschreven in artikel 12, lid 4 Aw.

Onder een voordracht, op- of uitvoering of voorstelling in het openbaar wordt mede begrepen die in besloten kring, tenzij deze zich beperkt tot de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring en voor de toegang tot de voordracht, op- of uitvoering of voorstelling geen betaling, in welke vorm ook, geschiedt

De uitwerking van de in dit artikel onderdeel genoemde criteria zal in paragraaf 4.1 over ‘openbaarheid’ worden besproken.

3 3 2 *Het uitvoeren in de WNR 1993*

De WNR beschermt niet tegen het ‘live’ uitvoeren, integendeel, de uitvoering vormt het object van de bescherming¹¹⁷ tegen vastlegging en verdere openbaarmaking. De bescherming richt zich op uitzending, vastlegging en bepaalde handelingen met betrekking tot die vastlegging, waaronder reproduceren en publiek toegankelijk maken daarvan. Het vertonen of laten horen van al beeld- of geluidsdragers en van uitzendingen valt onder het ‘op een andere wijze openbaar maken’ dat in artikel 2, lid 1, sub d wordt genoemd.

¹¹⁶ IIR 6 mei 1938 NJ 1938 635 m nt LMM

¹¹⁷ Daarom is de term ‘uitvoeren’ bij de rechten van uitvoerende kunstenaars nogal ongelukkig. Bedacht moet worden dat in deze studie met uitvoeren steeds *rechter* zichtbaar of hoorbaar maken wordt bedoeld, hetzij live, hetzij mechanisch, hetzij van uitzendingen. Zoals Spoor en Verkadé (p. 494) opmerken gebruikt de wetgever in de WNR de term ‘uitvoering’ incidenteel te weten in (inmiddels) artikel 2, lid 5 en 6, ook als aanduiding voor de handeling in plaats van het rechtsobject.

d het uitzenden, het heruitzenden of het op een andere wijze openbaar maken van een uitvoering of een opname van een uitvoering of een reproductie daarvan

In de WNR geldt dezelfde besloten kring beperking als in de Auteurswet, neergelegd in artikel 2, lid 7 WNR

Ten aanzien van het in het eerste lid, onder d, bepaalde wordt onder openbaar maken mede verstaan de uitvoering die plaatsvindt in besloten kring, tenzij deze zich beperkt tot de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring en voor het bijwonen daarvan geen betaling, in welke vorm ook, geschiedt

Met 'uitvoering' wordt in dit artikelonderdeel bedoeld het 'op een andere wijze openbaar maken' genoemd in het eerste lid en vermoedelijk, zoals in paragraaf 4.1 zal blijken, ook het uitzenden en heruitzenden. Het openbaarmakingsbegrip in de WNR moet 'worden gelezen in het licht van de jurisprudentie die zich met betrekking tot artikel 12 van de Auteurswet 1912 heeft ontwikkeld' ¹¹⁸

3.3.3 Het uitvoeren in het Duitse auteursrecht

Het recht een werk uit te voeren is in de Duitse Auteurswet gedetailleerd neergelegd

Het 'live' uitvoeren, het voordragen, op- en uitvoeren is geregeld in § 19 leden 1 en 2

(1) Das Vortragsrecht ist das Recht, ein Sprachwerk durch persönliche Darbietung öffentlich zu Gehör zu bringen

(2) Das Aufführungsrecht ist das Recht, ein Werk der Musik durch persönliche Darbietung öffentlich zu Gehör zu bringen oder ein Werk öffentlich buhnenmäßig darzustellen

Lid 3 van § 19 breidt deze rechten uit tot het vertonen en ten gehore brengen ervan buiten de ruimte waarin zij plaatsvinden

(3) Das Vortrags- und das Aufführungsrecht umfassen das Recht, Vorträge und Aufführungen außerhalb des Raumes, in dem die persönliche Darbietung stattfindet, durch Bildschirm, Lautsprecher oder ähnliche technische Einrichtungen öffentlich wahrnehmbar zu machen

Het vierde lid van § 19 omvat het vertoningsrecht ten aanzien van visueel waarneembare werken met behulp van een apparaat (indirecte waarneming)

¹¹⁸ MvI WNR Parl gesch WNR p 78

(4) Das Vorführungsrecht ist das Recht, ein Werk der bildenden Künste, ein Lichtbildwerk, ein Filmwerk oder Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art durch technische Einrichtungen öffentlich wahrnehmbar zu machen. Das Vorführungsrecht umfaßt nicht das Recht, die Funksendung solcher Werke öffentlich wahrnehmbar zu machen (§ 22)

§ 21 omvat het recht van openbare weergave van al beeld- en geluidsdragers

Das Recht der Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger ist das Recht, Vorträge oder Aufführungen des Werkes mittels Bild- oder Tonträger öffentlich wahrnehmbar zu machen. § 19 Abs. 3 gilt entsprechend

Het ‘secundaire’ openbaarmakingsrecht ten aanzien van uitzendingen is vastgelegd in § 22

Das Recht der Wiedergabe von Funksendungen ist das Recht, Funksendungen des Werkes durch Bildschirm, Lautsprecher oder ähnliche technische Einrichtungen öffentlich wahrnehmbar zu machen. § 19 Abs. 3 gilt entsprechend

De Duitse wet kent in § 15 lid 3 een besloten kringbeperking. Deze wordt in paragraaf 4.2 nader besproken.

3.3.4 Het uitvoeren in het Amerikaanse auteursrecht

In het Amerikaanse recht is het uitvoeringsrecht onderverdeeld in het ‘public performance right’ (dat betrekking heeft op bewegend beeld en geluid) en het ‘public display right’ (dat betrekking heeft op stilstaand beeld), waarbij het laatste recht ook het tentoonstellen omvat en daarom al eerder aan de orde kwam.

De exploitatierechten van section 106 USC omvatten

(4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly, and

(5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly

De definitie van ‘to perform’ wordt in het definitie-artikel section 101 USC genoemd.¹¹⁹

To perform’ a work means to recite, render, play, dance, or act it, either directly or by means of any device or process or, in the case of a motion picture or other audiovisual work, to show its images in any sequence or to make the sounds accompanying it audible

¹¹⁹ De betekenissen van ‘publicly’ / al later worden besproken. ‘to display’ kwam eerder aan de orde.

Dit recht omvat het recht werk *live* te vertonen en om bewegend beeld (film) te laten zien (stilstaand beeld valt immers onder het 'display' recht). Het is belangrijk om vast te stellen dat het 'performance right' *geen* betrekking heeft op geluids dragers.¹²⁰ Hierbij moet echter bedacht worden dat een 'phonorecord' in de VS een apart soort auteursrechtelijk beschermd werk is, los van de onderliggende tekst en compositie. Het 'performance right' geldt weer wel voor het ten gehore brengen van die onderliggende tekst en compositie van een geluidsdrager.¹²¹

Het performance right omvat ook het recht uitzendingen in het openbaar te laten zien of horen, maar dit recht wordt weer belangrijk ingeperkt door section 110 lid 5 USC

(5) communication of a transmission embodying a performance or display of a work by the public reception of the transmission on a single receiving apparatus of a kind commonly used in private homes, unless

(A) a direct charge is made to see or hear the transmission, or

(B) the transmission thus received is further transmitted to the public, []

3.3.5 Overeenkomsten en verschillen

Hoewel de indelingen en onderverdelingen nogal verschillen komen de uitvoeringsrechten inhoudelijk vergaand met elkaar overeen. De verschillende indelingen hangen voor een groot deel samen met de verschillende woorden die gebruikelijk zijn voor verschillende uitvoeringsvormen. Bij het 'live' uitvoeren van tekst spreekt men in het Nederlands meestal van voordragen, bij muziek van uitvoeren of spelen, bij toneel van opvoeren. Bij films en televisieprogramma's spreekt men eerder van vertonen en bij mechanische muziek en radioprogramma's van laten horen.

De problematiek van 'secundaire' openbaarmakingsvormen als het 'uitvoeren' van uitzendingen komt in paragraaf 5 nader aan de orde, en die van het openbare karakter van de uitvoering in paragraaf 4 bij de bespreking van het openbaarheidsvereiste.

3.4 Het uitzenden

3.4.1 Het uitzenden in de Aw 1912

Tot voor kort werd het uitzenden niet in de Aw 1912 genoemd, maar al in 1927 oordeelde de kantonrechter te Hilversum¹²² dat deze activiteit onder het open-

¹²⁰ Section 114 sub a USC: The exclusive rights of the owner of copyright in a sound recording are limited to the rights specified by clauses (1), (2), and (3) of section 106 and do not include any right of performance under section 106(4).

¹²¹ 114 sub c USC: This section [waaronder 114 sub a, zie vorige noot DV] does not limit or impair the exclusive right to perform publicly by means of a phonorecord any of the works specified by section 106(4) [waaronder musical works, DV].

¹²² Ktr Hilversum 27 sept. 1927, NJ 1927 1585, W 11756.

baarmakingsrecht viel. Deze visie werd in de literatuur gedeeld ¹²³ Sinds 1996 ¹²⁴ staat het uitzenden als aparte openbaarmakingsvorm in de wet vermeld, en wel in artikel 12, lid 1, sub 5:

Het uitzenden van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door middel van een satelliet of een andere zender of een draadomroepinrichting als bedoeld in artikel 1, onder g, van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen ¹²⁵

In het zesde lid van artikel 12 Aw wordt bepaald dat de gelijktijdige heruitzending door 'hetzelfde organisme' niet als afzonderlijke openbaarmaking wordt beschouwd ¹²⁶

Het feit dat de gelijktijdige kabeldoorgifte *door een ander (organisme)* wél onder het uitzendrecht valt is in de rechtspraak ¹²⁷ beshist en blijkt inmiddels ook uit artikel 26a Aw. ¹²⁸ Dat ook kleine kabelnetten, met bijvoorbeeld slechts enkele tientallen aangeslotenen, onder andere bij gelijktijdige doorgifte, onder het uitzendrecht vallen is vastgesteld door de Hoge Raad op 24 december 1993. ¹²⁹

De uitzending via de satelliet valt ook onder het uitzendrecht. Zij wordt inmiddels apart genoemd in artikel 12, lid 7 Aw:

123 Wijnstroom en Pcremans, 'Het auteursrecht', Zwolle 1930, p. 83 'Naar onze wet valt de uitzending eenvoudig onder artikel 12, lid 3. Hier van wordt ook uitgegaan door Kantong Hilversum 27 sept. 1927, NJ 1927, 1585' De Beaufort, 'Auteursrecht' Zwolle 1932, p. 128 'Dat intusschen de radio-uitzending van muziek, zang en gesproken woord eene 'openbaarmaking' in den zin der Auteurswet is van de uitgezonden muzikale of letterkundige werken, wordt in het algemeen niet betwist en is ook steeds in de jurisprudentie erkend'

124 Wet van 20 juni 1996 (Stb. 1996, 364)

125 Deze verwijzing naar de WIV leidt tot nogal wat 'doorverwijzingen'. De WIV (artikel 1, sub g) definieert een draadomroepinrichting als 'een inrichting of onderdeel daarvan, bestemd om het gebruik van kabels en kabelwerken of radioverbindingen tussen vaste punten, programma's te verspreiden naar een of meer bij anderen in gebruik zijnde gronden, woningen dan wel niet tot woning dienende gebouwen of gedeelten van gebouwen'. De in deze WIV-definitie genoemde programma's worden gedefinieerd als 'een programma als bedoeld in artikel 1, eerste lid onder e, van de Mediawet (Stb. 1987, 249)'. De betreffende bepaling in de Mediawet definieert programma als 'een radio- of televisieprogramma'. De mediawet definieert een radioprogramma (in artikel 1, sub b) als 'een programma met woord- of tooninhoud dat wordt uitgezonden naar een algemeen publiek of naar een beperkt publiek', en een televisieprogramma (in artikel 1, sub c) als 'een programma met beeldinhoud, al dan niet mede met woord- en tooninhoud dat wordt uitgezonden naar het algemene publiek of naar een beperkt publiek'.

126 Artikel 12 lid 6 Aw 'Als afzonderlijke openbaarmaking wordt niet beschouwd de gelijktijdige uitzending van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door hetzelfde organisme dat dat programma oorspronkelijk uitzendt'. Zie voor een bespreking van de betekenis van 'organisme' Mom, diss., pp. 26-34.

127 HR 30 oktober 1981, NJ 1982, 435 m nt. vNH en HR 25 mei 1984, NJ 1984, 697 m nt. vNH (Amstelveen I + II), zie Mom, diss., passim.

128 Artikel 26a 'Het recht om toestemming te verlenen voor de gelijktijdige, ongewijzigde en onverkorte uitzending van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door een draadomroepinrichting []

129 NJ 1994, 641, m nt. Spoor,

Onder het uitzenden van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door middel van een satelliet wordt verstaan de handeling waarbij de programmadragende signalen voor ontvangst door het publiek onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie worden ingevoerd in een ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar de aarde voert. Indien de programmadragende signalen in gecodeerde vorm worden uitgezonden, is er sprake van het uitzenden van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door middel van een satelliet, indien de middelen voor het decoderen van de uitzending door of met toestemming van de omroeporganisatie ter beschikking van het publiek worden gesteld

Door deze bepaling is de verzending via een satelliet van gecodeerde signalen die niet voor het publiek bestemd zijn, expliciet van het uitzendingsbegrip uitgesloten. Zie hiervoor paragraaf 6.

3.4.2 Het uitzenden in de WNR 1993

Het recht met betrekking tot uitzenden en heruitzenden wordt in de WNR expliciet genoemd in artikel 2, lid 1, sub d. De begrippen worden gedefinieerd in artikel 1, sub g en h WNR:

g uitzenden het verspreiden van programma's door middel van een zender als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel cc, van de Mediawet (Stb 1987, 249)¹³⁰ of een draadomroepinrichting als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel g, van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (Stb 1988, 520),¹³¹

h heruitzenden het door een instelling gelijktijdig uitzenden van een programma dat door een andere instelling of omroeporganisatie wordt uitgezonden

Ook hier geldt dat naar de bedoeling van de wetgever van de WNR de regels van de Auteurswet en de bijbehorende jurisprudentie van overeenkomstige toepassing zijn. Ook de regeling met betrekking tot uitzending per satelliet in het in 1996¹³² toegevoegde artikel 32a WNR is gelijk aan die in de Auteurswet. Terzijde zij opgemerkt dat de term 'heruitzenden' voor de rechten van de uitvoerende kunstenaar geen zelfstandige betekenis heeft.¹³³ Heruitzenden is, evenals in het auteursrecht, een vorm van uitzenden.

¹³⁰ De verwijzing naar de Mediawet is inmiddels onjuist: de definitie van zender staat niet meer in artikel 1, lid 1, sub cc, maar in artikel 1, lid 1, sub dd: zender: een zendinrichting die programma's en toetsbeelden draadloos verspreidt naar het algemene publiek of naar een beperkt publiek. (Onder cc staat nu de definitie van: ontvangstinrichting: een radio- of televisietoestel.)

¹³¹ Zie hiervoor paragraaf 3.4.1.

¹³² Wet van 20 juni 1996 (Stb 1996: 364).

¹³³ Deze term heeft wel betekenis voor de rechten van omroeporganisaties: voor wie het uitzenden (onder andere) een rechtschepende handeling is en het heruitzenden een voorbehouden handeling.

3.4.3 *Het uitzenden in het Duitse auteursrecht*

Het uitzendrecht is in de Duitse Auteurswet geregeld in een apart artikel, § 20 Urhg¹³⁴

Das Senderecht ist das Recht, das Werk durch Funk, wie Ton- und Fernsicht- und -hörfunk, Drahtfunk oder ähnliche technische Einrichtungen, der Öffentlichkeit zugänglich zu machen

Het uitzenden is in de Duitse doctrine een van de meest problematische vormen van publiek toegankelijk maken. Door de komst van de Satelliet- en Kabelrichtlijn is een deel van de problemen en discussies, namelijk die met betrekking tot de gelijktijdige kabeldoorgifte in het ontvangstgebied van de oorspronkelijke uitzending,¹³⁵ door het positieve recht achterhaald. De discussie over de kleinschalige kabeldoorgifte bij gemeenschappelijke ontvangstinrichtingen is echter gebleven. 'Loutere' ontvangstinrichtingen op bijvoorbeeld een enkel gebouw met verschillende appartementen vallen vermoedelijk niet onder het uitzendrecht, centrale ontvangstinrichtingen voor 'hele wijken' daarentegen weer wel. Waar de grens ligt is niet duidelijk.¹³⁶

De doorgifte via een kabel van een 'live' uitvoering naar aangrenzende ruimten valt volgens § 19 lid 3 onder het uitvoeringsrecht, zoals hierboven is besproken, en dus niet onder het uitzendrecht.

3.4.4 *Het uitzenden in het Amerikaanse auteursrecht*

Het uitzendrecht is in het Amerikaanse auteursrecht geconstrueerd als een *uitbreiding* van het 'public display' en 'public performance' recht in de vorm van een *transmission-variant*.¹³⁷ Section 101 USC bepaalt

134 Dit is de tekst van § 20 Urhg van voor de implementatie van de Satelliet- en Kabelrichtlijn die medio 1996 nog niet zijn beslag had gekregen. Er was toen een wetsvoorstel in behandeling voor implementatie van deze richtlijn in de Duitse Auteurswet waarin § 20 als volgt luidde: *Das Senderecht ist das Recht, das Werk 1. durch drahtgebundene Funk, wie Ton- und Fernsicht- und -hörfunk, Kabelfunk oder ähnliche technische Mittel der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. 2. in programmtragenden Signalen verkörpert in eine ununterbrochene Übertragungskette einzufügen, die zu einer Satellitenaussstrahlung an die Öffentlichkeit führt.* (Referentenentwurf eines Vierten Gesetzes Änderung des Urheberrechtsgesetzes, 29 mei 1995)

135 Zie Tromm/Nordmann, pp. 180-183 en de daarin genoemde literatuur.

136 Gounalakis, pp. 103-131.

137 Een definitie van 'to transmit' is opgenomen in section 101 USC: 'To transmit a performance or display is to communicate it by any device or process whereby images or sounds are received beyond the place from which they are sent.'

To perform or display a work publicly means

(1) to perform or display it at a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered, or,

(2) to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times

Er is dus sprake van auteursrechtelijk relevant uitzenden als een uitvoering (of andere weergave van een werk) wordt gezonden naar

- 1 een plaats, die openbaar toegankelijk is, of waar een substantieel aantal mensen (buiten de familie en kennissenkring) bij elkaar is, of naar,
- 2 het publiek, op welke manier dan ook, wanneer men de uitvoering (of andere weergave van een werk), gezamenlijk of apart ontvangt, gelijktijdig of op verschillende momenten

Vooraf het laatst genoemde element, dat gelijktijdige ontvangst geen vereiste is, zal bij de 'nieuwe diensten' van belang blijken. De gelijktijdige kabeldoorgifte is in de VS onderworpen aan een complex geheel van vrijstellingen en dwanglicenties, opgenomen in section 111 USC, die hier niet zullen worden besproken.¹³⁸

3.4.5 Overeenkomsten en verschillen

Ether en kabel

Het traditionele 'primaire' uitzenden van radio- en televisieprogramma's levert geen problemen op en valt overal onder het openbaarmakings-uitzendrecht. Gelijktijdige en ongewijzigde 'secundaire' kabeldoorgifte in het gebied waar de primaire uitzending ook (ongecodeerd) te ontvangen is, was en is omstreden. In Europa is een en ander inmiddels goeddeels geregeld door de Satelliet- en Kabelrichtlijn.¹³⁹ Secundaire kabeldoorgifte is een aparte, nieuwe openbaarmaking. Dit geldt echter niet voor kleine kabelnetten, bijvoorbeeld de gemeenschappelijke ontvangsinrichtingen. De vraag of dergelijke netwerken ook onder het uitzendrecht vallen, laat de richtlijn open en blijft dus een kwestie van nationaal recht. Het exploitatierecht met betrekking tot uitzending via de satelliet is ook in die richtlijn erkend.

¹³⁸ Hier wordt alleen ter illustratie de eerste vrijstelling die van zeer kleine kabeldoorgifte zonder directe betaling genoemd (Section 111 sub a - 1) The secondary transmission of a primary transmission embodying a performance or display of a work is not an infringement of copyright if - (1) the secondary transmission is not made by a cable system and consists entirely of the relaying by the management of a hotel, apartment house or similar establishment of signals transmitted by a broadcast station licensed by the Federal Communications Commission within the local service area of such station to the private lodgings of guests or residents of such establishment and no direct charge is made to see or hear the secondary transmission.

¹³⁹ Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel. Pb nr. L 248/15 6 oktober 1993.

Satelliet injectierecht

In de hierboven genoemde Satelliet- en Kabelrichtlijn wordt ten aanzien van satellietuitzendingen in artikel 1, lid 2, sub b het volgende vastgesteld

De mededeling aan het publiek per satelliet, vindt slechts plaats in de Lid-Staat waar de programmadragende signalen onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie worden ingevoerd in een ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar de aarde loopt

Hiermee is bedoeld dat voortaan alleen de zogenaamd 'up-link', de verzending naar de satelliet, als een openbaarmaking wordt aangemerkt en dat de 'down-link', de verzending van de satelliet naar de aarde geen aparte openbaarmaking is. Alleen voor de up-link behoeft toestemming te worden verkregen van de rechthebbende in het land waar de up-link plaatsvindt. Het 'up-link' recht wordt ook wel 'injectierecht' genoemd.¹⁴⁰

Voorheen werd volgens de zogenaamde *Bogsch-theorie*¹⁴¹ in verschillende landen aangenomen dat de 'down-link' per land dat zich in de 'footprint', het ontvangstbereik van de satelliet, bevond een afzonderlijke openbaarmaking opleverde.¹⁴² Dit leidde ertoe dat voor een handeling, de 'up-link', toestemming verkregen moest worden van al diegenen die in de landen waar de uitzending te ontvangen was, de uitzend-, openbaarmakingsrechten bezaten.

De keuze die de Satelliet- en Kabelrichtlijn ten deze heeft gemaakt lijkt een duidelijke en verantwoorde vereenvoudiging, mits er sprake is van voldoende harmonisatie van het beschermingsniveau in de betrokken landen. Een exploitatieverbodsrecht ten aanzien van de satelliet-up link heeft de belangrijkste kenmerken van een geschikt exploitatierecht.¹⁴³ Het is een controleerbare handeling waarbij de rechthebbende het te verwachten eindgebruik kan incalculeren. In de zeventiende overweging bij de richtlijn wordt terecht opgemerkt

dat de betrokkenen bij het bepalen van de vergoeding die voor het verwerven van de rechten moet worden betaald, rekening dienen te houden met alle voor de uitzending kenmerkende aspecten, zoals het daadwerkelijke aantal luisteraars of kijkers, het potentiële aantal luisteraars of kijkers en de taalversie

140 Zie PB Hugenholtz. De Europese richtlijn inzake satellietomroep en kabeldoorzichte. AMI 1994, pp. 87-90.

141 Deze theorie is verdedigd door en genoemd naar dr. A. Bogsch, de Directeur-Generaal van WIPO (zie volgende noot).

142 In Bogsch's eigen woorden: 'Where communication to the public by means of radiowaves is effected through a direct broadcasting satellite, the communication takes place in all countries which are covered by the footprint of the satellite' (Report of the Group of Experts on the Copyright Aspects of Direct Broadcasting by Satellite (Parijs 18-22 maart 1985). Copyright 1985, pp. 180-186).

143 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 2.3.4.

4 De openbaarheid

Hiervoor is openbaar maken in de betekenis die in deze studie het belangrijkst is zeer algemeen omschreven als ‘publiek toegankelijk maken’. Bij alle hiervoor besproken rechten speelt het begrip ‘openbaarheid’, soms aangeduid met de term ‘publiek’, een belangrijke rol. Er moeten exemplaren worden verspreid onder of aangeboden aan het *publiek*, er moet *openbaar* tentoongesteld worden, de uitvoering moet plaatsvinden ten overstaan van een *publiek* en de uitzending moet op de *openbaarheid* gericht zijn.

Vaststelling van wat nu precies ‘publiek’ en/of ‘openbaar(heid)’ is, is van belang voor de uitleg van de bestaande rechten, maar vooral ook als beoordeeld moet worden of nieuwe diensten die niet (rechtstreeks) onder een van de besproken openbaarmakingsvormen kunnen vallen eventueel (toch) als openbaarmaking gekwalificeerd moeten worden.

In dit verband is van belang vast te stellen dat de Berner Conventie geen definitie of duidelijke indicatie geeft ten aanzien van de betekenis van het begrip openbaar (heid) en aan wetgevers in de lid-staten de vrijheid geeft dit begrip nader in te vullen.¹⁴⁴ De Satelliet- en Kabelrichtlijn laat de invulling van de ondergrens van wat als openbaar moet worden aangemerkt (ook) over aan de lid-staten van de EU.¹⁴⁵ Bij de bespreking van het openbaarheids criterium zal de WNR 1993 niet afzonderlijk behandeld worden, omdat daarin de criteria van de Auteurswet 1912 op de openbaarmakingsrechten van toepassing zijn, tenzij uit de wet anders blijkt.¹⁴⁶ Wat betreft het begrip openbaarheid blijkt dat artikel 2, lid 5 WNR vrijwel letterlijk is overgenomen van artikel 12, lid 4 Aw.

4.1 Het openbaarheids criterium in de Aw 1912

4.1.1 De familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring

De Auteurswet 1912 kent slechts een nader gedefinieerd openbaarheids criterium, namelijk de omschrijving van artikel 12, lid 4 Aw, dat betrekking heeft op het uitvoeringsrecht en het tentoonstellingsrecht.

Onder een voordracht, op- of uitvoering of voorstelling in het openbaar wordt mede begrepen die in besloten kring, tenzij deze zich beperkt tot de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring en voor de toegang tot de voordracht, op- of uitvoering of voorstelling geen betaling, in welke vorm ook, geschiedt. Hetzelfde geldt voor een tentoonstelling.

¹⁴⁴ Rickson pp 423-433.

¹⁴⁵ Dit kan worden afgeleid uit overweging 32 bij deze richtlijn. Overwegende dat er evenwel geen communautaire regeling hoeft te komen voor al die kwesties waar van de consequenties, behalve in een aantal commerciële verwaarloosbare uitzonderingsgevallen, slechts binnen de grenzen van een Lid Staat merkbaar zijn. Discussies over de ondergrens van wat openbaar is zullen zich vrijwel altijd binnen een land afspelen.

¹⁴⁶ Het voor verspreiding in voorraad hebben valt volgens artikel 2, lid 1 sub c WNR ook onder het verspreidingsrecht, terwijl dit niet het geval lijkt, althans nooit is gesteld, bij het auteursrechtelijk verspreidingsrecht. Gezien de omstandigheid dat de artikelen 31a en 32 Aw het ter verspreiding voorhanden hebben traftbaar stellen zou men hier evenwel ook anders over kunnen denken.

Het *betalingscriterium* uit deze beschrijving komt in de praktijk weinig zelfstandige betekenis toe, omdat het in de familie- en vriendenkring niet gebruikelijk is toegangsgeld te vragen.¹⁴⁷ Ondanks de beperkte praktische betekenis verdient dit betalingscriterium echter een korte bespreking omdat het een praktische en een principiële vraag oproept. De praktische vraag is betaling *door wie* hier eigenlijk wordt bedoeld.¹⁴⁸ Het is duidelijk dat betaling door de individuele bezoekers aan de organisator en/of een eventuele uitvoerende in ieder geval bedoeld is. Maar geldt dat ook voor de situatie waar de organisator het honorarium van een uitvoerende of de huur van de film over zijn gasten omslaat, in plaats van deze voor eigen rekening te nemen? De ratio van een verschillende behandeling is onduidelijk omdat er (economisch) geen enkel relevant verschil lijkt te zijn.

Het lijkt overigens praktisch onmogelijk om te controleren wat voor betalingen ‘in welke vorm ook’ (*bring your own bottle?*)¹⁴⁹ op het niveau van familie- en vriendenkring plaatsvinden. Daarmee komt ook direct de principiële vraag aan de orde of het wel *wenselijk* is, het al dan niet plaatsvinden van dergelijke betalingshandelingen als auteursrechtelijk relevant aanknopingspunt te kiezen. Zoals hiervoor in hoofdstuk 1, paragraaf 2.4.2 is betoogd en hierna in paragraaf 4.4 nog aan de orde zal komen heeft de uitzondering van de familie- en vriendenkring een principieel karakter vanwege de bescherming van de privé-sfeer: het is onwenselijk te controleren wat zich daarbinnen afspeelt; dus is het onwenselijk handelingen in de privé-sfeer auteursrechtelijk relevant te achten. Dit geldt evenzeer voor betalingen in die kring. Om deze reden zou het betalingscriterium mijns inziens uit artikel 12, lid 4 moeten worden geschrapt.

Een ander bezwaar dat men tegen artikel 12, lid 4 kan inbrengen is dat het ‘tot uitvoering in het openbaar [wordt] bestempeld wat het niet is’.¹⁵⁰ ‘Besloten’ en ‘openbaar’ zijn in het normale taalgebruik elkaars tegenpolen. Een uitvoering in een besloten kring zou dus niet openbaar kunnen zijn. In het Nederlandse auteursrecht en, zoals hierna zal blijken, ook in het Duitse en Amerikaanse auteursrecht is er ten deze echter voor gekozen ‘openbaar(heid)’ een specifieke betekenis te geven die afwijkt van die in het normale spraakgebruik.

Het ‘familie- en vriendenkring’-criterium is in de rechtspraak nader uitgewerkt in de arresten ‘Willem Dreeshuis’¹⁵⁰ en ‘Wasserij De Zon’.¹⁵¹ In ‘Willem Dreeshuis’, ging het om bejaarden die in de gemeenschappelijke ruimte van hun tehuis muziek konden beluisteren. De Hoge Raad definieerde de aan de familie-, vriendenkring gelijk te stellen (derde) kring als ‘een groep van personen tussen wie familiebanden, banden van vriendschap of andere, nauwelijks minder hechte, banden van persoonlijke aard bestaan’. Een dergelijke band werd tussen de bejaarden in het bejaardenhuis niet aangenomen.

In de proefprocedure van Buma tegen Wasserij De Zon stelde de Hoge Raad vast

147 Zie Spoor/Verkade p. 171 noot 112.

148 Zie Gerbrandy Artikel 12 Aantl. 17-18 en 19 pp. 167-168.

149 Gerbrandy Artikel 12 Aantl. 14.

150 IIR 9 maart 1979 NJ 1979 341 m.nt. IWH.

151 IIR 1 juni 1979 NJ 1979 470 m.nt. IWH.

dat het uitsluitend voor eigen genoegen ten gehore brengen van muziek niet als openbaarmaking valt aan te merken

Wanneer iemand uitsluitend ten eigen genoegen muziek ten gehore brengt, zal het feit dat er anderen zijn die deze muziek ook kunnen horen alleen dan kunnen meebrengen dat het ten gehore brengen van de muziek als openbaarmaking in de zin van de Auteurswet 1912 moet worden beschouwd, als hij er een beroeps- of bedrijfsbelang of een soortgelijk belang bij heeft dat ook anderen dan hij zelf naar de muziek kunnen luisteren

Deze uitleg van de Hoge Raad moet aldus begrepen worden dat wanneer iemand 'er een beroeps- of bedrijfsbelang of een soortgelijk belang bij heeft dat ook anderen dan hij zelf naar de muziek kunnen luisteren' er in ieder geval geen sprake is van uitsluitend ten eigen genoegen muziek ten gehore brengen. Deze redenering mag echter niet worden omgedraaid: het feit dat iemand geen beroeps- of bedrijfsbelang of een soortgelijk belang heeft bij het ten gehore brengen van muziek betekent niet automatisch dat hij het dus uitsluitend ten eigen genoegen doet en de muziek niet publiek toegankelijk zou maken. Het komt er in de kern op neer dat als het een *toevallige of onvermijdelijke bykomstigheid* is dat anderen van buiten de familie-, vrienden- of daar aan gelijk te stellen kring kunnen meeluisteren er geen sprake is van publiek toegankelijk maken.

Is dit 'kring'-criterium toepasbaar op andere rechten met betrekking tot publiek toegankelijk maken? Aangezien artikel 12, lid 4 uitdrukkelijk verwijst naar het uitvoeringsrecht van artikel 12, lid 1, sub 4 was er geen reden om zonder meer aan te nemen dat dit openbaarheidscriterium ook op andere openbaarmakingsvormen van toepassing was, te meer omdat, zoals hiervoor reeds werd aangegeven iets wat binnen de besloten kring plaats vindt, in het normale spraakgebruik niet als openbaar wordt aangeduid.¹⁵²

Op 24 december 1993 heeft de Hoge Raad¹⁵³ echter ten aanzien van de openbaarheid bij *kabeldoorgifte* via kleine kabelnetjes geoordeeld: '[b]ij gebreke van een andere hanteerbare en voldoende met de belangen van auteursrechthebbers rekening houdende maatstaf, dient aansluiting te worden gezocht bij de ['vriendenkring'], zoals uitgelegd in [Willem Dreeshuis]'.¹⁵⁴

Zoals Spoor in zijn noot bij dit arrest terecht opmerkt verklaart de Hoge Raad artikel 12, lid 4 Aw *niet rechtstreeks* van toepassing maar zoekt er (slechts) aansluiting bij. Aangezien de consequentie is dat de (in de rechtspraak ontwikkelde) criteria van dat artikellid (wel) worden toegepast, is dit echter slechts een formeel verschil zonder praktische betekenis.

In deze 'kleine kabelnetten' zaak ging het om de kabeldoorgifte via een gemeenschappelijke antenne-inrichting waarop woningen waren aangesloten die tot het zelfde flatgebouw respectievelijk tot hetzelfde complex respectievelijk dezelfde

¹⁵² Aldus nadrukkelijk Spoor/Verkade p. 156.

¹⁵³ NJ 1994 641 m.nt. Spoor; AMI 1994 p. 66 m.nt. Mom.

¹⁵⁴ HR 24 december 1993 NJ 1994 641 m.nt. Spoor (10-37 p. 3061 tweede kolom).

woningbouwvereniging behoorden. De bewoners behoorden niet tot dezelfde familie- vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring. Of het 'familie- en vrienden kring'-criterium daarmee nu op *alle* uitzendingen van toepassing is, is niet zeker maar wel waarschijnlijk. Of het ook op het verspreidingsrecht van toepassing zou kunnen zijn is op het eerste gezicht minder duidelijk.

4.1.2 Het verspreidingsrecht

Wat de openbaarheid in het verspreidingsrecht betreft lijkt de recente discussie over het openbaarheidsbegrip in het verhuur- en leenrecht van belang. Naar aanleiding van vragen over schoolboekenfondsen werd in de Memorie van Antwoord het volgende gemeld¹⁵⁵ met betrekking tot de notie 'voor het publiek toegankelijke instellingen' in het leenrecht¹⁵⁶:

*De term 'publiek' moet zeer breed worden opgevat: enkel instellingen die alleen uitleenen aan een beperkte groep van personen die een onderlinge band of een persoonlijke band met de inrichter van de instelling hebben, moeten als niet toegankelijk voor het publiek worden beschouwd. Zelfs wanneer bijvoorbeeld bibliotheken van universitaire instellingen slechts voor bepaalde groepen van studenten toegankelijk zijn, zal er meestal van een dergelijke persoonlijke band geen sprake zijn, zodat over het algemeen met het oog op de toekenning van een uitleenrecht uit hoofde van de onderhavige richtlijn ook deze bibliotheken als toegankelijk voor het publiek moeten worden beschouwd.*¹⁵⁷

De hier genoemde kring van 'personen die een onderlinge band of een persoonlijke band met de inrichter van de instelling hebben' lijkt een vertaling¹⁵⁸ van de definitie uit het Duitse auteursrecht¹⁵⁹ die hierna zal worden besproken. Het was misschien eenvoudiger geweest als de regering aansluiting had gezocht bij de Nederlandse 'familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring', zoals de Hoge Raad dat bij de kabeldoorgifte deed. Het noemen van deze omschrijving lijkt echter op gespannen voet te staan met de stelling van regeringszijde dat bedrijfsbibliotheken niet openbaar zijn.¹⁶⁰ Uit de Nederlandse uitvoeringsrecht jurispru-

155 Onder verwijzing naar de toelichting (punt 1.3) bij het oorspronkelijke voorstel voor de Verhuur- en leenrecht-richtlijn van 28 januari 1991. WV 23247 nr. 5 p. 16.

156 Artikel 12, lid 3 Aw. Onder uitleenen als bedoeld in het eerste lid onder 3 wordt verstaan het voor een beperkte tijd en zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel voor gebruik ter beschikking stellen door *voor het publiek toegankelijke instellingen*. (curs. DV)

157 In de Nota naar aanleiding van het eindverslag bevestigde de regering desgevraagd het belang van de bovengenoemde omschrijving van 'voor het publiek toegankelijk'. Deze omschrijving vormt naar [de] mening [van de bewindshouders] een duidelijke richtsnoer voor de betekenis van dit aspect van de richtlijn [...]. Gelet op de totstandkomingsgeschiedenis van dit richtlijnonderdeel menen wij dat deze omschrijving nog steeds betekenis heeft. WV 23247 nr. 8 p. 13.

158 De vertaling van *Veranstalter* met 'inrichter' is weinig fraai.

159 Dat deze Duitse definitie opduikt in de oorspronkelijke toelichting op de richtlijn mag geen verbazing wekken als men bedenkt dat beide opstellers ervan de Duitse nationaliteit hebben. J. Reinbothe en S. von Lewinski (tevens de auteurs van een toelichting op de richtlijn 'The E.C. Directive on rental and lending rights and on piracy' (Londen 1993)).

160 WV 23247 nr. 3 p. 14 en nr. 5 p. 11.

dentie blijkt immers duidelijk dat de werknemers geen 'familie-, vrienden of daaraan gelijk te stellen kring' vormen.¹⁶¹ Hetzelfde geldt voor het Duitse criterium, zoals hierina zal blijken.

Bij het verspreidingsrecht komt de openbaarheidsvraag niet vaak aan de orde, omdat er meestal bij omstreken verspreiding ook al sprake is van illegale verveelvoudiging, of de uitputting van toepassing is. De vraag of er sprake is van openbaarmaking door verspreiding zal meestal pas aan de orde komen als de verveelvoudiging van de exemplaren rechtmatig heeft plaatsgevonden.¹⁶² Dit laatste is bij voorbeeld het geval als de verveelvoudiging onder een beperking van het verveelvoudigingsrecht valt. Verveelvoudigen voor 'eigen oefening, studie of gebruik' is op grond van artikel 16b binnen bepaalde grenzen bijvoorbeeld toegestaan, maar daarvoor geldt een apart wettelijk totaal verspreidingsverbod. 'Indien een ingevolge dit artikel toegelaten verveelvoudiging heeft plaatsgevonden, mogen de vervaardigde exemplaren zonder toestemming van de rechthebbende op het auteursrecht niet aan derden worden afgegeven [...]'.¹⁶³ Dit betekent (naar de letter van de wet) dat dergelijke verveelvoudigingen zelfs niet aan familie of vrienden mogen worden afgegeven, waardoor in zulke gevallen de openbaarheidsvraag ook niet aan de orde komt.

Uit de schaarse jurisprudentie¹⁶⁴ en doctrine blijkt dat de levering aan een enkele persoon een verspreidingshandeling en daarmee een vorm van publiek toegankelijk maken kan opleveren. Spoor/Verkade stellen nadrukkelijk dat het hier moet gaan om een persoon buiten de besloten kring, en dus niet buiten de familie-vrienden of daaraan gelijk te stellen kring.¹⁶⁵ Dit standpunt dateert evenwel van voor het 'kleine kabelnetten'-arrest¹⁶⁶ en van voor de implementatie van het leenrecht, in het kader waarvan van legeringszijde bovengenoemde opmerkingen werden gemaakt. Spoor verwees in zijn proefschrift in 1976 overigens wel naar de familiekring van artikel 12, lid 4.¹⁶⁷ Hier wordt ervan uitgegaan dat het criterium van de 'familie-, vrienden of daaraan gelijk te stellen kring' voor *alle* vormen van publiek toegankelijk maken – dus ook voor het verspreiden – heeft te gelden.

Zoals hiervoor in paragraaf 3.1.1 is vastgesteld valt ook het aanbieden van exemplaren aan het publiek naar Nederlands recht onder het publiek toegankelijk ma-

¹⁶¹ Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Alkmaar 3 oktober 1973, NJ 1974, 40.

¹⁶² In het eerder in paragraaf 3.1.1 genoemde Nederlandse standaardarrest over het verspreidingsrecht Polak/De Munck (HR 18 december 1953, NJ 1954, 258) was er geen twijfel over de openbaarheid.

¹⁶³ Artikel 16b, lid 5 Aw.

¹⁶⁴ Pres. Rb. Utrecht 28 december 1989, KG 1990, 71 (Centrumsdemocratenprogramma).

¹⁶⁵ Spoor/Verkade, p. 160, noot 66. Artikel 12, lid [4] dat het begrip *openbaarheid* zelfs veruimt tot hetgeen in besloten kring gebeurt, geldt alleen voor voordracht op of uitvoering of voorstel, niet voor het openbaar maken van verveelvoudigingen.

¹⁶⁶ NJ 1994, 641 m.nt. Spoor.

¹⁶⁷ Spoor, diss., p. 75.

ken¹⁶⁸ Er bestaat geen reden om aan te nemen dat daarbij een ander openbaarheids criterium heeft gegolden

4.2 Het openbaarheids criterium in het Duitse auteursrecht

4.2.1 De algemene definitie

De Duitse Auteurswet kent een algemene definitie van openbaarheid in § 15, lid 3, die in beginsel voor alle vormen van publiek toegankelijk maken geldt

Die Wiedergabe eines Werkes ist öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Personen bestimmt ist, es sei denn, daß der Kreis dieser Personen bestimmt abgegrenzt ist und sie durch gegenseitige Beziehungen oder durch Beziehung zum Veranstalter persönlich untereinander verbunden sind

Systematisch gezien verwijst ‘(offentliche) Wiedergabe’ alleen naar uitvoerings- en uitzendrechten, de ‘immateriële exploitatierechten’ genoemd in § 15, lid 2¹⁶⁹ en uitgewerkt in §§ 19 t/m 22 Urhg. Algemeen wordt echter aangenomen dat de definitie van § 15, lid 3 ook betrekking heeft op de openbaarheid in § 17 en § 18 Urhg, respectievelijk het verspreidingsrecht en het tentoonstellingsrecht¹⁷⁰

De weergave van een werk is volgens de/z definitie al openbaar als zij voor *twee of meer* personen bestemd is, *behalve* als de/z personen tot een duidelijk begrensde kring van personen behoren die ofwel door een onderlinge relatie met elkaar verbonden zijn, ofwel door een relatie met de ‘organisator’. De organisator is degene onder wiens verantwoordelijkheid de ‘weergave’ plaatsvindt. Overigens betekent dit niet dat er een verantwoordelijke organisator moet zijn om te kunnen spreken van een openbaarmaking. ‘Auch der Gesang einer Wanderguppe kann eine öffentliche Wiedergabe sein’¹⁷¹

Er is over deze bepaling in Duitsland een schier onafzienbare hoeveelheid jurisprudentie over bedrijfsfeestjes, ziekenhuizen, bejaardenhuizen, studentenhuizen, gevangenissen, psychiatrische inrichtingen, herstellingsoorden, sanatoria, scholen en wat dies meer zij.¹⁷² Vrijwel altijd wordt er uiteindelijk beslist dat er wel sprake is van openbaarheid. Alleen bij een danscursus ‘für einen ausgewählten Schulkreis’¹⁷³ en bij het televisiekijken *door het personeel* van een tehuis¹⁷⁴ werd geoordeeld dat er van voldoende (onderlinge) verbondenheid sprake was. Deze jurisprudentie had overigens steeds betrekking op het uitvoeringsrecht of het uitzend-

168. Zie bijvoorbeeld HR (strafkamer) 16 december 1986 NJ 1987 613 m.nt. IWHI: het ter verhuur aanbieden van illegale videokopieën is een vorm van openbaar maken.

169. De aanhef van § 15, lid 2 luidt: ‘Der Urheber hat ferner das ausschließliche Recht sein Werk in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben (Recht der öffentlichen Wiedergabe)’. (curs. DV).

170. Schrieker/v. Ungern Steinberg § 15 Rdnr. 28 p. 284.

171. Schrieker/v. Ungern Steinberg p. 286.

172. Zie Schrieker/v. Ungern Steinberg p. 287. Een Wassenaar De Zon achtig arrest ontbreekt echter nog in Duitsland.

173. BGH 19 juni 1956 GRUR 1956 pp. 515 517.

174. I G Kassel 12 juli 1979 Schulz I GZ 174 1.

recht. Hetzelfde openbaarheids criterium geldt echter, zoals gezegd, voor alle andere vormen van publiek toegankelijk maken.

4.2.2 *Het verspreidingsrecht*

Het Duitse BGH heeft in zijn ‘Einzelangebot’-arrest van 12 december 1990¹⁷⁵ de betekenis van het vereiste van openbaarheid in het verspreidingsrecht duidelijk aangegeven. Het ging in deze zaak om het ‘ruilen’ van zonder toestemming vervaardigde kopieën van computerspelletjes. De gedaagde had, naar aanleiding van een advertentie in een computertijdschrift van een derde, een lijst met de titels van computerspelletjes die hij in de aanbieding had, aan die derde¹⁷⁶ toegestuurd. De vraag waar het bij het Bundesgerichtshof om ging was of het aanbod van exemplaren die nog niet zijn vervaardigd aan één persoon die de aanbieder niet persoonlijk kent een inbreuk op het ‘Verbreitungsrecht’ oplevert. Eigenlijk spelen hier twee principiële vragen: 1) Is het aanbod aan één niet persoonlijk bekende persoon voldoende? 2) Is het feit dat de aangeboden exemplaren nog niet zijn vervaardigd van belang? Deze tweede vraag en het (ontkennende) antwoord erop werden hierboven bij de algemene behandeling van het Duitse verspreidingsrecht in paragraaf 3.1.3 al besproken.

Het BGH stelt vast dat het openbaarheidsbegrip in het kader van het vervelvoudigingsrecht anders geïnterpreteerd moet worden dan bij de ‘immatricie’ openbaarmakingsrechten (uitvoeren en uitzenden) en volgt daartoe de volgende redenering. Het verspreidingsrecht bestaat uit twee aparte delen, het ‘feitelijke’ verspreiden en het aanbieden.¹⁷⁷ Voor het verspreiden geldt dat naar zijn aard, de exemplaren de eindgebruikers meestal één voor één bereiken. Elk afzonderlijk exemplaar is in beginsel slechts voor één persoon bestemd. Het gelijktijdig bereiken van een publiek, ‘eine Mehrheit von Personen’, kan dus niet vereist zijn. Met het openbaarheids criterium wordt in het verspreidingsrecht alleen beoogd het ‘privé doorgeven’ aan het uitsluitende recht van de auteur te onttrekken. Daarom is ook volgens het BGH algemeen erkend dat het ‘onderhands’ doorgeven aan een derde waarmee een ‘persoonlijke relatie’ bestaat niet onder het verspreidingsrecht valt. Doorgeven aan één derde waarmee zo’n relatie *niet* bestaat valt daarentegen wel onder het verspreidingsrecht. Het BGH vervolgt met de overweging dat als de levering aan één ‘onbekende’ derde voldoende is, ook (noodzakelijkerwijs) het aanbod aan één dergelijk individu als een verspreidingshandeling moet gelden.¹⁷⁸ Hoewel men de dwingende logica van deze stelling kan betwijfelen is het uiteraard van belang dat het louter aanbieden aan één persoon buiten de eigen

175 GRUR 1991, p 316

176. *Ferzijde zij opgemerkt dat deze ‘derde’ vermoedelijk een stroman van de eiser was. Er was dus waarschijnlijk sprake van uitlokking*

177 § 17, lid 1 UrhG ‘Das Verbreitungsrecht ist das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit anzubieten *oder* in Verkehr zu bringen’ (curs. DV) ‘In Verkehr bringen’ wordt hier vertaald met verspreiden, om verwarring te voorkomen met de specifieke betekenis die (voor de eerste maal) in het verkeer brengen in deze studie heeft.

178 ‘Liegt danach ein Inverkehrbringen im Sinne des § 17 Abs. 1 UrhG auch dann vor, wenn dies nicht gegenüber einer Mehrheit von Personen geschieht, so kann für das dem Inverkehrbringen in der Regel – wenn auch als selbständiger Tatbestand – vorgelagerte Anbieten nichts anderes gelten’ (GRUR 1991, p 317)

kring volgens het hoogste Duitse gerechtshof een inbreuk op het verspreidingsrecht is

In de Duitse bepaling die betrekking heeft op het maken van kopieën voor eigen gebruik valt op dat het verspreiden (of voor een uitvoering gebruiken) van dergelijke kopieën niet is toegestaan § 53, lid 5 Urhg ‘Die Vervielfältigungsstücke dürfen weder verbreitet noch zu öffentlichen Wiedergaben benutzt werden’ Dit betekent dat het *afgeven* van voor gebruik vervaardigde kopieën *aan mensen met wie een persoonlijke relatie bestaat*, anders dan onder het regime van de Nederlandse tegenhanger artikel 16b, lid 5 Aw, wel is toegestaan In Duitsland speelt het algemene openbaarheids criterium dus ook een rol bij de afgiftebevoegdheid van voor eigen gebruik vervaardigde exemplaren

4.2.3 Het uitzendrecht

Op het uitzendrecht is de wettelijke definitie van openbaarheid ook van toepassing Bij traditionele, ongecodeerde uitzending via de ether kan het openbaarheids criterium vrijwel nooit een probleem opleveren, omdat daarbij altijd wel een aanzienlijke kring van mensen bereikt zal worden Bij primaire uitzending via de kabel is de toepassing van het openbaarheids criterium ook niet erg problematisch als de aangeslotenen geen persoonlijke band hebben is er sprake van openbaarmaking

Wel is belangrijk dat er in het uitzendrecht alleen sprake is van openbaarheid als er een publiek van *eindgebruikers* wordt bereikt Als er bijvoorbeeld een uitzending plaatsvindt die uitsluitend gericht is op en uitsluitend ontvangen kan worden door zogenaamde ‘kabelkopstations’, die de uitzending vervolgens op hun beurt (pas) doorgeven aan eindgebruikers, is er *geen* sprake van publiek toegankelijk maken ¹⁷⁹

Een probleem ligt bij de secundaire kabeldoorgifte, de gelijktijdige, ongewijzigde heruitzending van een radio- of televisieprogramma In Duitsland is de literatuur en rechtspraak over dit onderwerp zeer omvangrijk ¹⁸⁰ De benadering waarbij secundaire kabeldoorgifte in gebieden waar de primaire uitzending ook te ontvangen is, geen openbaarmaking oplevert, is doorkruist door de Satelliet- en Kabelrichtlijn Dit onderwerp zal besproken worden bij de behandeling van de zogenaamde ‘secundaire openbaarmaking’ ¹⁸¹

Een ander probleem in Duitsland is dat het bij het uitzendrecht van oudsher een vereiste is dat het publiek de uitzending *gelijktijdig* ontvangt ¹⁸² Dit vereiste levert bij de ‘nieuwe diensten’ en ‘nieuwe media’ problemen op zoals in paragraaf 8.2.2 en paragraaf 10 zal blijken Ten slotte dient nog te worden opgemerkt dat bij *ten-*

179 Schrickel/v Ungern Steinberg § 20 Rdnr. 20 pp. 343-344

180 Zie From/Nordemann p. 182 Schrickel/v Ungern Steinberg pp. 346-351 en de daargenoemde literatuur

181 Paragraaf 5

182 Zie Schrickel/v Ungern Steinberg p. 344 (§ 20 Rdnr. 21) en de daargenoemde literatuur

toonstellen in het Duitse auteursrecht geen gelijktijdigheidsvereiste wordt gesteld. Het gaat erom of de tentoonstelling voor 'eine Mehrzahl von Personen' bedoeld is. Ook de tentoonstelling in vitrines of kijkdozen die maar door een persoon tegelijk bekeken kunnen worden is een vorm van *publiek* toegankelijk maken.¹⁸³

4.3 Het openbaarheids criterium in het Amerikaanse auteursrecht

Het openbaarheidsbegrip in het Amerikaanse auteursrecht blijkt uit het definitie-artikel section 101 USC

To perform or display a work 'publicly' means

- (1) to perform or display it at a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered, or,*
- (2) to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times*

Een uitvoering of vertoning is openbaar als zij plaatsvindt op een plaats

- die openbaar toegankelijk is, of,
- waar een substantieel aantal mensen buiten de familie- en kennissenkring bij elkaar is, en tevens als zij wordt verzonden, op welke manier dan ook, naar
- een van de bovengenoemde plaatsen, of naar,
- het publiek, waarbij het niet van belang is of dit publiek de uitvoering of vertoning op dezelfde plaats ontvangt en ook niet of het de uitvoering of vertoning gelijktijdig ontvangt

Volgens het House Report uit 1976 (p. 64) was een van de belangrijkste doeleinden van deze definitie om duidelijk te maken dat uitvoeringen in 'semi-openbare' plaatsen als clubs, pensions, fabrieken, zomerkampen en scholen als 'public performance' zijn aan te merken, indien er een aanzienlijk aantal mensen buiten de familie- en kennissenkring aanwezig is.

Voor (echt) openbare plaatsen geldt dat de daadwerkelijke aanwezigheid van mensen niet relevant is. Het feit dat de plaats voor het publiek toegankelijk is, is dan voldoende. Op besloten plaatsen is het aantal en de 'soort' mensen van belang. In hetzelfde House Report (p. 64) wordt gesteld dat normale vergaderingen van werknemers of ambtenaren er niet onder vallen, omdat ze geen bijeenkomsten van 'een aanzienlijk aantal mensen' zijn.

¹⁸³ Schirck/Gröstenberg § 18 Rdnr. 2 p. 319. Dabei ist es ohne Belang, ob ein Werk in einem großen Saal von allen Besuchern gleichzeitig gesehen werden kann oder – wie in Vitrinen oder Guckkasten – jeweils nur von einzelnen Personen.

Het tweede deel van deze definitie heeft betrekking op zenden en is ruim geformuleerd. Ten eerste wordt benadrukt dat de manier van zenden niet relevant is: kabel-, satelliet- en etheruitzendingen vallen er dus sowieso onder, maar ook de weergave in een of meer andere ruimtes dan waar de eigenlijke, bijvoorbeeld 'live' uitvoering plaatsvindt (door middel van doorgifte via een draad en een versterker) (vergelijk § 19, lid 3 van het Duitse Urhg hiervoor). Ten tweede is niet relevant of het publiek de uitvoering gezamenlijk op een plaats of individueel op verschillende plaatsen ontvangt. Dit is echter niet bijzonder, dat geldt altijd en overal voor het uitzendrecht. Ten derde, en wel heel belangrijk, is gelijktijdige ontvangst niet vereist. Bij de 'nieuwe diensten' blijkt dit van groot belang, zoals hierna in paragraaf 10 zal worden besproken. Deze nadrukkelijke bepaling dat de gelijktijdige ontvangst geen vereiste is, is overigens ook ingegeven door de gedachte aan 'nieuwe media'. In 1967⁽¹⁾ voegde het Congres deze bepaling toe met de volgende motivering¹⁸⁴:

This language makes doubly clear that [] a performance made available by transmission to the public at large is 'public' even though the recipients are not gathered in a single place, and even if there is no direct proof that any of the potential recipients was operating his receiving apparatus at the time of the transmission. The same principles apply whenever the potential recipients of the transmission represent a limited segment of the public, such as the occupants of hotel rooms [], they are also applicable where the transmission is capable of being performed or displayed at the initiative of individual members of the public (DV)

4.4 Openbaarheids criterium: de kring

4.4.1 Definitie van de kring

Uit de bovenstaande beschrijving van de verschillende openbaarheidscriteria blijkt dat de (onder)grens van de openbaarheid steeds gevormd wordt door een kring: in Nederland 'de familie, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring', in Duitsland de kring van 'met elkaar of met de organisator persoonlijk verbonden' en in de VS het 'substantiele aantal mensen buiten de normale familie- en vriendenkring'. Hoewel deze verschillende kringen wel iets van elkaar verschillen, de Nederlandse lijkt het engst, de Duitse iets ruimer en de Amerikaanse nog iets ruimer, vertonen ze een grote overeenkomst: het gaat om de familie- en vriendenkring plus een 'testgroep' van (goede) bekenden (in de VS met een tolerantie-marge).

De keuze voor deze benedengrens is zowel praktisch als principieel te verklaren: controle op hetgeen zich binnen de genoemde kringen afspeelt is onmogelijk en onwenselijk. De onmogelijkheid lijkt duidelijk: de rechthebbende kan niet, ook niet als hij collectief georganiseerd is in een collecting society, controleren wat er zich in alle individuele huishoudens afspeelt. De onwenselijkheid is ongeveer even duidelijk (een poging tot) controle op wat er in individuele huishoudens gebeurt

184 H.R. Rep. No. 83, 90th Cong., 1st Sess. at 29 (1967)

zou zeker schending opleveren van het recht op privacy zoals onder andere vastgelegd in het Europees verdrag voor de rechten van de mens (EVRM, artikel 8) 'Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie' Het is zeker geen toeval dat deze omschrijving van de door het recht op privacy beschermde kring vrijwel gelijk is aan die van de kring die de (beneden)giens vormt van het openbaarmakingscriterium in het auteursrecht Daarmee kan ook worden vastgesteld dat deze giens een principiële giens is Weliswaar kan het recht op privacy op grond van het tweede lid van artikel 8, EVRM worden beperkt ter bescherming van de rechten van anderen, maar alleen voor zover dit noodzakelijk is in een democratische samenleving In hoofdstuk 1, paragraaf 2.4.2 is de principiële begrenzing van het exploitatierecht door het recht op privacy al nadrukkelijk aangegeven

4.4.2 Functie van de kring

In het licht van de hierna te bespreken nieuwe vormen van publiek toegankelijk maken is het van belang vast te stellen dat het kring-criterium bij de verschillende traditionele vormen van openbaar maken niettemin deels een verschillende functie vervult

Uitvoeren

Het kring-criterium is in de meeste landen ontwikkeld en uitgewerkt voor het uitvoeringsrecht Voor het publiekelijk *uitvoeren* van een werk geldt dat het moet plaatsvinden *hetzij* op een voor het publiek toegankelijke plaats, *hetzij* ten overstaan van mensen van buiten 'de kring' die *op dezelfde plaats* hetzelfde werk waarnemen Wat een 'voor het publiek toegankelijke plaats' is, hangt af van de omstandigheden op het moment van uitvoeren Van Isacker merkt hier over op¹⁸⁵

De normale bestemming van een bepaald lokaal kan weliswaar een aanduiding zijn, maar speelt in deze aangelegenheid toch geen beslissende rol Zien wij niet voortdurend dat private woningen of domeinen door hun eigenaars ter beschikking gesteld worden aan de organisatoren van kermissen en fancyfairs, of dat omgekeerd een overtalig gezin voor het vieren van een bruiloft haar toevlucht moet zoeken tot feestzalen die in de regel voor het publiek open staan

Een plaats kan 'voor het publiek toegankelijk' worden genoemd op het moment dat er mensen die niet tot de 'kring' behoren worden toegelaten Als daarvan sprake is doet het daadwerkelijke *aantal* aanwezigen niet terzake en is er altijd sprake van openbaar maken Als daarvan geen sprake is, is het aantal aanwezigen op zich ook niet van belang, maar gaat het om de vraag of er mensen van buiten 'de kring' aanwezig zijn Van Isacker maakt dit op onnavolgbare wijze duidelijk met twee voorbeelden

¹⁸⁵ Van Isacker, p. 236

Ook het aantal aanwezigen kan slechts een indicatie zijn, maar geen beslissende factor. Het is geen zeldzaamheid in ons gezegend land uitgenodigd te worden op een werkelijk privaat communiefeest waar vijftig, zestig gasten aanwezig zijn, die daarna door een strikje worden uitgenodigd ten dans. Datzelfde strikje zal wellicht, tijdens een van die, helaas zo weinig zeldzame, gure augustus nachten aan onze Vlaamse kust, tot vervelens toe zijn repertoire hebben afgedreund voor het publieke gehoor van een tweetal vrijende paartjes die van geen kou wisten.

In de Duitse doctrine werd altijd gesteld dat de waarneming door het publiek van de uitvoering *gelijktijdig* moest plaatsvinden, oftewel dat het publiek *gelijktijdig* hetzelfde werk moest waarnemen. In Nederland en de Verenigde Staten is dit vereiste nooit gesteld. De *gelijktijdigheid* is bij het traditionele uitvoeren evenwel een onvermijdelijke consequentie van het feit dat een publiek op dezelfde plaats een uitvoering krijgt voorgeschoteld. Het nut van een extra, zelfstandig *gelijktijdigheidsvereiste*, is daarom bij het uitvoeringsrecht moeilijk in te zien.

Tentoonstellen

Voor publiekelijk *tentoonstellen* geldt grotendeels hetzelfde als voor uitvoeren. Tentoonstellen op een publiek toegankelijke plaats is (naar zijn aard) altijd publiek, ongeacht het aantal mensen dat het werk waarneemt. Tentoonstellen op een niet publiek toegankelijke plaats is ook een vorm van openbaar maken wanneer dat gebeurt voor toeschouwers van buiten 'de kring'. Het *gelijktijdigheidsvereiste* wordt bij tentoonstellen (ook in Duitsland) niet gesteld. Zoals eerder werd opgemerkt, is ook de tentoonstelling in vitines of kijkdozen die maar door een persoon tegelijk bekeken kunnen worden een vorm van *publiek* toegankelijk maken.

Uitzenden

Bij uitzenden moet het voor publiek van buiten 'de kring' *mogelijk* worden gemaakt het werk waar te nemen. Of er daadwerkelijk wordt gekeken of geluisterd is niet van belang, als er (toevallig) niemand kijkt of luistert is er toch sprake van uitzenden en publiek toegankelijk maken. Het aantal aangeslotenen op het kabelnetwerk of het aantal bezitters van een ontvangstapparaat moet uiteraard wel de 'kring' ontsluiten.

Het kring-criterium geldt als benedengrens in ieder geval voor primaire uitzendingen, dus originele programma's. De primaire uitzending van een eigen hotel- of ziekenhuisomroep geldt bijvoorbeeld als een vorm van publiek toegankelijk maken, waar de gasten en patienten niet tot 'de kring' gerekend worden.

Bij secundaire uitzending, met name via de kabel, is de situatie minder duidelijk. In Nederland is 'de kring' volgens de Hoge Raad op de secundaire kabeldoorgifte van toepassing. In Duitsland wordt onderscheid gemaakt tussen ontvangst- en uitzendingen waarbij de grens echter niet duidelijk is.¹⁸⁶ In de Verenigde Staten valt kleinschalige secundaire kabeldoorgifte in veel gevallen onder een (gra

¹⁸⁶ Schrickx/v. Ungern-Sternberg § 20 Rdnr. 30 pp. 347-348.

tis) dwanglicentie De problemen van secundaire uitzending worden nader besproken in paragraaf 5

In Duitsland gold bij uitzenden traditioneel het gelijktijdigheidsvereiste het publiek, groter dan 'de kring', moest *gelijktijdig* de mogelijkheid worden geboden het werk waar te nemen¹⁸⁷ Bij normale radio- en televisie-uitzendingen was dat geen probleem, het was zelfs een kenmerk van dergelijke uitzendingen Bij de nieuwe diensten die hierna worden besproken levert dit echter wel problemen op, zoals zal blijken¹⁸⁸ In Nederland heeft nooit een gelijktijdigheidsvereiste gegolden, in de Verenigde Staten staat zelfs expliciet in de wet dat ook bij ongelijktijdige ontvangst sprake is van publiek toegankelijk maken Omdat ongelijktijdig uitzenden niet behoort tot de traditionele vormen van publiek toegankelijk maken worden deze alternatieven besproken in paragraaf 10 bij de nieuwe diensten

Verspreiden

Bij toegankelijk maken door middel van verspreiden speelt 'de kring' een enigszins andere rol dan bij de andere traditionele vormen van publiek toegankelijk maken Exemplaren bereiken de verschillende eindgebruikers die samen het publiek vormen, niet tegelijk, noch worden ze gelijktijdig waargenomen Om die reden wordt zowel in Nederland en Duitsland als in de Verenigde Staten aangenomen dat de individuele levering aan een persoon buiten 'de kring' een verspreidingshandeling en daarmee een vorm van publiek toegankelijk maken oplevert In Nederland en Duitsland geldt, anders dan in de Verenigde Staten, het ter verspreiding *aanbieden* ook als een vorm van publiek toegankelijk maken In Duitsland heeft het Bundesgerichtshof in zijn 'Einzelangebot'-arrest¹⁸⁹ geoordeeld dat ook het aanbod aan *een enkele persoon* buiten 'de kring'¹⁹⁰ onder het verspreidingsrecht valt Het is aannemelijk dat dit ook in Nederland het geval is¹⁹¹

5 Secundaire openbaarmaking

De term 'secundaire openbaarmaking' wordt meestal gebruikt voor het gelijktijdig in het openbaar ten gehore brengen of vertonen van radio- of televisie-uitzendingen (bijvoorbeeld in een café) en voor de gelijktijdige ongewijzigde kabeldoorgifte¹⁹² van uitgezonden radio- of televisieprogramma's Het secundaire karakter van deze openbaarmaking is gelegen in het feit dat er een (vrijwel) gelijktijdige, primaire openbaarmaking (technisch) 'aan vooraf gaat' de uitzending van het radio- of televisieprogramma Natuurkundig gezien is er geen sprake van gelijktijdigheid, het beeld of geluid beweegt zich immers eerst door de kabel of ether

187 Schricker/v. Ungern Steinberg § 20 Rdnr. 21 p. 344

188 Zie paragraaf 8.2.2

189 GRUR 1991 p. 316

190 In casu van een nog niet vervaardigd exemplaar

191 Naar mijn mening valt ook in Nederland het aan een enkele persoon buiten 'de kring' aanbieden van een nog niet vervaardigd exemplaar onder het verspreidingsrecht

192 Voor de gelijktijdige ongewijzigde ether- of satellietuitzending geldt precies hetzelfde maar het probleem dat hier zal worden besproken doet zich meestal bij kabeldoorgifte voor

naar het radio- of televisietoestel en dan van daar naar het oor of oog van de luisteraar of kijker. Juridisch wordt dit echter als 'gelijktijdig' gekwalificeerd om het te onderscheiden van het doorgeven na (tijdelijke) tussentijdse vastlegging, bijvoorbeeld op een cassetteband.¹⁹³

Het probleem bij secundaire openbaarmakingsvormen is dat men zich kan afvragen of er niet sprake is van een onnodig 'dubbel recht' en/of van een onwenselijke 'dubbele belasting' van de gebruiker. Op het moment dat de rechthebbende, op grond van zijn primaire openbaarmakingsrecht, toestemming geeft voor een bepaalde handeling, kan en moet hij een bepaalde mate van te verwachten 'eindgebruik' daarbij inrekenen. De vraag is dan of de secundaire openbaarmaking niet leidt tot eindgebruik dat door de rechthebbende reeds was ingecalculceerd, althans kon worden ingecalculceerd.

5.1 Uitzendingen

Bij de secundaire doorgifte van een uitzending in een gebied waar de *primaire uitzending niet te ontvangen is* doet zich geen probleem voor: daar van kan in ieder geval niet gezegd worden dat de rechthebbende op het moment dat hij toestemming gaf voor die primaire uitzending, de ontvangst ervan die het gevolg is van de extra doorgifte, buiten het bereik van die eerste uitzending, kan hebben ingecalculceerd. Daarbij is een recht ten aanzien van de secundaire doorgifte dus zeker niet 'dubbel'. Hetzelfde geldt voor *gecodeerde* uitzendingen, waarbij aan betalende kijkers decodeerapparaten beschikbaar worden gesteld: alleen die betalende kijkers zijn door de rechthebbende ingecalculceerd, verdere, *ongecodeerde* doorgifte zal leiden tot onvoorzien(baar) gebruik. Een recht te dien aanzien is dus ook niet 'dubbel'.

Wanneer er echter sprake is van kabeldoorgifte *binnen het bereik van de primaire uitzending* van een *ongecodeerde* uitzending kan men zich afvragen of de ontvangst die het gevolg is van de secundaire doorgifte niet al was, of had kunnen zijn ingecalculceerd door de rechthebbende bij de toestemming voor de primaire uitzending, omdat er immers *geen nieuw publiek* wordt bereikt. Dan zou een extra recht ten aanzien van die gelijktijdige doorgifte onnodig en 'dubbel' zijn. Deze redenering volgde het Duitse hoogste gerechtshof in de jaren tachtig¹⁹⁴ toen het oordeelde dat bij secundaire doorgifte binnen het ontvangstgebied van de primaire uitzending geen sprake was van publiek toegankelijk maken.

193 Ook de live-uitzending van een concert of andere uitvoering zou gezien kunnen worden als een vorm van secundaire openbaarmaking: daarbij zou het concert zelf de primaire openbaarmaking zijn. Wanneer op de live-uitzending van een concert nog een ongewijzigde kabeldoorgifte volgt gevolgd door een openbaarmaking in een café zou men zelfs van een tertiëre respectievelijk quartaire openbaarmaking kunnen spreken. Zie Spoor/Verkade p. 171.

194 BGH 7 november 1980 GRUR 1981 p. 412 en BGH 4 juni 1987 NJW 1988 p. 1022. Zie ook Mom diss. pp. 128-136.

In de Nederlandse rechtspraak¹⁹⁵ en in de Satelliet- en Kabelrichtlijn wordt deze redenering niet gevolgd en wordt de gelijktijdige ongewijzigde secundaire uitzending ook binnen het ontvangstgebied van de primaire uitzending als auteursrechtelijk relevante openbaarmaking gekwalificeerd.

Over de problematiek van de secundaire kabeldoorgifte is in auteursrechtelijke kringen jarenlang een diepgaande discussie gevoerd. Zie hierover bijvoorbeeld de proefschriften van Mom¹⁹⁶ en Gounalakis¹⁹⁷ over kabeltelevisie en auteursrecht. In het kader van deze studie zullen slechts in grote lijnen de argumenten worden besproken voor zover ze van belang kunnen zijn voor de nieuwe vormen van publiek toegankelijk maken in de digitale omgeving. Dit betekent onder andere dat wets- en Berner Conventie historische argumenten grotendeels buiten beschouwing zullen blijven.¹⁹⁸ Het argument dat artikel 11bis, lid 1, sub 2° van de Berner Conventie het stellen van de eis van het ‘nieuwe publiek’ niet toestaat zal – hoe belangrijk dit voor de interpretatie van het positieve recht ook is¹⁹⁹ – niet worden besproken. Het gaat hier vooral om de vraag waarom het al dan niet *gerechtvaardigd of wenselijk* is de secundaire doorgifte in het ontvangstgebied als een afzonderlijke openbaarmaking aan te merken. Het belangrijkste argument *pro* lijkt het ‘aparte diensten’-argument en het belangrijkste argument *contra* het ‘dubbele betaling’-argument. Daarnaast speelt een aantal minder belangrijke praktische argumenten.

De situatie in de Verenigde Staten waar een zeer uitgebreid systeem van vrijstellingen en beperkingen bestaat met betrekking tot kabeldoorgifte blijft hier buiten beschouwing.²⁰⁰

5.2 Aparte diensten-argument

Mom omschrijft en onderschrijft het ‘aparte diensten’-argument in zijn proefschrift en beoogt daarmee het ‘dubbele betaling’-argument te weerleggen.²⁰¹

Het gevoel van het kabelpubliek [] tweemaal voor hetzelfde te moeten betalen berust op de misvatting als zou een uitzending en kabeldoorgifte te zamen een en dezelfde dienst opleveren. Ware dit juist, dan zou eenmalige betaling voor die ene dienstverlening inderdaad reëel zijn. De zaak ligt echter anders. De zich daarvan niet bewuste kabelkijker is in feite ontvanger van twee verschillende diensten [de eerste dienst is de uitzending en de tweede dienst de kabeldoorgifte]. Omdat deze tweede dienst (de kabeldoorgifte) on-

195 IIR 30 oktober 1981 NI 1982 435 m nt vNII en IIR 25 mei 1984 NI 1984 697 m nt vNII

196 G. J. H. M. Mom, Kabeltelevisie en auteursrecht, Eclyst id. 1990

197 G. Gounalakis, Kabelfernsehen im Spannungsfeld von Urheberrecht und Verbraucherschutz, Baden Baden 1989

198 Zie voor de Nederlandse wettelijke historische argumenten Mom, diss., hoofdstukken 1 en 2 en voor de Berner Conventie geschiedenis Ricketson, pp. 447-453

199 De Hoge Raad steunde zowel in 1981 als in 1984 voor een belangrijk deel op deze interpretatie. Zie Mom, diss., pp. 47-49 en 74

200 Zie s. 111 USC

201 Mom, diss., p. 83

denkbaar en betekenisloos is zonder de eerstgenoemde – vindt er geen uitzending plaats, dan valt er ook niets per kabel door te geven – is het billijk en redelijk dat de kabelabonnee, die gelijktijdig van beide afzonderlijke diensten profiteert, in beginsel twee afzonderlijke betalingen verricht, via de omroepbijdrage voor de eerste dienst enerzijds en via zijn kabelabonnement voor de kabeldoorgifte anderzijds

Deze redenering overtuigt niet. Bedacht moet worden dat het steeds gaat om betaling aan de auteursrechthebbende. Dat voor een aparte dienstverlening door de kabelexploitant, bijvoorbeeld in de vorm van aanleg en onderhoud van de kabel en het aanbieden van een breed pakket, aan die kabelexploitant betaald moet worden heeft hier niets mee te maken. De redenering van Mom lijkt vergelijkbaar met de stelling dat de verkoop van boeken door de boekhandel ‘ondenkbaar en betekenisloos’ is als er niet voorafgaande aanlevering door de uitgever of de groothandel plaatsvindt. Vindt er geen aanlevering plaats dan valt er ook niets te verkopen. Betekent dit dat het ‘billijk en redelijk’ is dat de koper, die gelijktijdig van beide afzonderlijke diensten profiteert, in beginsel twee afzonderlijke betalingen aan de auteursrechthebbende verricht?

Nog dichterbij Moms redenering zou de niet aanvaardbare stelling liggen dat de (loutere) verhuur van schotelantennes als een aparte openbaarmakingsvorm moet worden gezien omdat de tweede dienst (de verhuur van antennes) ondenkbaar en betekenisloos is zonder de uitzending – vindt er geen uitzending plaats, dan valt er ook niets te ontvangen met die antenne – is het billijk en redelijk dat degene die de antenne huurt en gelijktijdig van beide afzonderlijke diensten profiteert, in beginsel twee afzonderlijke betalingen verricht aan de auteursrechthebbende.

Mom staat met het ‘aparte diensten’-argument overigens bepaald niet alleen. In de Nederlandse rechtspraak komt dit argument ook duidelijk naar voren. Advocaat Generaal Franx meende in zijn conclusie bij het eerste Amstelveense arrest het ‘dubbele betaling’ argument te weerleggen door te schrijven ²⁰²

Voor zijn betaling aan de c a t waarvan de auteursvergoeding een kostenbestanddeel vormt, ontvangt de abonnee alle voordelen die een centrale antenne-inrichting biedt boven een individuele antenne: een kwalitatief betere ontvangst, een groter programma assortiment en het uitsparen van de kosten van een eigen antenne.

Op het ‘ontvangstverbetering’-argument zal hieronder nog worden teruggeko- men, maar van de andere twee ‘voordelen’, het grotere assortiment en het uitsparen van de kosten van een eigen antenne, kan worden vastgesteld dat onduidelijk is wat hier de (auteursrechtelijke) relevantie van is. Wat betreft het assortiment: een boekhandel biedt ook een ruimer assortiment dan een individuele uitgever, toch hoeft voor deze ‘aparte dienst’ niet apart aan de auteur te worden

²⁰² Het Hof liet zich na de terugverwijzing in vrijwel dezelfde bewoordingen uit en de HR lijkt zich ermee te hebben verenigd.

betaald. Belangrijker is echter dat een groter programma-assortiment impliceert dat er ook programma's worden aangeboden die niet rechtstreeks met een antenne zijn te ontvangen. Dat doorgifte van *die* programma's auteursrechtelijk relevant is, en dat daarvoor betaald moet worden, wordt door niemand betwist. Wat betreft het kostenbesparingsargument geldt dat het, voor zover überhaupt relevant, omkeerbaar is: de aanschaf van een schotelantenne brengt bijvoorbeeld het voordeel van het uitsparen van de kosten van een kabelabonnement. Het door de Hoge Raad als argument voor de auteursrechtelijke relevantie genoemde voordeel dat 'zogenaamde antenne wouden kunnen worden opgeruimd'²⁰³ is nog moeilijker te plaatsen.

Niet valt in te zien wat er 'billijk en redelijk' aan is als de secundaire ongewijzigde doorgifte via de kabel binnen het ontvangstgebied van de primaire uitzending apart onder het verbodsrecht van de auteur valt. Bij het geven van de toestemming voor de primaire uitzending kan de auteur alle (potentiële) ether- én kabelkijkers en -luisteraars al incalculeren en daar zijn tarief op afstemmen, waarbij niet duidelijk is waarom de *auteur* een tariefsdifferentiatie zou dienen toe te (kunnen) passen al naar gelang het signaal de ontvanger per ether of per kabel bereikt.

5.3 Dubbele betaling-argument

De stelling dat wanneer de gelijktijdige kabeldoorgifte in het ontvangstgebied als aparte openbaarmakingsvorm wordt aangemerkt er sprake is van dubbele betaling wordt onder andere verdedigd door Gounalakis:²⁰⁴

Obwohl die integrale Weiterleitung per Kabel den Kabelteilnehmern keine andere Nutzung gegenüber der Erstsending vermittelt, weil das Programm zeitgleich nur einmal empfangen werden kann, müssen die Kabelteilnehmer für ein und denselben Werkgenuß doppelt bezahlen, nämlich über die Rundfunkgebühr und über die Kabelteilnahmegebühr.

Aan Gounalakis moet worden toegegeven dat door de eindgebruiker *tweemaal* betaald moet worden voor de uiteindelijke ontvangst van één en hetzelfde programma, terwijl er, zoals in paragraaf 5.2 bleek, geen sprake is van een auteursrechtelijk relevante tweede dienst. Het feit dat er twee betalingen plaatsvinden lijkt onlogisch en inefficiënt, maar dat wil nog niet zeggen dat er dubbel, in de zin van *twee maal zoveel of te veel*, wordt betaald. Dat hangt immers af van de hoogte van de te betalen bedragen. De eindgebruiker betaalt in de praktijk overigens alleen verplicht tweemaal als en voorzover er sprake is van een publiekrechtelijk geregeld kijk- en luistergeld. De eindgebruiker is dan gedwongen om op grond van het loutere bezit van een ontvangstapparaat een vergoeding te betalen die deels wordt aangewend om de toestemming van auteursrechthebbenden voor de primaire uitzending te verkrijgen. Vervolgens betaalt hij een vergoeding aan de

203. HR 30 oktober 1981, NJ 1982, 435, i.o. 5.

204. Gounalakis, a.w., pp 219.

kabelexploitant die deels wordt aangewend om de toestemming van auteursrechthebbers voor de secundaire kabeldoorgifte te verkrijgen

Als het echter gaat om uitzendingen door een commerciële omroep betaalt de eindgebruiker in beginsel²⁰⁵ niet voor de primaire uitzending. Bij commerciële zenders is er soms zelfs sprake van dat de omroep de auteursrechtelijke vergoeding voor kabeldoorgifte voor eigen rekening neemt en zo de kabelexploitant en de eindgebruiker 'vrij houdt'. De eindgebruiker betaalt dan niets, maar de exploitant betaalt wel tweemaal.

Als de secundaire ongewijzigde doorgifte via de kabel binnen het ontvangstgebied van de primaire uitzending apart onder het verbodsrecht van de auteur valt *hoeft dit dus niet te leiden tot 'dubbele' (of 'onbillijke en onredelijke') betaling*. Bij het geven van de toestemming voor de primaire uitzending kan de rechthebbende alle 'primaire' of ether-kijkers en -luisteraars incalculeren en bij de toestemming voor de secundaire kabeldoorgifte de kabel kijkers en -luisteraars, en daar vervolgens zijn tarieven op afstemmen. Dit neemt niet weg dat het recht in een dergelijke situatie wel 'dubbel' is in de zin dat er tweemaal toestemming nodig is voordat de informatie de eindgebruiker bereikt. Dit lijkt op zichzelf onlogisch en niet erg efficiënt.

5.4 Keuze

Uiteindelijk lijkt secundaire doorgifte, in ieder geval na een overgangsperiode,²⁰⁶ niet tot dubbele betaling te hoeven leiden. Immers, als er voor gekozen is om secundaire kabeldoorgifte als een nieuwe openbaarmaking aan te merken, zal voortaan door de rechthebbende bij het geven van toestemming voor de primaire uitzending de ontvangst tengevolge van secundaire kabeldoorgifte niet meer (hoeven te) worden ingecalculeerd. Daarmee zijn de twee handelingen gescheiden en hoeft er geen sprake te zijn van dubbele betaling: de omroeporganisatie die verantwoordelijk is voor de primaire uitzending zal (fors) minder betalen per uitzending dan zij zou moeten, als de kabeldoorgifte niet onder het exploitatierecht van de auteur zou vallen. Immers, het eindgebruik door de mensen die via de kabel kijken kan en zal worden ingecalculeerd en afgerekend bij de toestemming die wordt gegeven voor de kabeldoorgifte.

Als (of voorzover) er in de praktijk sprake van is dat bij de toestemming voor de primaire uitzending *geen 'aftrek'* wordt toegepast, in verband met het feit dat veel kijkers door secundaire doorgifte worden bereikt, is dat het gevolg van de onderhandelings- (machts)positie van (organisaties van) auteurs.

In een van de cassatiemiddelen bij het tweede kabel arrest kwam het punt van de 'incalculerbaarheid' aan de orde (middel 7.4).

205 Via de doorberekening van de reclamekosten in de prijzen van de producten, waarvoor geadverteerd wordt, betaalt hij indirect weer wel.

206 Aanvankelijk zal er bij de introductie van een secundair kabeldoorgifteredt vaak wel te veel betaald worden omdat de tarieven niet direct aan de nieuwe situatie zullen worden aangepast.

Bij de toestemming tot uitzending moet de gerechtigde tot het auteursrecht geacht worden rekening gehouden te hebben met en verdisconteerd te hebben het servicegebied, dat de uitzendende organisatie verplicht was te bedienen, respectievelijk beoogde te bedienen, met inbegrip van de kijkers in dit gebied.

De reactie hierop van de Hoge Raad luidde als volgt (r.o. 3.8):

Geen rechtsregel brengt mee dat de auteursrechthebbende bij de toestemming tot uitzending geacht moet worden 'rekening gehouden te hebben met en verdisconteerd te hebben het service-gebied'.

Er is inderdaad geen *rechtsregel* die dit voorschrijft, maar het is wel een *ervaringsregel* die als deugdelijke grondslag kan dienen voor de keuze om secundaire kabeldoorgifte niet auteursrechtelijk relevant te achten: als de secundaire kabeldoorgifte niet als een aparte openbaarmakingsvorm wordt aangemerkt zal die doorgifte bij toestemming voor de primaire uitzending worden ingecalculeerd.

In dit verband is een vergelijking met het 'injectierecht' bij satellieten zinnig: nu de *rechtspolitieke keuze* is gemaakt in Europa alleen de 'up-link' als een vorm van publiek toegankelijk maken aan te merken, moet en zal het feit dat dit leidt tot 'down-linken' naar tal van ontvangers in tal van landen worden *ingecalculeerd*. Dat is *geen rechtsregel*, maar een logische consequentie van de keuze die in de richtlijn wordt gemaakt. In de zeventiende overweging bij deze richtlijn wordt ten overvloede, zoals eerder geciteerd, opgemerkt:

... dat de betrokkenen bij het bepalen van de vergoeding die voor het verwerven van de rechten moet worden betaald, rekening dienen te houden met alle voor de uitzending kenmerkende aspecten, zoals het daadwerkelijke aantal luisteraars of kijkers, het potentiële aantal luisteraars of kijkers en de taalversie;

5.5 Praktische argumenten

Een aantal argumenten van praktische aard vóór het auteursrechtelijk relevant achten van secundaire kabeldoorgifte dient hier nog te worden genoemd omdat deze bij de gemaakte rechtspolitieke keuze vermoedelijk een rol hebben gespeeld. Het eerste hierboven reeds genoemde argument is dat kabeldoorgifte leidt tot *beter ontvangst*, en daarom als een aparte dienst en als een aparte openbaarmakingsvorm moet worden aangemerkt. Voor zover er bij een deel van het publiek sprake is van betere ontvangst lijkt dit voor het betreffende deel van het publiek een redelijk argument: betere ontvangst kan leiden tot een grotere gebruiksiintensiteit en het is goed verdedigbaar dat een handeling die leidt tot een grotere gebruiksiintensiteit onder het exploitatierecht van de auteur wordt gebracht. Wanneer er echter bij een ander (groot) deel van het publiek *geen* sprake is van ontvangstverbetering heeft dit argument voor *dat publiek* geen waarde. Wel kan dan nog gezegd worden dat het praktisch(er) is om alle kabeldoorgifte over een kam te scheren.

Een ander door de Hoge Raad (tegen het stellen van het vereiste van het ‘nieuwe publiek’) genoemd argument is het volgende ²⁰⁷

[Het zou bezwaarlijk zijn als] telkens moet worden nagegaan of die uitzending door het desbetreffende publiek – kort gezegd – rechtstreeks kan worden ontvangen. Niet alleen zal de beantwoording van die vraag in een concreet geval op moeilijkheden kunnen stuiten en aanleiding kunnen geven tot controverses, maar het hanteren van dit criterium zal ook tot telkens andere uitkomsten leiden daar door verandering in de sterkte van de zenders en in het algemeen door het voortschrijden van de techniek op het door artikel 11bis, lid 1, sub 2° [BC] bestreken gebied, de grenzen van de zogenaamde directe ontvangstzone aan voortdurende wijziging onderhevig zijn

Over het belang van dit praktische argument kan verschillend worden gedacht. In veel concrete gevallen zal er weinig of geen twijfel over bestaan of een programma wel of niet rechtstreeks te ontvangen is. Voor de landelijke publieke omroepen en voor de commerciële satelliet-omroepen geldt bijvoorbeeld dat ze zonder twijfel in heel Nederland rechtstreeks te ontvangen zijn met een antenne of een schotel, waardoor er bij kabeldoorgifte binnen Nederland weinig praktische problemen te verwachten zijn. Bij de redelijk veel bekeken buitenlandse zenders uit België, Duitsland of het Verenigd Koninkrijk kan dit anders liggen.

5.6 Resultaat

De rechtspolitieke keuze die in dit verband onder andere in de Satelliet- en Kabelrichtlijn is gemaakt, is dat de secundaire kabeldoorgifte met betrekking tot (traditionele) radio- en televisie-uitzendingen als een aparte openbaarmaking wordt aangemerkt, behoudens de kleine kabelnetten. Hierbij heeft, naast de genoemde praktische argumenten en argumenten ontleend aan de Berner Conventie, zonder twijfel de lobby van rechthebbenden een rol gespeeld. De keuze voor het relevant achten van de secundaire kabeldoorgifte leidt tot meer betaalmomenten en meer debiteuren waardoor in de praktijk vermoedelijk in totaal meer geld kan worden gecasseerd. Het leidt daarmee echter ook tot meer transactiekosten en heeft geleid tot de noodzaak van de invoering van een systeem waarbij deze secundaire rechten in Europa alleen nog door collectieve belangenbehartigingsorganisaties mogen worden uitgeoefend ²⁰⁸. Op de voordelen en bezwaren hiervan wordt hier verder niet ingegaan voor/over het gaat om traditionele radio- en televisieprogramma's omdat deze niet direct van belang zijn in de context van de digitale omgeving. Het doel van deze paragraaf is vast te stellen dat de beslissing om secundaire doorgifte onder het openbaarmakingsrecht te brengen een rechtspolitieke is geweest, die ook anders had kunnen uitvallen, en dat ten aanzien van de later te bespreken nieuwe openbaarmakingsvormen een nieuwe rechtspolitieke keuze gemaakt dient te worden.

²⁰⁷ IIR 30 oktober 1981, NJ 1982, 435, 10-5.

²⁰⁸ Artikel 9, lid 1 van de Satelliet- en Kabelrichtlijn.

Het openbaar ten gehore brengen²⁰⁹ van een uitzending binnen het ontvangstgebied, bijvoorbeeld in een cafe, zou men net zo kunnen benaderen als de besproken kabeldoorgifte. Wanneer een rechthebbende toestemming geeft voor het uitzenden van zijn werk in een bepaald gebied kan en moet hij incalculeren dat iedereen in dat gebied zijn werk zal kunnen beluisteren.

Men kan zich vervolgens afvragen of het voor die rechthebbende wat uitmaakt of al die potentiële luisteraars nu allemaal apart thuis luisteren of gezamenlijk in het cafe.²¹⁰ Zeker nu de totale 'luisterdichtheid' vrij nauwkeurig bekend is²¹¹ en vrijwel iedere Nederlander over een of meer radio's beschikt, weet de rechthebbende waar hij aan toe is als hij toestemming geeft voor uitzending.

Het lijkt dus niet nodig om de auteur een secundair openbaarmakingsrecht te geven ten aanzien van de 'radio in het cafe'.²¹² Het feit dat dit (in Nederland in 1938²¹³) toch gebeurd is, leidt ertoe dat de rechthebbende bij het geven van toestemming voor uitzending de luisteraars in het cafe niet hoeft in te calculeren. Dit betekent overigens wel dat de luisteraar in het cafe vaak, via de verdiscontering van de auteursrechtvergoeding in de prijs van zijn consumpties, extra betaalt voor iets waar hij thuis ook naar had kunnen luisteren en in verband daarmee al betaald heeft in de vorm van de kabelheffing of het luistergeld, of allebei.

Er is wel een praktische reden te bedenken om de 'radio in het cafe' auteursrechtelijk toch relevant te achten, en dat is de overeenkomst met de 'CD in het cafe'. Anders geformuleerd: het zou moeilijk controleerbaar en moeilijk uit te leggen zijn aan de gemiddelde horeca-exploitant als het laten horen van muziek van een CD of een cassettebandje wel, en van de radio niet auteursrechtelijk relevant zou worden geacht. En voorzover dit wel uit te leggen zou zijn, kan men zich afvragen of het *efficient* is om verschillende vormen van hetzelfde soort gebruik (bijvoorbeeld als achtergrondmuziek) verschillend te behandelen.

Dit alles neemt echter niet weg dat er ook voor gekozen zou kunnen worden het secundaire ten gehore brengen *niet* auteursrechtelijk relevant te achten. Dit zou dan (moeten) leiden tot een navenante verhoging van de vergoeding voor de toestemming van de (primaire) uitzending. Ook hier geldt dat met betrekking tot nieuwe diensten en nieuwe vormen van publiek toegankelijk maken – in dit verband kan bijvoorbeeld gedacht worden aan zogenaamde *Internet cafe's* – de keuze opnieuw dient te worden gemaakt.

209 Voor het vertonen van televisie uitzendingen geldt mutatis mutandis hetzelfde.

210 Vergelijk een van de argumenten voor het afschaffen van de gezelligheidsbelasting: het beperken van het secundaire openbaarmakingsrecht van omroeporganisaties. Zie WV 24240 en Visser. Voetbal in het Cafe accijns. De Hollandse gezelligheidsbelasting die het buitenland niet wilde. NJB 1994 pp 869-873.

211 De reclame inkomsten van de omroepen waaruit de auteursrechtvergoedingen voor de (primaire) uitzending worden betaald zijn van de feitelijke luisterdichtheid afhangend.

212 Hetzelfde geldt voor radio achtergrondmuziek in winkels, werkplaatsen en dergelijke.

213 HR 6 mei 1938 NJ 1938 635 m nt FMM.

Geconcludeerd kan worden dat het 'opsplitsen' en als aparte openbaarmakingsvorm kwalificeren van verschillende handelingen die voorafgaan aan de uiteindelijke ontvangst door de eindgebruiker, als het gaat om opsplitsbare en controleerbare handelingen, *ceteris paribus* geen grote voordelen heeft, noch op grote bezwaren stuit. Als het gaat om handelingen die op zichzelf niet leiden tot nieuw (niet ingecalculeerd of incalculeerbaar) eindgebruik, moet men zich steeds afvragen wat het nut is die te kwalificeren als een nieuwe openbaarmaking.

Voor de secundaire kabeldoorgifte van een ongecodeerde radio- of televisie-uitzending in het ontvangstgebied van de primaire uitzending en de secundaire openbaarmaking 'in het café' geldt dat het een aantal praktische voordelen heeft om deze handelingen auteursrechtelijk relevant te achten, onder andere omdat ze afgrenzingsproblemen voorkomen. Deze argumenten zijn echter niet erg sterk en zeker niet van principiële betekenis. Als bij andere, nieuwere media blijkt dat deze praktische argumenten niet spelen, moet een nieuwe afweging worden gemaakt.

6 Een publiek van eindgebruikers

Handelingen die (uberhaupt) niet leiden tot het waarnemen van werken door het publiek dienen in beginsel niet als vormen van publiek toegankelijk maken te worden aangemerkt. Dit lijkt op het eerste gezicht niet meer dan logisch, maar er zijn gevallen waarvoor het nodig is dit te benadrukken. In de Bigott/Doucal-zaak²¹⁴ was de vraag aan de orde of het loutere transport in gesloten containers (in het kader van doorvoer) een openbaarmaking opleverde. De Hoge Raad oordeelde van niet.

Uit de wetsgeschiedenis [] blijkt dat aan het begrip 'openbaarmaking' in artikel 12 weliswaar een ruime betekenis moet worden toegekend, maar dat in elk geval, ook in de afgeleide betekenissen van het begrip, vereist is dat het werk op een of andere manier aan het publiek ter beschikking komt. Uitgaande van zijn vaststellingen dat de sigaretten in gesloten containers naar Aruba zijn verscheept (rov. 6) en op Aruba niet openbaar in het verkeer zijn gebracht of in het openbaar ten verkoop zijn aangeboden (rov. 7), heeft het Hof met zijn [] oordeel niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting (r.o. 3.2.2).

Nu ging het in bovengeciteerde zaak om de zeer specifieke problematiek van de doorvoer, maar de vaststelling is ook van belang voor andere situaties.

214 HR 27 januari 1995 NJ 1995 669 m.nt. Spoor.

6.1 Verhuur en leenrecht

Zo is het ook bij het verhuur- en leenrecht van belang te benadrukken dat handelingen die niet tot waarneming door het publiek leiden niet auteursrechtelijk relevant zijn. In de dertiende overweging bij de Verhuur- en leenrecht richtlijn²¹⁵ wordt dit als volgt aangegeven:

Overwegende dat het duidelijkheidshalve wenselijk is bepaalde vormen van ter beschikking stellen, zoals het ter beschikking stellen van fonogrammen of films (cinematografisch of audiovisueel werk of bewegende beelden, met of zonder geluid) voor publieke vertoning of uitzending, het ter beschikking stellen voor tentoonstelling of het ter beschikking stellen voor raadpleging ter plaatse, niet te beschouwen als verhuur of uitlening in de zin van deze richtlijn, dat uitlening in de zin van deze richtlijn niet omvat het ter beschikking stellen tussen voor het publiek toegankelijke instellingen onderling

Het verhuren of uitlenen ten behoeve van openbare uitvoeringen, uitzendingen, of tentoonstellingen dient dus *zelf niet* als een vorm van publiek toegankelijk maken te worden aangemerkt.²¹⁶ Uit de geschiedenis van de Richtlijn blijkt deze bedoeling nadrukkelijk.²¹⁷ Er is in dit verband overwogen het begrip (beschikbaar stellen aan een) 'eindgebruiker' te introduceren.²¹⁸ In het algemeen geldt: publiek toegankelijk maken is het toegankelijk maken voor een publiek van eindgebruikers. Dit is duidelijk en efficiënt: het uiteindelijk toegankelijk maken voor eindgebruikers is de auteursrechtelijk relevante handeling waarbij het betreffende eindgebruik kan worden ingecalculerd.

6.2 Uitzenden

Ook wanneer er met een uitzending geen eindgebruikers worden bereikt is er geen sprake van publiek toegankelijk maken. Deze situatie doet zich voor als een uitzending uitsluitend gericht is op en te ontvangen is door zelfstandige intermediairs die het werk op hun beurt publiek toegankelijk maken. Een voorbeeld hiervan is de satellietuitzending gericht op 'kabel-kopstations'. Vroeger werd in dit verband onderscheid gemaakt tussen omroepsatellieten enerzijds en telecomcommunicatiesatellieten anderzijds, omdat bij deze laatste alleen met hele grote schotels ontvangst mogelijk was en men ervan uitging dat eindgebruikers daar niet over beschikten.²¹⁹ Uitzending via een communicatiesatelliet werd daar om niet als een

²¹⁵ Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het leenrecht en bepaalde nabuigse rechten op het gebied van intellectueel eigendom. Pb nr. L 346/61, 27 november 1992.

²¹⁶ Het beschikbaar stellen voor raadplegen ter plaatse blijft hier buiten beschouwing omdat dat niet leidt tot waarneming door eindgebruikers. Zie hierover paragraaf 3.2.

²¹⁷ Zie Reinboth/Von Lewinsky pp. 36-37.

²¹⁸ Reinboth/Von Lewinsky p. 37. 'A possible definition of rental and lending as "making available for use by an end user" was discussed but rejected because it seemed to vague and the notion "end user" did not present a proper copyright term.

²¹⁹ Vergelijk Spoor/Verkeide p. 182.

vorm van publiek toegankelijk maken aangemerkt ²²⁰ Uitzending via een omroep (direct broadcasting-)satelliet, die met kleine schoteltjes te ontvangen was, werd wel als een vorm van publiek toegankelijk maken beschouwd. Dit onderscheid is achterhaald zoals in de zesde overweging bij de Satelliet- en Kabelrichtlijn wordt overwogen:

Overwegende dat er thans uit auteursrechtelijk oogpunt een onderscheid wordt gemaakt tussen mededeling aan het publiek per omroepsatelliet en mededeling aan het publiek per telecommunicatiesatelliet, dat individuele ontvangst bij beide satelliettypen tot de mogelijkheden behoort en heden ten dage economisch ook haalbaar is, zodat dit verschil in juridische behandeling niet langer te rechtvaardigen valt

Nu kan er nog wel onderscheid gemaakt worden tussen verschillende soorten satellietzendingen wanneer er gebruik wordt gemaakt van codering van het signaal. ²²¹ Wanneer bij een gecodeerde uitzending alleen aan intermediairs, zoals kabelexploitanten, decodeersleutels ter beschikking worden gesteld, is de uitzending niet toegankelijk voor eindgebruikers en is er dus geen sprake van publiek toegankelijk maken. Dit blijkt (via een a contrario redenering) impliciet uit artikel 1, lid sub c, van de Satelliet- en Kabelrichtlijn:

Indien de programmadragende signalen in gecodeerde vorm worden uitgezonden, is er sprake van mededeling aan het publiek per satelliet wanneer de middelen voor het decoderen van de uitzending door of met toestemming van de omroeporganisatie ter beschikking van het publiek worden gesteld

Ergo: als er geen middelen voor het decoderen ter beschikking van het publiek worden gesteld is er bij gecodeerde uitzending geen sprake van publiek toegankelijk maken. De ratio hiervan is dat het totale te verwachten eindgebruik bij de kabelexploitanten die decoderen en publiek toegankelijk maken kan worden afgerekend. Hetzelfde geldt voor gecodeerde zendingen aan cafehouders en warenhuizen bedoeld als achtergrondmuziek: het totale eindgebruik (als achtergrondmuziek) kan bij de horeca-ondernemer of de detailhandelaar via het openbaarverkeersrecht worden afgerekend.

7 Nieuwe vormen van publiek toegankelijk maken

In de voorgaande paragrafen zijn de traditionele vormen van publiek toegankelijk maken besproken die veelal de basis vormen voor de systemen van auteursrechtelijke exploitatierechten. In het tweede deel van dit hoofdstuk zal onderzocht worden hoe de nieuwe vormen van publiek toegankelijk maken in die systemen passen.

²²⁰ Ulmer, pp. 260-263.

²²¹ Geirbrandy, p. 160, spreekt van 'klutstechniek', een letterlijke vertaling van het Engelse 'scrambling'.

7.1 Geïndividualiseerd toegankelijk maken

In toenemende mate worden er nieuwe diensten ontwikkeld die het publiek in staat stellen werken individueel waar te nemen. Met publiek wordt hier bedoeld – zoals uit de voorafgaande paragrafen bleek – waarnemers van buiten de ‘kring’ van degene die de dienst aanbiedt. Met ‘individueel’ waarnemen wordt bedoeld dat het publiek de aangeboden werken *ongelyktijdig* en *gescheiden* waarneemt. Deze diensten worden hier omschreven als *geïndividualiseerd toegankelijk maken*. Classificatie van deze diensten onder een van de traditionele vormen van publiek toegankelijk maken is problematisch. De vraag hoe geclassificeerd wordt is van belang voor de toepasselijkheid van de uitputting en van andere wettelijke beperkingen van het auteursrecht. Wanneer de rechten geheel of gedeeltelijk zijn gesplitst en overgedragen of gelicentieerd volgens de traditionele verdeling is de classificatie tevens van belang voor de vraag bij wie de rechten met betrekking tot deze nieuwe diensten berusten.²²² Voorzover de classificatie in verschillende landen verschillend uitvalt is het tevens problematisch en verwarrend in de internationale verhoudingen.

7.2 Geïndividualiseerd toegankelijk maken ter plaatse

Geïndividualiseerd toegankelijk maken kan zowel ter plaatse als op afstand plaatsvinden. Met ‘ter plaatse’ wordt hier bedoeld dat de waarnemer en het exemplaar dat hij (direct of indirect) individueel waarneemt zich in dezelfde locatie (kamer, zaal) bevinden.

7.2.1 Tekst en stilstaand beeld

Geïndividualiseerd toegankelijk maken ter plaatse is niet nieuw. Het in de leeszaal aanbieden van *papieren geschriften* – dat al langer bestaat dan het auteursrecht zelf – is bedoeld voor individuele (directe) waarneming ter plaatse van die geschriften door het publiek en valt dus onder de hierboven gegeven omschrijving van geïndividualiseerd toegankelijk maken ter plaatse. Vanwege de uitputting blijft deze activiteit echter traditioneel vrij van auteursrechtelijke aanspraken. Het verhuur- en leenrecht heeft hier geen verandering in gebracht, omdat dit, zoals bleek in paragraaf 3.1, beperkt is tot aanbieden ter consumptie elders, na verplaatsing van het exemplaar.

Het aanbieden van *beeldende kunst* voor waarneming ter plaatse door het tentoonstellen in bijvoorbeeld een museum kan meestal niet als geïndividualiseerd omschreven worden. Soms kan echter wel van individuele waarneming sprake zijn. Te denken valt aan kijkdozen, tekeningen die door bezoekers uit mappen moeten worden gehaald, of schilderijen waar een gordijn voor hangt. De geïndividualiseerde vorm van waarnembaar maken ontnemt aan deze vorm van toegan-

²²² Wanneer de rechten met betrekking tot nieuwe media op grond van de beperkende uitleg van de overdracht overeenkomst (voorgeschreven door artikel 2 lid 2 Aw) niet onder enige overdracht vallen, berusten deze rechten nog bij de auteur.

kelijk maken niet het publieke karakter²²³ De genoemde vormen van toegankelijk maken vallen overigens grotendeels onder de eerder besproken²²⁴ beperking die met uitputting is te vergelijken

Het aanbieden van geschriften of (stilstaande) afbeeldingen voor (indirecte) waarneming ter plaatse door geïndividualiseerde *projectie op een beeldscherm* komt steeds vaker voor. Vroeger ging het hierbij bijvoorbeeld om microfilms die konden worden geraadpleegd met behulp van een daartoe bestemd apparaat, tegenwoordig om CD-ROMs of andere elektronische gegevensdragers die via een computer met beeldscherm zichtbaar worden gemaakt. Hierbij doet zich met name in Nederland en Duitsland een belangrijk classificatieprobleem voor. Naar analogie met het raadplegen ter plaatse van papieren geschriften zou men kunnen verdedigen dat deze activiteit vrij blijft vanwege de uitputting.²²⁵ In paragraaf 3.3 is echter gesteld dat projectie van stilstaand beeld in Nederland en Duitsland onder het *uitvoeringsrecht* gerekend wordt, waarop de uitputting niet van toepassing is. Om de projectie op een beeldscherm als auteursrechtelijk relevante uitvoering te kunnen aanmerken is echter wel nodig dat er sprake is van een *openbare* uitvoering. Dit betekent traditioneel dat de projectie moet plaatsvinden op een manier die een aanzienlijke groep mensen *tegelijk* in staat stelt het werk waar te nemen. Aangezien er bij geïndividualiseerd toegankelijk maken steeds maar een waarnemer tegelijk is, lijkt de projectie op het eerste gezicht geen openbare uitvoering. Hiervoor is echter vastgesteld dat bij het *tentoonstellen* in een museum de individuele waarneming het publieke karakter aan de tentoonstelling niet ontnemt. Naar analogie daarmee zou hetzelfde aangenomen kunnen worden bij de individuele waarneming van uitvoeringen, mits aangeboden buiten de kring.

Projectie ter plaatse van geschriften of stilstaand beeld valt in de Verenigde Staten onder het 'display right'.²²⁶ Dit betekent dat deze handeling ook onder de daarmee verbonden uitputtingsbepaling van section 109c valt.

223 Hirsch-Ballin in zijn noot onder BGH 28 november 1961 (Rundfunkempfang im Hotelzimmer) Schulze BGHZ 91 p. 20 e.v. Auch bleibt die Ausstellung als eine öffentliche – Veranstaltung der Ausstellungsleitung gewahrt undanks des Umstandes, daß der Besucher persönlich Zeichnungen einer Mappe zu entnehmen oder den Vorhang vor einem Gemälde zurück zuschlagen hat, um das Kunstwerk zu sehen.

224 Zie paragraaf 3.2.5.

225 Hierbij speelt dan wel het hiervoor in paragraaf 3.2 omschreven afgrenzingsprobleem met tentoonstellen, maar als men ervan uitgaat dat ook tentoonstellen onderhevig is aan uitputting is dat niet van belang.

226 Zie paragraaf 3.2.4 hiervoor.

[] the owner of a particular copy lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to display that copy publicly, either directly or by the projection of no more than one image at a time, to viewers present at the place where the copy is located ²²⁷

Aanbieden voor raadpleging ter plaatse, tentoonstellen en projectie ter plaatse van stilstaand beeld of tekst vallen in de VS dus sowieso onder de werking van deze uitputting, waardoor de vraag of er bij geïndividualiseerd waarnemen wel sprake is van 'public display' meestal niet aan de orde hoeft te komen. Het ligt echter voor de hand dat geïndividualiseerde 'public display' van illegaal vervaardigde exemplaren wel degelijk als publiek toegankelijk maken moet worden aangemerkt, en section 109c eist dan ook 'lawfully made'.

Deze Amerikaanse benadering van het (al dan niet geïndividualiseerd) waarneembaar maken ter plaatse van tekst en bewegend beeld is zonder meer het duidelijkst en het meest elegant: directe en indirecte visuele waarneming (met behulp van een apparaat) worden gelijk behandeld en vallen beide onder de uitputting. Hierdoor bestaat in het Amerikaanse auteursrecht echter wel een sterk verschillende behandeling van projectie van stilstaand beeld enerzijds en van bewegend beeld anderzijds, zoals hieronder zal blijken.

7.2.2 Geluid *Schallplatten-Espresso*

Het geïndividualiseerd ter plaatse waarneembaar maken van bewegend beeld en geluid is een activiteit die als exploitatievorm in het 'pre-digitale tijdperk' geen grote vlucht heeft genomen. Dit hangt vooral samen met technische beperkingen en met efficiency. Uitvoeringen en vertoningen buiten de familiekring vonden en vinden juist in het algemeen plaats ten overstaan van een aanzienlijk publiek dat tegelijkertijd dezelfde voorstelling waarneemt: hoe meer kijkers en luisteraars, hoe meer inkomsten.

Voor het aanbieden van de mogelijkheid individueel muziek 'op te roepen' en te beluisteren is het nodig dat voor iedere individuele luisteraar een koptelefoon en een apart afspeelapparaat beschikbaar is. Alleen in winkels waar CD's worden verkocht is het aanbieden van een dergelijke dienst gebruikelijk. In die winkels worden in het algemeen niet hele werken, maar slechts korte gedeeltes beluisterd om de klanten in staat te stellen hun keuze voor een bepaalde CD te bepalen, waartegen rechthebbenden niet gauw bezwaar zullen hebben ²²⁸. Dit doet niets af aan de principiële vraag of er in een dergelijk geval sprake is van publiek toegan-

²²⁷ House Report No. 94-1476 (United States Code Annotated p. 139). Where the copy itself is intended for projection as in the case of a photographic slide, negative, or transparency the public projection of a single image would be permitted as long as the viewers are present at the place where the copy is located.

²²⁸ Deze mogelijkheid lijkt vergelijkbaar met het ter inzage aanbieden van boeken in de boekwinkel. Het ligt niet erg voor de hand om voor dergelijke activiteiten een vergoeding te vragen omdat ze onverbrekelijk verbonden zijn met de verkoop (verspreiding) van exemplaren die zelf aan het exploitatierecht en de daarop gebaseerde financiële voorwaarden onderworpen is.

kelijk maken. In de VS is het laten horen van muziek in platenzaken ten behoeve van de verkoop overigens wettelijk vrijgesteld.²²⁹

Een vroeg voorbeeld van een situatie waarin het ging om het aanbieden van de mogelijkheid ter plaatse individueel muziek te beluisteren als een min of meer zelfstandige dienst, vormt de Schallplatten-Espresso zaak uit 1967.²³⁰ In de woorden van Gerbrandy ging het hier om 'een etablissement waar men (sommigen schijnen dat aangenaam te vinden) een kopje koffie kan gebruiken met een kop-telefoon op, waarbij de individuele bezoeker dan telkens de plaat van zijn keuze kan laten opzetten'.²³¹ Een geïndividualiseerde jukebox dus. Het Landesgericht Berlin besliste in deze zaak dat het gehele repertoire van dit 'grammofoonplaten-café' object van openbaarmaking was voor een steeds wisselend publiek, ongeacht het feit dat sommige platen (mogelijk) nooit werden aangevraagd. Het Landesgericht oordeelde dat het feit dat de platen individueel beluisterd werden niet aan de openbaarheid in de weg stond. Het verwees daarbij onder andere naar 'Lichtbildautomaten', een soort kijkdozen waarin foto's tentoongesteld worden, en naar de 'druk-op-de-knop informatic per koptelefoon'²³² in musea. Deze beslissing ging in tegen de in Duitsland (tot voor kort) overheersende opvatting dat voor het publiek toegankelijk maken door 'openbare weergave' (öffentliche Wiedergabe) tenminste een gelijktijdig waarnemen door twee of meer mensen noodzakelijk is.²³³

Onder het Amerikaanse auteursrecht zou de uitkomst van deze zaak vermoedelijk dezelfde zijn omdat het 'grammofoonplaten-café' stellig 'a place open to the public' is, in de zin van de definitie van public performance.²³⁴ Ook naar Nederlands recht zou de zaak vermoedelijk op dezelfde manier beslist zijn, gezien het ruime openbaarmakingsbegrip en het hierna te bespreken Videocabines-arrest. Voor Duitsland en Nederland blijft echter het probleem dat hetgeen in de Schallplatten-Espresso plaatsvindt omschreven zou kunnen worden als het ter beschikking stellen voor raadpleging ter plaatse, dat door overweging 13 bij de Verhuur- en leenrechttrichtlijn uitdrukkelijk wordt vrijgelaten.²³⁵ Op de interpretatie van de term 'raadpleging ter plaatse' wordt hierna teruggekomen.²³⁶

229 Section 110 aanhef en lid 7 USC 'Notwithstanding the provisions of section 106, the following are not infringements of copyright: [...] (7) performance of a nondramatic musical work by a vending establishment open to the public at large without any direct or indirect admission charge, where the sole purpose of the performance is to promote the retail sale of copies or phonorecords of the work, and the performance is not transmitted beyond the place where the establishment is located and is within the immediate area where the sale is occurring.'

230 LG Berlijn 29 maart 1967 (Schulze I.G.Z. 98), in nt. Schatz

231 Gerbrandy, Artikel 12, Aant. 13, p. 163

232 Hugenholtz 1982, p. 44.

233 Zie paragraaf 4.2.3

234 'To perform or display a work "publicly" means (1) to perform or display it at a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered; [...]', section 101 USC

235 Dit probleem wordt hierna in paragraaf 7.2.5 nader besproken

236 Zie paragraaf 7.2.5

7.2.3 *Bewegend beeld videocabines*

Het aanbieden van de mogelijkheid films individueel ter plaatse te bekijken vereist de aanwezigheid van een afspeelapparaat en een beeldscherm met luidsprekers voor iedere klant. Deze situatie doet zich voor bij zogenaamde videocabines,²³⁷ afgesloten ruimtes in 'videowinkels' waar mensen tegen betaling individueel (of in kleine groepjes) films van hun keuze kunnen bekijken. In de meeste gevallen bevindt de afspeelapparatuur zich achter de balie en wordt ze door het personeel van de videowinkel bediend. Vanaf de afspeelapparatuur wordt de film naar het individuele hokje gezonden. Het kan echter ook zo zijn dat de kijker de band zelf in de videorecorder plaatst, en dan is er nog duidelijker sprake van waarneembaar maken ter plaatse.

Verenigde Staten

De eerste Amerikaanse zaak over videocabines werd aangespannen door een zevental filmaatschappijen tegen Redd Horne, Inc.,²³⁸ de betreffende videowinkel heette 'Maxwell's Video Showcase'. De gang van zaken bij Maxwell's was als bovenomschreven, met dien verstande dat het tarief dat aan deze klanten werd berekend ook recht gaf op een portie popcorn en een glaasje prik, voor het betreden van de cabine.²³⁹ Aangezien de hokjes maximaal groepjes van vier personen toelieten kon er binnen in de regel nooit een grotere groep dan een vriendenkring(etje) verzameld zijn. 'Although no restriction is placed on the composition of a group, strangers are not grouped in order to fill a particular room to capacity'. Het was duidelijk dat de hokjes *zelf* van nature geen 'substantial number of persons outside a normal circle of a family etc.' konden bevatten, maar rechtbank en Hof waren van mening dat *de videowinkel als geheel* wel een 'place open to the public' was, in de zin van de reeds vaker geciteerde definitie.²⁴⁰

(1) to perform or display it at a place open to the public (DV) or at any place where a substantial number of persons outside a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered

Aldus werd de vertoning in de videocabines als een openbare uitvoering aangemerkt. Subsidiar kon volgens het Hof ook de transmission- (uitzend-)variant van de definitie van 'public performance'²⁴¹ zonder veel problemen worden toegepast.

237 Zie hierover G. J. H. M. Mom in zijn noot onder Hof v. Gravenhage 1 december 1994, AMI 1995, p. 52.

238 US Court of Appeals, Third Circuit 23 november 1984, 749 F.2d U.S.P.Q. 641 (3d Cir. 1984), Columbia Pictures Industries v. Redd Horne, Inc.

239 The fee also entitles patrons to help themselves to popcorn and soft drinks before entering their assigned rooms. Zie vorige noot.

240 Section 101 USC.

241 Ibidem.

(2) to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times

Er zou namelijk worden ge-‘transmit’ van voor in de winkel naar de hokjes achterin. Hier blijkt wel het nut van het feit dat in deze definitie van ‘to transmit [] a performance or display’ bepaald is dat het geen verschil maakt of het publiek de informatie gelijktijdig of op verschillende tijdstippen ontvangt. Een dergelijke toepassing van de transmissie-variant voor verzending binnen dezelfde ruimte is echter mijns inziens toch minder juist. De definitie van ‘to transmit in section 101 USC luidt

To “transmit” a performance or display is to communicate it by any device or process whereby images or sounds are received beyond the place from which they are sent (DV)

Als de ‘verzending’ binnen een ruimte als transmissie in bovengenoemde zin wordt aangemerkt, zou dat ook kunnen gelden voor de ‘verzending’ door een kabeltje van dertig centimeter van informatie van een CD-ROM-speler naar een (stand-alone) computer of van een computer naar een beeldscherm, hetgeen uiteraard niet de bedoeling is. Bij videocabines is er naar mijn mening sprake van ‘*viewers present at the place where the copy is located*’ in de zin van section 109c USC. Die bepaling is overigens niet op videocabines van toepassing aangezien daar bewegend beeld in wordt vertoond, terwijl section 109c USC uitsluitend betrekking heeft op tekst en stilstaand beeld.

Voor de duidelijkheid van het onderscheid tussen toegankelijk maken ter plaatse en op afstand van tekst en stilstaand beeld is deze vaststelling echter van belang.

Oostenrijk

In het Duitse recht is voorzover bekend nog geen jurisprudentie over videocabines. In Oostenrijk, waar de Auteurswet bepalingen over uitvoerings- en uitzendrecht kent die sterk lijken op de Duitse, en waar in de rechtspraak aangeknoopt wordt bij het Duitse openbaarheidsbegrip van § 15, lid 3 UrhG,²⁴² heeft het Oberste Gerichtshof zich in 1987 echter uitgesproken over videocabines.²⁴³ Het Oostenrijkse hoogste gerechtshof was van oordeel dat er sprake was van publiek toegankelijk maken.

Daß sich die einzelne Kunden, die von dieser Möglichkeit des Werkgenusses Gebrauch machen, hier zufolge der Kabinen in einer gleichsam ‘privat Sphäre’ befinden, steht der Annahme einer ‘öffentlichen’ Vorführung [] nicht entgegen

242. OGH 29 januari 1974. GRUR Int. 1974. 383 (Kuhcam).

243. OGH 27 januari 1987. GRUR Int. 1987. p. 609 (Videokabinen).

De 'gescheidenheid' van het publiek en de ongelijktijdige vertoning achtte het Hof niet van belang. Het trok zich dus weinig aan van de in de Duitse doctrine levende gedachte dat er bij openbare weergave sprake moet zijn van gelijktijdigheid. Het Hof verwees naar een eigen beslissing van een jaar eerder over een hotel-videosysteem waarbij de hotelgasten de films van hun keuze individueel op hun kamer konden bekijken, een situatie waar het dus overigens niet ging om raadpleging *ter plaatse*.²⁴⁴

Nederland

In Nederland oordeelde het Haagse Gerechtshof op 1 december 1994²⁴⁵ over het vertonen van films in videocabines. De gedaagde, exploitant van de videowinkel, deed een beroep op de uitputtingsleer en vergeleek zijn activiteiten met verhuur. Bedacht moet worden dat verhuur in Nederland pas eind 1995 onder het openbaarmakingsrecht is gebracht en in 1994, toen deze zaak speelde, nog 'vrij' was. Het Hof wees het beroep op uitputting af met de volgende overweging:

Het hof is van oordeel dat [de exploitant van de videowinkel] miskent dat door het met toestemming van [de rechthebbende] in het verkeer brengen van de videobanden weliswaar de verdere beschikbaarstelling van die banden aan derden door verhuur, bruikleen of op andere wijze, niet als een (verdere) openbaarmaking door auteursrechthebbende of diens licentienemer kan worden tegengehouden, maar niet wordt geraakt het recht zich te verzetten tegen openbaarmaking in de zin van artikel 12 Auteurswet 1912. Het boven beschreven afspelen van de videobanden is aangemerkt als een dergelijke openbaarmaking. Het kan niet op een lijn worden gesteld met het verhuren van de banden. Het gaat om iets anders waarvoor [de exploitant van de videowinkel] ook een andere prijs vraagt.²⁴⁶

In de in deze studie gehanteerde systematiek stelt het Hof terecht dat de uitputting alleen betrekking heeft op de *verspreiding* en niet op de *uitvoering*. Het is echter de vraag of de verwijzing naar artikel 12 Aw daarbij helemaal gelukkig is. De suggestie wordt namelijk gewekt dat verspreiding niet onder artikel 12 Aw valt. Na de invoering van het verhuur- en leenrecht is dat in ieder geval wel zo. Ook de afwijzing van de stelling dat de vertoning in videocabines niet op een lijn gesteld kan worden met verhuur, met de motivering 'het gaat om iets anders waarvoor [de exploitant van de videowinkel] ook een andere prijs vraagt' is niet erg sterk. Het was duidelijker geweest als het Hof had gesteld dat het hier ging om een 'voordracht, op- of uitvoering of voorstelling' in de zin van artikel 12, lid 1, sub 4°, althans om een *daarmee* op een lijn te stellen vorm van publiek toegankelijk maken. Het Hof gaf wel duidelijk te kennen dat de geïndividualiseerde waarneming naar zijn mening aan het openbare karakter niet afdeed: 'Iedereen heeft vrij toegang tot de videotheek en iedereen kan een band voor hem laten afspelen. Niet van belang is dat in de cabine mogelijkerwijs slechts plaats is voor een persoon'.

244 OGH 17 juni 1986 GRUR Int. 1986 p. 725.

245 Hof Den Haag 1 december 1994 AMI 1995 p. 51 m.nt. Mom.

246 I a p. overweging 10.

De Rotterdamse President die in eerste instantie over deze oordeelde besprak de uitputtingskwestie niet, maar deed wel een duidelijke uitspraak ²⁴⁷

Van openbaarmaking kan worden gesproken op het moment dat het publiek op enigerlei wijze kan kennisnemen van het werk. Met andere woorden: er is sprake van openbaarmaking als in een lokaal publiek wordt toegelaten en in de gelegenheid wordt gesteld het in dat lokaal getoond werk te bekijken.

Deze uitspraak klinkt aannemelijk maar roept het spanningsveld met het tentoonstellen en het aanbieden voor raadpleging ter plaatse weer nadrukkelijk op. Ook bij tentoonstellen en raadplegen ter plaatse wordt immers publiek in een lokaal toegelaten en in de gelegenheid gesteld het in dat lokaal getoond werk te bekijken. Deze tegenwerping kwam in de Nederlandse videocabine-zaak niet aan de orde.

7.2.4 Tussenconclusie

De situatie met betrekking tot het geïndividualiseerd toegankelijk maken ter plaatse, waaronder het aanbieden voor raadpleging ter plaatse, is naar geldend recht alleen in de VS helemaal duidelijk. Aldaar geldt dat het ter plaatse publiek beschikbaar stellen van *geschriften* en *stilstaand beeld* vrij is, omdat het onder de uitputting valt en dus aan de rechtmatige eigenaar is toegestaan zonder toestemming van de auteursrechthebbende. Hierbij maakt het geen verschil of er van een collectief of van een geïndividualiseerd waarnemen sprake is. Het ter plaatse publiek toegankelijk maken van *geluid* en *bewegend beeld* valt daarentegen steeds onder het verbodsrecht van de auteur en wordt niet geraakt door uitputting. Het onderscheid in behandeling van genoemde werkcategoryen hangt samen met de definities van de rechten met betrekking tot 'display' en 'performance' waarop respectievelijk wel en geen uitputting van toepassing is.

In Duitsland is de situatie minder duidelijk. In het Duitse auteursrecht geldt als eerste obstakel het traditionele vereiste dat er bij publiek toegankelijk maken door 'openbare weergave' sprake zou moeten zijn van gelijktijdig waarnemen door een publiek. Als dit vereiste buiten beschouwing wordt gelaten, of als achterhaald wordt afgewezen zoals gebeurde door het Oostenrijkse hoogste gerechtshof, stuit men nog op de problemen van de vrijstelling van de tentoonstelling en het aanbieden voor raadpleging ter plaatse. Het aanbieden voor *directe visuele waarneming* ter plaatse van *exemplaren*, waarin tekst of stilstaand beeld zijn vastgelegd, zou op grond van het beperkte tentoonstellingsrecht vrijwel geheel vrij zijn. Het aanbieden voor *indirecte visuele waarneming* (door projectie op een beeldscherm) van zowel stilstaand als bewegend beeld zou steeds onder het verbodsrecht van de auteur vallen, evenals het ter plaatse individueel waarneembaar maken van geluid. Dit verschil in behandeling van directe en indirecte visuele individuele waarneming van stilstaand beeld en tekst is systematisch merkwaardig. De verklaring voor dit onderscheid is vermoedelijk dat de Duitse wetgever niet aan de mogelijkheid van het geïndividualiseerd publiek toegankelijk maken van stilstaand beeld door projectie heeft gedacht.

247. Prs. Rb. Rotterdam 3 juni 1994, AMI 1994, p. 52.

In Nederland is de situatie ook niet duidelijk. Op grond van het Videocabine-arrest kan worden aangenomen dat het voor individuele waarneming ter plaatse aanbieden van bewegend beeld en vermoedelijk ook van geluid onder het uitvoeringsrecht, althans onder het ruime openbaarmakingsrecht valt. Op het beschikbaar stellen van stilstaand beeld en tekst is in het algemeen een uitputtingsbeperking – hetzij die van artikel 23 Aw, hetzij een ongeschreven uitputtingregel²⁴⁸ – van toepassing.

7.2.5 *Andermaal: raadpleging ter plaatse*

De belangrijkste oorzaak van onduidelijkheid in Duitsland en Nederland is de huidige praktijk, waarin aanbieden voor raadpleging ter plaatse wordt vrijgelaten, en de in de dertiende overweging bij de Verhuur- en leenrechtlijn expliciet genoemde vrijstelling daarvan. Daarbij wordt geen duidelijk onderscheid naar werktipe gemaakt, hetgeen zou meebrengen dat deze voor zowel tekst en stilstaand beeld als voor bewegend beeld en geluid geldt.

Men zou kunnen stellen dat de term ‘raadplegen’ taalkundig alleen op geschriften en (twee-dimensionale) afbeeldingen betrekking heeft. De aanduidingen in de andere talen van deze activiteit genoemd in overweging 13 bij de richtlijn lijken een dergelijke interpretatie te kunnen ondersteunen; in het Engels staat er ‘*on-the-spot reference use*’, in het Duits ‘*Einsichtnahme an Ort und Stelle*’ en in het Frans ‘*consultation sur place*’. Uit de geschiedenis van de richtlijn blijkt dat deze zinsnede bedoeld was voor bibliotheken c.q. leeszalen.²⁴⁹ Of de gevolgen ervan zich ook tot geschriften en afbeeldingen (dienden te) beperken is echter niet duidelijk. Reinbothe en Von Lewinsky merken er over op:²⁵⁰ ‘Accordingly, *amongst other examples*, lending by libraries which lend books or other material only on their premises but do not allow users to take the material home is excluded from the Directive’ (curs. DV).

Nu zou men deze vrijstelling ook eenvoudig kunnen bagatelliseren door te stellen dat het aanbieden voor raadpleging ter plaatse dan weliswaar niet onder het verhuur- en leenrecht valt, maar eventueel wel onder een andere vorm van publiek toegankelijk maken. Een dergelijke benadering miskent echter in ieder geval met betrekking tot geschriften en afbeeldingen niet alleen de bedoeling van de richtlijngever, maar ook de praktijk van alle dag: aanbieden voor raadpleging ter plaatse van dergelijke werken *wordt* in de praktijk geheel vrij gelaten en dat wordt algemeen wenselijk geacht.

Eén mogelijkheid om de onduidelijkheid weg te nemen is, al dan niet onder verwijzing naar de normale betekenis van ‘raadplegen’, het volgen van de Amerikaanse oplossing door de grens te trekken bij geluid en bewegend beeld. Het aanbieden voor waarneming ter plaatse van stilstaand beeld en tekst zou dan vrij zijn, althans onder de uitputting vallen. Het aanbieden voor waarneming ter plaatse van geluid en bewegend beeld zou daarentegen steeds toestemming van de auteur behoeven.

248. Zie paragraaf 3.2.1.

249. Reinbothe/Von Lewinsky, p. 38.

250. Reinbothe/Von Lewinsky, p. 38.

Het is echter de vraag of een dergelijke afgrenzing in het multimediale tijdperk zonder meer een juiste keuze is. De Amerikaanse wetgever heeft al gemeend een specifieke uitputtingsbepaling te moeten opnemen²⁵¹ om elektronische videospellen die bedoeld zijn om in muntapparaten te worden gebruikt uit te zonderen van de rechten met betrekking tot *display* en *performance* recht

(e) Notwithstanding the provisions of sections 106(4)[= Public performance, DV] and 106(5)[= Public display, DV], in the case of an electronic audiovisual game intended for use in coin-operated equipment, the owner of a particular copy of such a game lawfully made under this title, is entitled, without the authority of the copyright owner of the game, to publicly perform or display that game in coin-operated equipment, except that this subsection shall not apply to any work of authorship embodied in the audiovisual game if the copyright owner of the electronic audiovisual game is not also the copyright owner of the work of authorship

Kennelijk werd ongewenst geacht dat rechthebbenden blijvende zeggenschap zouden hebben over het gebruik van een rechtmatig vervaardigd en verkregen exemplaar, in casu een videospel, voor het doel waarvoor dat exemplaar specifiek bestemd is.

Als men het in het multimediale tijdperk wenselijk acht de grens van het 'vrijgestelde' individueel toegankelijk maken *in algemene zin* op een andere manier te trekken, dus niet bij stilstaand beeld en tekst, zal men er vermoedelijk niet aan ontkomen deze vrijstelling nauwkeurig te omschrijven en te beperken tot bepaalde (bijvoorbeeld educatieve) werken en/of bepaalde instellingen zoals openbare bibliotheken. Hiermee wordt dan het terrein van specifieke cultuur-politieke beperkingen betreden, waarover de dogmatiek weinig te zeggen heeft.²⁵²

8 Geïndividualiseerd toegankelijk maken op afstand

8.1 Verspreiding van exemplaren

Het geïndividualiseerd toegankelijk maken *op afstand* lijkt op het eerste gezicht niet nieuw. De verspreiding van exemplaren kan hieronder begrepen worden: iedere individuele consument kan door verspreiding in staat gesteld worden het werk van zijn keuze individueel, op de plaats en het tijdstip van zijn keuze 'waar te nemen'. Zonder veel moeite zou men dit ook als toegankelijk maken 'op afstand' kunnen omschrijven: wanneer de consument zich een exemplaar laat toezenden blijft hij immers 'op afstand' ten opzichte van de plaats waarvan de dienst wordt aangeboden. Deze vorm van publiek toegankelijk maken is even oud als het auteursrecht zelf en is in alle auteursrechtelijke systemen geregeld.

Hieronder gaat het om vormen van geïndividualiseerd toegankelijk maken op afstand *zonder dat er exemplaren worden verplaatst*. Omdat dit laatste traditioneel

251 Section 109c USC

252 Zie hoofdstuk 1 paragraaf 2.4.4

een essentieel kenmerk is van verspreiden,²⁵³ is het verspreidingsrecht daarop niet (zonder meer) van toepassing

8.2 Geïndividualiseerd uitzenden (*narrowcasting*)

Het traditionele uitzenden is een vorm van *gelijktijdig* publiek toegankelijk maken op afstand. Het wordt gekenmerkt door het feit dat een aanzienlijke groep van ontvangers, het publiek, tegelijkertijd met dezelfde informatie wordt bereikt. Door de technologische ontwikkeling is het echter steeds eenvoudiger geworden om geïndividualiseerd 'uit te zenden', waarbij het publiek ongelijktijdig wordt bereikt. Het individueel toezenden van *geluid* kan al geruime tijd via een telefoonlijn. De zogenaamde 06-lijnen zijn een voorbeeld van een manier waarop het individueel toegankelijk maken van geluid op afstand als dienst kan worden aangeboden. *Tekst* en *stilstaand beeld* wordt al geruime tijd op afstand aangeboden zonder verplaatsing van exemplaren via Videotext of Viditeldiensten.²⁵⁴ De daarop volgende logische recente ontwikkeling is het individueel toezenden van *bewegend beeld*. Deze dienst wordt meestal aangeduid als *video on demand*. Diensten waarbij gebruik wordt gemaakt van individueel uitzenden worden gezamenlijk ook wel omschreven als *on demand-diensten*.

Het is belangrijk om vast te stellen dat hier met geïndividualiseerd uitzenden die diensten bedoeld worden die afgezien van het individuele karakter wel de andere eigenschappen van 'normaal' uitzenden hebben. De belangrijkste daarvan is dat er sprake moet (kunnen)²⁵⁵ zijn van *onmiddellijke waarneming*: de individuele ontvanger kan de uitzending bekijken of beluisteren op het moment dat deze hem bereikt.²⁵⁶ Daarvan is bijvoorbeeld *geen* sprake bij fax- of e-mailzendingen. Deze laatste activiteiten vallen onder de hierna te bespreken 'elektronische verspreiding'.

Ook is het belangrijk geïndividualiseerd uitzenden te onderscheiden van abonneetelevisie en *pay-per-view*. Bij abonneetelevisie is sprake van normale, collectieve uitzending, evenwel van een gecodeerd signaal waarbij alleen abonnees die over een decoder beschikken de uitzending kunnen bekijken. *Pay-per-view* is een variant op abonneetelevisie waarbij de kijker steeds apart voor het (decoderen en) bekijken van de gewenste uitzending moet betalen. Voor abonneetelevisie en *pay-per-view* geldt dat het gecodeerde signaal 'naar het algemene publiek' en dus niet geïndividualiseerd wordt uitgezonden.

Het geïndividualiseerd uitzenden dat naar analogie met 'broadcasting', de engelse term voor uitzenden, ook wel *narrowcasting* wordt genoemd, heeft, wanneer het

253 Zie paragraaf 3.1.

254 Zie Hugenholtz 1982 pp. 13-14 die deze diensten omschrijft als Viewdata.

255 Of de ontvanger daadwerkelijk kijkt of niet doet – evenals bij normaal uitzenden – niet ter zake voor de vraag of er sprake is van publiek toegankelijk maken.

256 Dat de ontvanger het werk tevens kan vastleggen om het op een later tijdstip (nogmaals) te beluisteren of te bekijken is niet relevant. Dat is bij normale uitzending ook mogelijk en doet niet af aan het immateriële karakter van deze vorm van publiek toegankelijk maken.

als dienst, bijvoorbeeld als *video-on demand* dienst, aan het publiek wordt aangeboden duidelijk het karakter van publiek toegankelijk maken. Geïndividualiseerd uitzenden wordt ook wel omschreven als punt-tot-punt (point to point) transmissie of verzending. Deze termen (punt-tot-punt) transmissie en verzending worden in deze studie echter gebruikt als overkoepelende termen voor zowel geïndividualiseerd uitzenden als elektronisch verspreiden.

8.2.1 Verenigde Staten: On-Command

In het systeem van de Amerikaanse Auteurswet lijkt de classificatie niet erg problematisch, vanwege de 'transmission'-variant in de definitie van 'to perform or display a work "publicly"', die in section 101 USC omschreven is als

to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times

Dit laatste zinsdeel 'or at different times' en de ruime definitie van 'to transmit'²⁵⁷ stelt buiten twijfel dat het individueel toezenden, wanneer het als dienst aan het publiek wordt aangeboden, onder het exploitatierecht met betrekking tot 'public performance' of 'public display' valt. Zoals hiervoor in paragraaf 3.4.4 al is gebleken was dit nadrukkelijk de bedoeling van de wetgever. Dit is bovendien, zij het door een 'lagere' rechter, onder andere vastgesteld in de 'On Command' zaak.²⁵⁸ Het ging daarbij om een video-on demand-systeem binnen een hotel. De rechtbank overwoog onder andere het volgende:

On-Command transmits movie performances directly under the language of the definition. The system 'communicates' the motion picture 'images and sounds' by a 'device or process' – the equipment and wiring network – from a central console in a hotel to individual guest rooms, where the images and sounds are received 'beyond the place from which they are sent' []. The fact that hotel guests initiate this transmission by turning on the television and choosing a video is immaterial.

Deze laatste overweging, dat niet van belang is dat het initiatief tot de daadwerkelijke toezending bij de hotelgast ligt, lijkt juist. Het is echter belangrijk om vast te stellen dat daaraan het aanbod van de mogelijkheid van toezending door, in dit geval, het hotel is voorafgegaan.

257 Definitie in section 101 USC: 'To transmit' a performance or display is to communicate it by any device or process whereby images or sounds are received beyond the place from which they are sent.

258 US District Court for the Northern District of California, 14 november 1991. *On Command Corp v Columbia Pictures Industries*, 777 F. Supp. 787 (N.D. Cal. 1991) (*On Command*).

8.2.2 Duitsland: gelijktijdigheidsvereiste achterhaald

Voor de beoordeling naar Duits recht geldt weer het inmiddels bekende obstakel van de vereiste gelijktijdigheid bij uitvoering en uitzending. Over On-demand diensten wordt door Becker²⁵⁹ in 1995 het volgende opgemerkt:

Zum Teil wird dafür pladiert, den Öffentlichkeitsbegriff des § 15 Abs. 3 UrhG extensiv auszulegen. Die Möglichkeit der Wahrnehmung bei on-demand-Systemen durch eine 'kumulative Öffentlichkeit' d.h. in zeitlicher Reihenfolge wegen zeitlich gestaffelter Programmübermittlung, soll der gleichzeitigen Wahrnehmbarkeit einer Rundfunksendung gleichgestellt werden. Andere sprechen sich für ein neues Verwertungsrecht des Urhebers in analoger Anwendung des § 15 Abs. 2 UrhG aus, der nicht abschließend ist.

Dreier²⁶⁰ is in 1994 optimistischer over het alzweren van het gelijktijdigheidsvereiste:

Hinsichtlich der 'öffentlichen Mitteilung' sollte inzwischen Einverständnis darüber herrschen, daß der begriff der Öffentlichkeit nach § 15 Abs. 3 UrhG im digitalen Kontext auch nach deutschem Recht nicht mehr zur Voraussetzung hat, daß die Nutzung ein und desselben Werkes mehreren, miteinander nicht verbundenen Personen an ein und demselben Ort und zur gleichen Zeit erfolgt.

Hier wordt verder de visie van Dreier gevolgd: het gelijktijdigheidsvereiste moet als achterhaald gelden. Naast de argumenten van Dreier geeft de benadering in andere landen en die bij het (Duitse) tentoonstellingsrecht, waar de gelijktijdigheid nooit een vereiste is geweest,²⁶¹ daar alle aanleiding toe.

8.2.3 Nederland: videocabines

In Nederland wordt algemeen aangenomen dat nieuwe diensten zoals het geïndividualiseerd uitzenden (video-on-demand) onder het ruime openbaarmakingsbegrip vallen.²⁶² Hierbij wordt vaak verwezen naar het bovenbesproken videocabines-arrest van het Haagse Hof.²⁶³ Minder duidelijk is of video-on-demand bij de huidige formulering van artikel 12 Aw als een vorm van uitzenden of als enig an-

259 Becker: Neue Übertragungstechniken und Urheberrechtsschutz. ZUM 1995, p. 245.

260 Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts in Becker/Dreier (Hg.): Urheberrecht und digitale Technologie. Baden-Baden 1994, p. 136.

261 Zie paragraaf 4.4.2.

262 De minister van Justitie en de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen stelden in het kader van de behandeling van het wettelijk ontwerp in een brief d.d. 28 februari 1995 (WV 23247 nr. 21, p. 12) onder andere: 'Zowel pay per view als video on demand betreffen [...] exploitatievormen die als (immateriële) openbaarmakingsindelingen in de zin van artikel 1 van de Auteurswet 1912 moeten worden aangemerkt.'

263 Hof 's-Gravenhage 1 december 1994. AMI 1995, p. 51 m.nt. Mom.

dere in dat artikel expliciet genoemde vorm van openbaar maken kan worden aangemerkt.²⁶⁴

8.2.4 Verhuur- en leenrecht richtlijn 'electronic rental'?

Volgens Reinbothe en Von Lewinsky,²⁶⁵ zou de Verhuur- en Leenrecht richtlijn ook betrekking hebben of moeten hebben op geïndividualiseerd uitzenden. Reinbothe en Von Lewinsky geven toe dat de bewoordingen van de artikelen 1 en 2 van de Richtlijn²⁶⁶ aangeven dat het alleen zou gaan om materiele dragers en dat de Commissie bij haar oorspronkelijke voorstel hetzelfde heeft benadrukt.²⁶⁷ Zij geven ook toe dat de vertegenwoordigers van de lid-staten bij de totstandkoming van de richtlijn nadrukkelijk hebben gesteld dat zij de problematiek van het geïndividualiseerd uitzenden niet in het kader van die richtlijn wilden regelen. Desondanks stellen zij:²⁶⁸

The purpose of the Directive, however, suggests that electronic 'rental' and 'lending' should be covered, because they will have, in practice, the same effect as the traditional rental and lending of material objects

Reinbothe en Von Lewinsky zijn van mening dat het verhuren van videobanden en video-on-demand (voor de consument) niet wezenlijk van elkaar verschillen:²⁶⁹

The person can watch the film and copy it just as before. It may be presumed that the Member States wanted to regulate this situation, whatever the technical form of making a film available, be it by handing over a videocassette, or electronically transmitting the film to a television screen. [...] Accordingly, the Directive should be interpreted as covering the electronic 'rental' and 'lending', but leaving to the Member States the concrete means of incorporation into the national law, so that they can incorporate it into the scope of the right of public performance or communication.

Onder andere door video-on-demand steeds 'electronic rental' te noemen redeneren Reinbothe en Von Lewinsky onmiskenbaar naar een door hen gewenst resultaat toe. Zij geven enigszins de indruk een civielrechtelijke kwalificatie tot een (nieuw) algemeen auteursrechtelijk begrip te willen verheffen. Het blijft zeer de

264 Artikel 12 lid 1 sub 5 'spreekt namelijk van het uitzenden van een radio- of televisieprogramma'. Een geïndividualiseerde uitzending valt vermoedelijk niet onder de begrippen 'radio- of televisieprogramma'.

265 Reinbothe/Von Lewinsky, pp. 41-42.

266 Artikel 1 lid 1 Richtlijn spreekt van 'originelen en kopieën van auteursrechtelijk beschermde werken', artikel 2, lid 1 Richtlijn noemt 'vastleggingen'.

267 Reinbothe/Von Lewinsky, p. 41: 'The Commission wanted to avoid inconsistencies within the national copyright laws of the Member States. Such inconsistencies could have been created if this particular form of immaterial exploitation, "which represents only one aspect of the right of public performance and only one aspect of the range of copyright questions related to electronic data transmission [had been] singled out in the framework of this Directive', (Explanatory Memorandum, paragraph 12, p. 35)'

268 Reinbothe/Von Lewinsky, pp. 41-42.

269 Reinbothe/Von Lewinsky, p. 42.

vraag of deze Richtlijn inderdaad de lid-staten iets voorschrijft over geïndividualiseerd uitzenden. Voor zover dat wel het geval is, is het in ieder geval niet meer dan dat de lid-staten video-on-demand onder *een* vorm van publiek toegankelijk maken zouden moeten brengen, hetgeen in de meeste landen een *immateriele vorm* zou zijn en dus (juist) niet het aan de beschikbaarstelling van het materiele object gekoppelde verhuurrecht.

8.3 *Semi-geïndividualiseerd uitzenden*

Tussen de hiervoor besproken vormen van geïndividualiseerd uitzenden en het traditionele 'uitzenden van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk'²⁷⁰ bestaan uitzendvormen die als *semi-geïndividualiseerd* omschreven zouden kunnen worden. Het gaat hierbij niet om punt-tot-punt (point to point) verzending zoals bij de hiervoor beschreven On-demand diensten, maar om (traditionele) een-naar-veel-punten (point to multi point) verzending. Op verschillende manieren heeft de ontvanger echter een bepaalde mate van invloed op hetgeen hij ontvangt.

8.3.1 *Teletekst*

Teletekst is een vorm van uitzenden van tekst en stilstaand beeld via normale televisiekanalen.²⁷¹ De beeldpagina's worden 'als een soort elektronische tombola' razendsnel achterelkaar en telkens opnieuw uitgezonden.²⁷² De ontvanger maakt daaruit een keuze door één pagina 'vast te houden'. Hoewel de waarneming per (zelf gekozen) pagina afwijkend is, valt Teletekst rechtstreeks onder de traditionele definitie van uitzenden, omdat iedereen tegelijk hetzelfde signaal ontvangt. Teletekst zal hier verder buiten beschouwing blijven omdat het geen specifieke auteursrechtelijke problemen oplevert.

8.3.2 *Abonneetelevisie en pay-per-view*

'Pay-per-view is een abonneeprogramma dat slechts kan worden ontvangen door degenen die te kennen hebben gegeven het programma op dat tijdstip voor een bepaalde prijs te willen ontvangen. In dit opzicht wijkt pay-per-view af van de thans gangbare vorm van abonneeprogramma's, waarbij de abonnee voor een vast maandelijks bedrag het programma onbeperkt kan ontvangen. In beide gevallen bepaalt de verzorger van het abonneeprogramma welk programma op welk tijdstip wordt uitgezonden.'²⁷³ Volgens de definitie in de Nederlandse Mediawet wordt

²⁷⁰ Art. 12 lid 1 sub 5° Aw.

²⁷¹ Artikel 1 sub d Mediawet: teletekstprogramma: een televisieprogramma dat uitsluitend bestaat uit een aantal beelden met alfanumerieke gegevens en andere stilstaande beelden welke door de kijker in een door hem bepaalde volgorde en op een door hem bepaald tijdstip kunnen worden geraadpleegd en dat wordt uitgezonden op een kanaal dat tevens wordt gebruikt ofwel voor het uitzenden van een ander televisieprogramma dat niet uitsluitend bestaat uit een aantal beelden met alfanumerieke gegevens en andere stilstaande beelden ofwel voor het uitzenden van een toetsbeeld.

²⁷² Hugenholtz 1982 p. 14.

²⁷³ Brief van de minister van Justitie en de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap pen d d. 28 februari 1995 (WV 23247 nr. 21 p. 12).

een abonneeprogramma altijd via een kabelnetwerk uitgezonden.²⁷⁴ Ook via satelliet en ether zijn echter abbonc-uitzendingen mogelijk. Abonneetelevisie en pay-per-view bereiken ontvangers buiten 'de kring' en dat gebeurt bovendien tegelijkertijd, waardoor deze diensten onder het traditionele uitzenden vallen. Alleen de (manier van) betaling wijkt af van normale omroepuitzendingen.

Het verschil in betaling lijkt echter van groot belang in verband met de secundaire openbaarmaking, omdat bij abonneetelevisie en pay-per-view het aantal eindgebruikers/-aangeslotenen exact vast te stellen is, lijkt er geen reden om de primaire uitzending en een eventuele gelijktijdige kabeldoorgifte als twee aparte openbaarmakingen aan te merken.

De praktische argumenten die in paragraaf 5.5 werden genoemd ten faveure van het auteursrechtelijk relevant achten van secundair openbaar maken zijn op abonneetelevisie en pay-per-view-diensten niet van toepassing. Ontvangstverbeteringen, controverses over het bereik van zenders en het veranderen van het bereik van zenders spelen bij abonneetelevisie en pay-per-view-systemen geen rol. Het primaire uitzenden in combinatie met het beschikbaar stellen van de benodigde decoderingsapparatuur, is bij deze vorm van publiek toegankelijk maken de controleerbare activiteit die auteursrechtelijk relevant moet worden geacht. De doorgifte van een gecodeerd signaal door een kabelexploitant leidt er niet toe dat er werken publiek toegankelijk worden gemaakt. Het is daarom onlogisch en onwenselijk om de secundaire kabeldoorgifte van een gecodeerd programma in ongewijzigde gecodeerde vorm als een afzonderlijke vorm van publiek toegankelijk maken aan te merken.

8.4 Elektronisch verspreiden

Elektronisch verspreiden is de aanduiding die in deze studie wordt gebruikt voor een vorm van geïndividualiseerd toegankelijk maken op afstand, waarbij informatie geschieden en vaak ongelijktijdig aan het publiek wordt toegezonden en waar bij een (min of meer duurzame) vastlegging ontstaat bij de ontvanger alvorens hij het werk kan waarnemen. Het verschil met geïndividualiseerd uitzenden is dat bij elektronisch verspreiden eerst een vastlegging moet plaatsvinden voordat kan worden waargenomen, terwijl een geïndividualiseerde uitzending onmiddellijk en zonder vastlegging kan worden waargenomen. Het verschil met het traditionele verspreiden is dat er bij elektronisch verspreiden geen exemplaren (vastleggingen) worden *verplaatst* maar er langs elektronische weg wordt bewerkstelligd dat er bij de ontvanger vastleggingen (exemplaren) *ontstaan*. Een reeds geruime tijd bekend voorbeeld van elektronisch verspreiden is het toezenden van een fax. De moderne variant van de fax is de e-mail, waar bij een bericht wordt vastgelegd in de 'elektronische brievenbus' van de ontvanger die het op een later, door hem gewenst tijdstip kan waarnemen.

Het kenmerk dat er bij elektronische verspreiding sprake is van een vastlegging,

274 Artikel 1 sub h Mediawet: abonneeprogramma: een programma dat door middel van een draadloze omroepinrichting gelijktijdig wordt uitgezonden naar meer dan een aangesloten of een draadloze omroepinrichting die een daartoe strekkende overeenkomst hebben gesloten met de verzorger van het programma.

oftewel een verveelvoudiging brengt met zich mee dat naar geldend recht deze activiteit (ook) steeds door het verveelvoudigingsrecht wordt geraakt.

Er kan weinig twijfel over bestaan dat elektronisch verspreiden moet worden aangemerkt als een vorm van publiek toegankelijk maken. De parallel met het normale verspreiden is duidelijk en het elektronisch verspreiden zal het traditionele verspreiden vermoedelijk grotendeels gaan vervangen. De kwalificatie van het elektronisch verspreiden in de bestaande categorieën van openbaar maken is echter problematisch. De belangrijkste vraag is of er bij elektronisch verspreiden sprake is van materieel of immaterieel publiek toegankelijk maken.

8.4.1 Nederland

In Nederland valt elektronisch verspreiden zonder twijfel, evenals het hiervoor besproken geïndividualiseerd uitzenden, onder het ruime openbaarmakingsbegrip. Over de systematische kwalificatie naar huidig recht valt echter weinig zinnigs te zeggen. Enerzijds is verdedigbaar dat het om *verspreiden* gaat, er worden immers exemplaren ‘verspreid’, althans er komen exemplaren bij het publiek terecht. Aan het in deze studie gestelde vereiste dat er stoffelijke exemplaren worden verplaatst wordt echter niet voldaan. Anderzijds is verdedigbaar dat elektronisch verspreiden een vorm van *uitzenden* is, omdat het werk via kabel, ether of satelliet naar de ontvanger wordt gezonden. Er ontstaat echter een exemplaar en het toegankelijk maken kan daarom moeilijk immaterieel genoemd worden. In situaties waarin de rechten met betrekking tot de immateriële en de materiële vormen van publiek toegankelijk maken in verschillende handen rusten is deze kwalificatie-pat-stelling het meest problematisch. Twee voorbeelden, één met betrekking tot auteursrechten en één met betrekking tot naburige rechten kunnen dit duidelijk maken.

Buma – Stemra

Blijkens de exploitatiecontracten beschikt muziekauteursrechtenorganisatie Buma over ‘de rechten [wereldwijd] met betrekking tot iedere openbaarmaking – met uitzondering van het verveelvoudigen of verspreiden van verveelvoudigingen’ van haar aangeslotenen.²⁷⁵ Stemra beschikt over de rechten met betrekking tot het vastleggen op ‘geluids- en/of beeld dragers’ en de rechten met betrekking tot ‘het ter beschikking stellen daarvan aan derden, een en ander in de ruimste zin van het woord en ongeacht de wijze waarop [...] de terbeschikkingstelling geschiedt’.²⁷⁶ Beide begripsomschrijvingen zijn dusdanig ruim dat de elektronische verspreidingsrechten wel onder één van de twee begrepen zullen kunnen worden.

275. Overeenkomst betreffende de exploitatie en handhaving van het muziekauteursrecht, als vastgesteld door het bestuur van de Vereniging Buma, dd 14 oktober 1992, artikel 1

276. Overeenkomst betreffende de exploitatie en handhaving van mechanische reproductierechten, als vastgesteld door het bestuur van de Stichting Stemra, dd 14 oktober 1992, artikel 1

Onder *welke* is evenwel de beslissende vraag, die nog niet beantwoord is ²⁷⁷ Nu zal dat bij organisaties in Nederland mogelijk weinig problemen opleveren omdat Buma en Stemra nauw samenwerken. In de recente 'tijdelijke Internet-licenties' worden Buma en Stemra gezamenlijk als rechthebbenden genoemd ²⁷⁸ In sommige andere landen zijn vergelijkbare organisaties echter volledig gescheiden en zij zullen mogelijk niet (kunnen/willen) samenwerken.

SENA – fonogrammenproducenten

In Nederland ligt echter momenteel een groot probleem bij de *naburige* elektronische rechten. Daarbij doet zich een probleem voor dat in paragraaf 2.2 reeds werd genoemd en dat voortvloeit uit de tekst en structuur van de WNR. Zoals in de genoemde paragraaf aan het begin van dit hoofdstuk is gebleken kent de WNR een duidelijke scheiding in materiele en immateriele vormen van publiek toegankelijk maken. Anders dan in de Auteurswet 1912 worden in de WNR alleen de *immateriele* vormen van publiek toegankelijk maken aangeduid met de term 'openbaar maken'. De *materiele* worden omschreven als 'het verkopen, verhuren, uitlenen, afleveren of anderszins in het verkeer brengen van een opname van een uitvoering'. Nu is in artikel 7 WNR met betrekking tot de immateriele vormen van publiek toegankelijk maken het individuele verbodsrecht omgezet in een recht op een billijke vergoeding dat op grond van de wet wordt uitgeoefend door de SENa ²⁷⁹ Hier betekent de kwalificatie van elektronisch verspreiden als immateriele dan wel als materiele vorm van publiek toegankelijk maken voor de fonogrammenproducenten ²⁸⁰ het verschil tussen enerzijds een verbodsrecht en anderzijds een vergoedingsaanspraak die door een collectieve belangenbehartigingsorganisatie wordt uitgeoefend, waarbij deze organisatie (tegen betaling van een billijke vergoeding) altijd toestemming *moet* geven.

8.4.2 Duitsland

Hoewel men het er in Duitsland wel over eens is dat het elektronisch verspreiden onder het exploitatierecht van de auteur moet vallen, wordt er erg geworsteld met het bestaande systeem ²⁸¹ Indeling onder het verspreidingsrecht wordt afgewezen omdat er geen stoffelijke exemplaren worden verplaatst. Bij een eventuele inde-

277 Een interessante complicatie is dat de benodigde wettelijke bemiddelingslicentie van Buma op grond van artikel 30a Aw zich beperkt tot bemiddeling met betrekking tot de uitvoering in het openbaar of de uitzending in een radio- of televisieprogramma door tekens, geluid of beelden. Deze omschrijving is aanzienlijk minder ruim dan die in het exploitatiecontract en het is goed verdedigbaar dat deze zich niet uitstrekt tot elektronisch verspreiden. Dit zou betekenen dat ongeacht bij wie momenteel de rechten berusten voor bemiddeling op het gebied van het elektronisch verspreiden bijvoorbeeld via Internet geen toestemming van de minister van Justitie is vereist.

278 De Tijdelijke regeling muziekgebruik (op Internet) is begin mei 1996 door Buma en Stemra gezamenlijk gelanceerd.

279 Dit geldt alleen voor voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen en reproducties daarvan maar dat is voor commerciële fonogrammenproducenten uiteraard de belangrijkste categorie. Bovendien gaat men er bij SFNA vanuit dat de meeste geluidsweggeven inclusief bijvoorbeeld videoclipps als reproducties van fonogrammen moeten worden aangemerkt.

280 Op grond van hun eigen rechten ex artikel 6 WNR en de aan hen overgedragen of gelicentieerde rechten van uitvoerende kunstenaars ex artikel 2 WNR.

281 Zie paragraaf 8.2.2.

ling onder de immateriële openbaarmakingsrechten stuiten we naast het vaak genoemde ongelijktijdigheidsprobleem op het feit dat er bij (loutere) elektronische verspreiding moeilijk gesproken kan worden van openbare *weergave*. Er wordt immers in eerste instantie alleen nog maar vastgelegd en (nog) niet weergegeven.

8.4.3 Verenigde Staten

In de VS speelt bij de elektronische verspreiding een vergelijkbaar kwalificatieprobleem. Waar bij de eerder besproken nieuwe vormen van publiek toegankelijk maken de zeer ruime definitie van public display en public performance steeds uitkomst kon bieden, is dit bij elektronisch verspreiden niet mogelijk. Er is namelijk geen sprake van display of performance, waardoor de beoordeling van het publiek karakter aan de hand van de 'transmission' variant²⁸² niet aan de orde komt.

*When a copy of a work is transmitted over wires, fiber optics, satellite signals or other modes in digital form so that it may be captured in a user's computer, without the capability of simultaneous rendering or showing, it has rather clearly not been performed. Thus, for example, a file comprising the digitized version of a motion picture might be transferred from a copyright owner to an end user via the Internet without the public performance right being implicated.*²⁸³

Voor het 'display' geldt hetzelfde probleem. 'To "display" a work means to show a copy of it'.²⁸⁴ Bij elektronische transmissie wordt in beginsel niets 'geshowd'.

Als 'display' en 'performance' niet van toepassing zijn, blijft alleen het 'distribution right' over. Daarvoor geldt echter traditioneel dat er van verplaatsing van stoffelijke exemplaren sprake moet zijn.²⁸⁵ In twee vaak genoemde Amerikaanse zaken waarin elektronisch verspreiden een rol speelde, *Playboy v Frena*²⁸⁶ en *Sega v MAPHIA*,²⁸⁷ is de vraag of er inbreuk werd gemaakt op het distribution right niet (duidelijk) beantwoord.²⁸⁸

In het Amerikaanse White Paper wordt voorgesteld het probleem met betrekking tot elektronisch verspreiden op te lossen door aan het distribution right nadrukkelijk de transmissie variant te koppelen.²⁸⁹ Aan section 106 lid 3 USC zou de term transmission worden toegevoegd, waardoor deze bepaling als volgt zou gaan luiden:

²⁸² Section 101 USC

²⁸³ White Paper p. 71

²⁸⁴ Definitie van display volgens section 101 USC zie paragraaf 3.2.4

²⁸⁵ [T]he right to distribute copies of a work has traditionally covered the right to convey a possessory interest in a tangible copy of the work. White Paper pp. 68-69

²⁸⁶ 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993)

²⁸⁷ 857 F. Supp. 679 (N.D. Cal. 1994)

²⁸⁸ Dat was niet nodig omdat werd vastgesteld dat er sprake was van inbreuk op het display right en het reproduction right (voorafgaand aan het elektronisch verspreiden). White Paper pp. 68-69

²⁸⁹ White Paper pp. 213-217

To distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending, or by transmission (curs DV)

In het definitie-artikel section 101 USC wordt aan de bestaande definitie van 'to transmit a performance or display'²⁹⁰ een definitie van 'to transmit a reproduction' toegevoegd

To 'transmit' a reproduction is to distribute it by any device or process whereby a copy or phonorecord of the work is fixed beyond the place from which it was sent

Hierdoor zou het verspreidingsrecht zich naar Amerikaans auteursrecht uitstrekken over het elektronisch verspreiden, waarmee het elektronisch verspreiden als een *materiele* vorm van openbaar maken zou moeten worden aangemerkt. Over de consequenties daarvan hierna

8.4.4 Elektronisch verspreiden en uitputting

Als elektronisch verspreiden evenals het traditionele verspreiden (door verplaatsing van exemplaren) als een materiele vorm van publiek toegankelijk maken kan worden aangemerkt, doet zich de vraag voor welke rol de uitputting daarbij speelt. Deze vraag laat zich opsplitsen in twee deelvragen. Vraag één: is het elektronisch verspreiden aan te merken als een vorm van *in het verkeer brengen van exemplaren*,²⁹¹ waardoor het recht de/z exemplaren op traditionele wijze (door fysieke verplaatsing) verder te verspreiden is uitgeput? Vraag twee: als elektronisch verspreiden een vorm van *in het verkeer brengen van exemplaren* is, die uitputting ten gevolge heeft, geldt die uitputting dan ook voor *elektronisch verder verspreiden*?

Uitputting ten aanzien van traditioneel verspreiden

Het Amerikaanse White Paper lijkt op de hierboven eerst genoemde vraag een duidelijk antwoord te geven.²⁹²

Clearly, the first sale doctrine [= uitputting, DV] should apply if the particular copy involved is in fact the copy that is further distributed, even if the copy was first obtained by transmission

De vraag is echter wanneer daarvan sprake is: wanneer wordt het exemplaar, de vastlegging die via transmissie is ontstaan, verder verspreid? Hier stuiten we op de in hoofdstuk 2, paragraaf 7 besproken problematiek van de talloze tijdelijke en minder tijdelijke vastleggingen die bij verzending van digitale informatie plaatsvinden. Is de uitputting van toepassing op de vastlegging in een 'e-mailbox' of in

290 Definitie in section 101 USC: 'To transmit a performance or display is to communicate it by any device or process whereby images or sounds are received beyond the place from which they are sent.'

291 Met 'in het verkeer brengen van exemplaren' wordt hier bedoeld de activiteit die hiervoor in paragraaf 1.2.3 is gegeven.

292 White Paper, p. 93.

het werkgeheugen van een computer? Indien het antwoord bevestigend moet luiden is de uitputting praktisch zonder betekenis. Immers, een mailbox en een werkgeheugen zijn niet bedoeld en niet geschikt voor fysieke verplaatsing en dus niet voor traditionele verspreiding. Maar ook als een (uiteindelijk) vastlegging op bijvoorbeeld een floppy als de door transmissie rechtmatig in het verkeer gebrachte vastlegging wordt gezien die vanwege de uitputting vrij zou mogen worden verspreid, ontstaat er een lastige situatie. De vastlegging op die floppy is niet te onderscheiden van kopieën daarvan, waardoor een oncontroleerbare situatie ontstaat. Bij werken in digitale vorm die door middel van downloaden zijn vastgelegd kan nauwelijks van een authentiek exemplaar worden gesproken, laat staan dat de authenticiteit bij verdere verspreiding kan worden vastgesteld en bewezen. Men zou hier tegenin kunnen brengen dat dit slechts een praktisch probleem is dat niet voor de theorie van de uitputting van belang zou moeten zijn. De uitputtingsleer is echter van oudsher gericht op fysieke informatiedragers waarbij mogelijk is aan te tonen dat juist die dragers met toestemming van de rechthebbende zijn vervaardigd en in het verkeer gebracht. Als vastlegging A van een rechtmatig gedownload werk op geen enkele manier te onderscheiden is van vastlegging B, afkomstig van dezelfde rechtmatige download handeling, is niet vast te stellen welke nu het rechtmatig vervaardigde en/of in het verkeer gebrachte exemplaar is. Alleen als het mogelijk zou zijn om er voor te zorgen dat een werk dat via een elektronische verspreiding is verkregen zodanig op een drager kan worden vastgelegd dat er daarmee slechts een als zodanig herkenbare rechtmatig vervaardigde en in het verkeer gebrachte informatiedrager ontstaat, lijkt de uitputtingsleer praktisch toepasbaar op elektronische verspreiding.

Uitputting van het elektronisch verspreidingsrecht zelf

Hierboven ging het om het verspreiden in traditionele zin van een exemplaar dat door elektronische verspreiding rechtmatig is verkregen. De tweede vraag was of de elektronische verspreiding zelf onderhevig is aan uitputting, oftewel of een door elektronische verspreiding verkregen vastlegging verder langs elektronische weg mag worden 'doorgegeven'. Hierbij moet bedacht worden dat bij iedere elektronische verspreiding een *nieuwe vastlegging* ontstaat, het is immers nooit *dezelfde* vastlegging die wordt *doorgegeven*. Dit is tegelijk de eenvoudigste formele verklaring voor de ontkennende beantwoording van de vraag: de elektronische verspreiding is niet onderhevig aan uitputting omdat er geen sprake is van de fysieke doorgifte van een met toestemming van de rechthebbende in het verkeer gebrachte informatiedrager, maar (wel) van een nieuwe vastlegging die op grond van het *verveelvoudigingsrecht* kan worden verboden.²⁹³

Deze formele verklaring is echter niet helemaal bevredigend. De hypothese van deze paragraaf, waarin de rol van de uitputting van bij elektronisch verspreiden

293 White Paper, p. 95. 'It seems clear that the first sale model – in which the copyright owner parts company with a tangible copy – should not apply with respect to distribution by transmission because transmission by means of current technology involves both the reproduction of the work and the distribution of that reproduction. In the case of transmissions, the owner of a particular copy of a work does not dispose of the possession of that copy or phonorecord. A copy of the work remains with the first owner and the recipient of the transmission receives another copy of the work.'

bekeken wordt, is dat deze nieuwe vorm van verspreiden auteursrechtelijk moet worden gekwalificeerd als een traditionele vorm van verspreiden. Dat impliceert dat de technische verschillen tussen beide vormen van verspreiden auteursrechtelijk *niet relevant* zouden zijn. Het lijkt niet helemaal zuiver om die technische verschillen weer *wel* aan te grijpen om de zeer belangrijke beperking van het traditionele verspreidingsrecht, te weten de uitputting, mede via toepassing van een totaal ander verbodsrecht, te weten het verveelvoudigingsrecht, buitenspel te zetten.

Er is echter ook een praktische verklaring te geven: de eigenaar van een werk-exemplaar in elektronische vorm kan het bij elektronische verspreiding niet éénmaal aan één ontvanger doorgeven, zoals bij een traditionele fysieke drager, maar talloze malen aan talloze ontvangers. Dit is een belangrijk verschil dat een verschillende benadering rechtvaardigt en zelfs noodzakelijk maakt: als iedere rechtmatige ontvanger van een digitaal exemplaar onbeperkt zou mogen 'doorgeven' zou er weinig meer voor de auteur overblijven. Dit kan en mag dus niet het gevolg zijn. Hier zou men tegenin kunnen brengen dat de uitputting dan wél van toepassing zou kunnen zijn als de verzender zijn exemplaar na verzending wist of vernietigt (waardoor herhaalde verzending niet meer mogelijk is). In het White Paper wordt deze stelling verworpen met een beroep op het verveelvoudigingsrecht, dat in een dergelijk geval geschonden zou zijn.²⁹⁴ Dit is ook weer niet helemaal zuiver: de vraag is namelijk of het (elektronische) *verspreidingsrecht* in een dergelijk geval geschonden is. Een beter argument lijkt dat het *oncontroleerbaar* is of de verzender daadwerkelijk zijn exemplaar wist, en dat het afhankelijk maken van een belangrijk rechtsgevolg als uitputting van een oncontroleerbare handeling *onwenselijk* is.

De conclusie moet zijn dat het niet mogelijk is de uitputting met aanvaardbare gevolgen op elektronisch verspreiden toe te passen.²⁹⁵ Daarbij moet worden vastgesteld dat de interferentie met het verveelvoudigingsrecht niet helemaal buiten beschouwing kan blijven,²⁹⁶ maar vooral ook dat het moeilijk wordt om aan te geven wat het relevante verschil is tussen elektronisch verspreiden en geïndividualiseerd uitzenden.

8.5 Verschil tussen geïndividualiseerd uitzenden en elektronisch verspreiden

8.5.1 Theorie

Het verschil tussen geïndividualiseerd uitzenden en elektronisch verspreiden is dat bij de eerste activiteit het werk direct kan/moet worden waargenomen op het moment dat het wordt ontvangen, terwijl bij de tweede activiteit eerst een vastlegging ontstaat bij de ontvanger. Dit is vooral een formeel onderscheid dat voortkomt uit en aansluit bij de traditionele verdeling in immateriele en materiele vor-

294 White Paper p. 94. To apply the first sale doctrine in such a case would vitiate the reproduction right.

295 Hugenholtz (Future bundle pp. 95-98) bespreekt de uitputting in relatie tot netwerk gebruik maar komt niet tot een duidelijke conclusie: laat staan tot een praktische oplossing of toepassing.

296 In dit hoofdstuk wordt desondanks het verveelvoudigingsrecht zo veel mogelijk buiten beschouwing gelaten ten behoeve van een systematisch overzichtelijke bespreking. In hoofdstuk 4 zal de interferentie tussen verveelvoudigingsrecht en openbaarmakingsrecht nog aan de orde komen.

men van publiek toegankelijk maken. In het Amerikaanse systeem (als voorgesteld in het White Paper) gaat het bij individueel uitzenden om de 'transmission of a performance or display' en bij elektronisch verspreiden om de 'transmission of a reproduction'. Dit lijkt een systematisch vertrouwde en daarmee op het eerste gezicht aantekkelijke benadering. Er lijkt weinig of niets veranderd te hoeven worden om het systeem van exploitatierechten het hoofd te laten bieden aan de nieuwe vormen van publiek toegankelijk maken. Over het voorstel om elektronisch verspreiden onder het verspreidingsrecht te laten vallen merkt het White Paper op:²⁹⁷

The proposed amendment does not create a new right. It is an express recognition that, as a result of technological developments, the distribution right can be exercised by means of transmission.

De indruk wordt gewekt dat er niets nieuws onder de zon is. Het is echter de vraag of de traditionele (theoretische) systematische verdeling in de praktijk wel zo aantrekkelijk is.

8.5.2 Praktijk

In het Amerikaanse White Paper wordt over het maken van onderscheid tussen 'transmission of a performance or display' enerzijds en 'transmission of a reproduction' anderzijds het volgende opgemerkt:

How to delineate between these types of transmissions is a difficult issue to resolve. The transmissions themselves hold no clues, one type often looks the same as the other during the transmission. If the transmitter intends to transmit a performance of the work, as well as to distribute a reproduction of it - or if the receiver is able to hear or see a performance of the work in the course of receiving a copy of it - what rights are exercised by the transmission? A transmission could be a transmission of a reproduction or a performance or both.²⁹⁸

In het White Paper wordt vervolgens opgemerkt dat dit soort kwesties opgelost moet worden aan de hand van de omstandigheden van het geval, en door rechthebbers en gebruikers moet worden 'verhelderd' in licentie-overeenkomsten: 'If confusion or disagreement exists in a specific context, the courts - rather than Congress - are in the better position to determine which, if any, exclusive rights are involved in a particular transmission'. In een voetnoot²⁹⁹ wordt vervolgens gesug-

²⁹⁷ White Paper, pp. 213-214.

²⁹⁸ White Paper, pp. 217-218.

²⁹⁹ White Paper, p. 218, noot 544: 'To delineate between those transmissions that are communications of performances or displays and those that are distributions of reproductions, one may look at both ends of the transmission. Did the transmitter intend to communicate a performance or display of the work or, rather, to distribute a reproduction of the work? Did the receiver simply hear or see the work or, rather, also receive a copy of it? Did the receiver simply receive a copy or was it possible for her to hear or see it as well? License rates and terms will assist in determining the intent of the parties.'

gereerd dat bij het bepalen van het karakter van de 'transmission' de situatie aan beide zijden in ogenschouw moet worden genomen. Was het de bedoeling van de verzender een 'performance' of een 'display' te verzenden of wilde hij een 'reproduction' verspreiden? Luisterde of keek de ontvanger alleen maar of ontving hij eigenlijk ook een vastlegging? Werd alleen maar een vastlegging ontvangen of kon er ook worden geluisterd of gekeken? De licentietarieven en voorwaarden moeten, aldus het White Paper, helpen bij het vaststellen van de bedoelingen van partijen.

Uiteraard zal in twijfelgevallen de rechter het laatste woord (moeten) hebben. De genoemde mogelijke *leitelijke criteria* die daarbij zouden moeten worden gehanteerd zijn echter erg vaag en bovendien leidt het afhankelijk maken van de kwalificatie van de verzending van de bedoelingen van partijen tot nog meer onzekerheid.

Het 'ouderwetse' voorbeeld van de videorecorder kan die onzekerheid nader illustreren. Tegenwoordig wordt met veel televisie-uitzendingen een Video Programming System (VPS)-signaal meegezonden. Dat signaal zorgt er voor dat een vooropname van een bepaald programma geprogrammeerde videorecorder 'weet' dat het bewuste programma begint. Hierdoor zal als het programma eerder of later begint dan aanvankelijk aangekondigd, toch het hele programma worden opgenomen. Het is dus duidelijk de bedoeling van de omroeporganisatie om de vastlegging van het programma (mede) mogelijk te maken. Is er daarmee dan naast de 'transmission of a performance' ook sprake van een 'transmission of a reproduction'? Dezelfde vraag kan gesteld worden bij een andere service van de omroepen, het vermelden van een code in het programmablad of op teletekst aan de hand waarvan de videorecorder makkelijker geprogrammeerd kan worden. Hierbij kan men blijven volhouden dat het hoofddoel het direct kijken is en blijft, maar het is eenvoudig situaties te bedenken waar dat (nog) minder goed mogelijk is.³⁰⁰

In veel gevallen zal de wens van de ontvanger om de instelling van zijn apparatuur beslissend zijn voor de vraag of er direct waargenomen wordt, of dat een vastlegging wordt beoogd. Ginsburg geeft de volgende voorbeelden:³⁰¹

For example, an act which the user may perceive as a public performance, such as a digital broadcast of a popular song, is also a transmission of copies to the listeners' computers. An act which the user may perceive as reproduction, such as ordering the delivery of a document to her computer's screen and memory, is also a public display by means of transmission.

8.5.3 Zin

Als het handhaven van het traditionele onderscheid tussen uitzenden en verspreiden in de praktijk zoveel onzekerheid en samenloop met zich mee dreigt te brengen moet de vraag gesteld worden of het verantwoord is om er aan vast te houden. Nu daarbij bovendien bedacht moet worden dat gebleken is dat het belangrijkste auteursrechtelijke verschil tussen verspreiden en uitzenden, te weten de invloed

300 Wat bijvoorbeeld te denken van documentaires die om vier uur 's morgens worden uitgezonden en (dus) vooral of alleen maar bedoeld zijn om op de video opgenomen te worden?

301 Ginsburg, *Future* bundel, p. 204.

van de *uitputting* bij deze nieuwe vorm van publiek toegankelijk maken, geen rol meer mag of kan spelen, wordt deze vraag nog dringender. In de volgende paragraaf wordt onderzocht of een andere benadering deze vragen kan beantwoorden of omzeilen.

9 On-line toegankelijk maken

On-line toegankelijk maken is een omschrijving voor een activiteit die zowel geïndividualiseerd uitzenden als elektronisch verspreiden kan omvatten. Bij on-line toegankelijk maken is er sprake van een (centrale) computer, een elektronische databank, waarin informatie is opgeslagen die door het publiek rechtstreeks individueel benaderd kan worden. Deze informatie kan worden geraadpleegd en eventueel worden gedownload. Het verschil tussen beide activiteiten is dat bij raadplegen geen permanente kopie in het geheugen van de computer van de ontvanger wordt vastgelegd en bij downloaden wel. In beide gevallen wordt echter wel informatie van de centrale databank naar de ontvanger verzonden. Er kan weinig twijfel over bestaan dat het on-line aan het publiek beschikbaarstellen van werken in een databank als een vorm van publiek toegankelijk maken moet worden aangemerkt.³⁰²

Het on-line raadplegen van een databank brengt individueel uitzenden met zich mee, het werk wordt immers op basis van individuele selectie en transmissie vanaf de centrale computer naar de computer en het beeldscherm van de ontvanger gezonden, waarna de ontvanger het werk vervolgens onmiddellijk waarneemt. Het on-line downloaden valt samen met elektronisch verspreiden: er ontstaat een toegezonden vastlegging in de eigen computer van de ontvanger die het werk daar op een later tijdstip (herhaald) kan waarnemen. Het raadplegen van en het downloaden uit on-line databanken kan dus via de twee bovenbeschreven verzendingsvarianten voor het publiek toegankelijk worden gemaakt. Daarbij moet worden bedacht dat het aan verzending voorafgaande aanbod daartoe van de databank-aanbieder minstens zo relevant is als de daadwerkelijk verzending (in het kader van het raadplegen of downloaden) die bij on-line databanken door de ontvanger wordt gemiticëerd.

9.1 Tentoonstellen op afstand

Het lijkt ook mogelijk om het on-line toegankelijk maken van een databank, vooral als het gaat om het aanbieden van de mogelijkheid op afstand te raadplegen, te vergelijken met het laten raadplegen ter plaatse, of (te wel) met tentoonstellen. Deze vergelijking dringt zich vooral daar om op, nu er weliswaar technisch gezien

³⁰² In de Spaanse Auteurswet wordt het beschikbaar stellen van on-line databanken expliciet genoemd als een vorm van publiek toegankelijk maken. Artikel 20 lid 2 van de Wet van 22 november 1987 aangaande intellectuele eigendom luidt als volgt: 'Especialmente son actos de comunicación pública [...] h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación cuando estas incorporen o constituyan obras protegidas'.

steeds sprake is van werken die naar de gebruiker worden toegezonden, maar gevoelsmatig en in het hedendaags taalgebruik veeleer van een situatie waar de gebruiker *naar het werk toekomt* men 'bezoekt' een databank.³⁰³ De waarnemer neemt het initiatief tot het bezoeken van een databank, terwijl de aanbieder zich na het 'openstellen' ervan even passief opstelt als bij een normale tentoonstelling. Men zou dus kunnen spreken van 'tentoonstellen op afstand'.

9.2 Tentoonstellen op afstand en uitputting

De vergelijking van het on-line toegankelijk maken met tentoonstellen en met het beschikbaar stellen voor raadpleging ter plaatse werpt de vraag op, of ook de uitputting of een vergelijkbare beperking van toepassing is. Voor geldend Nederlands en Duits recht is deze vraag eenvoudig te beantwoorden. Zoals uit de paragrafen 3.2.1 en 3.2.3 is gebleken, heeft in deze landen het tentoonstellingsrecht alleen betrekking op het tentoonstellen voor *directe visuele waarneming*, zonder tussenkomst van projectie. Bij on-line toegankelijk maken is echter wel sprake van projectie (op het beeldscherm van de gebruiker).

Voor het geldende Amerikaanse recht is de vraag ook niet moeilijk te beantwoorden, ook al heeft het tentoonstellingsrecht daar wel mede betrekking op tentoonstelling door projectie. Section 109c USC beperkt de tentoonstellingsvrijheid namelijk uitdrukkelijk tot het tentoonstellen 'to viewers *present at the place where the copy is located*' (curs. DV).

Tentoonstellen op afstand valt daar niet onder. Uit de toelichting op deze bepaling wordt duidelijk dat deze voorwaarde speciaal bedoeld is om nieuwe diensten als het on-line toegankelijk maken van de werking van het bewuste artikel uit te sluiten.³⁰⁴

Er is ook alle reden om het tentoonstellen op afstand en het aanbieden voor raadpleging on-line niet vrij te maken van auteursrechtelijke aanspraken. Als de eigenaar van een vastlegging van een werk in digitale vorm dit werk on-line beschikbaar zou mogen stellen zou in veel gevallen de volledige consumptiebehoefte van veel 'bezoekers' van de betreffende databank kunnen worden bevredigd zonder dat de auteur hierover enige zeggenschap zou hebben. De stelling, die soms van bibliotheekzijde wordt verkondigd, dat on-line raadplegen, vaak aangeduid met de Engelse term 'browsen', evenals het raadplegen van fysieke exemplaren ter plaatse, vrijgesteld zou moeten worden van auteursrechtelijke aanspraken,³⁰⁵ is dan ook niet houdbaar. Daarbij moet overigens bedacht worden dat het *aanbieden*

303 Of nog moderner: men *surft* naar een web pagina.

304 [Section 109 c] takes account of the potentialities of the new communications media – notably television, cable and optical transmission devices, and information storage and retrieval devices – for replacing printed copies with visual images. First of all, the public display of an image of a copyrighted work would not be exempted from copyright control if the copy from which the image was derived was outside the presence of the viewers. In other words, the display of a visual image of a copyrighted work would be an infringement if the image were transmitted by any method (by closed or open circuit television, for example, or by a computer system) from one place to members of the public located elsewhere. (H.R. Rep. 94-1476 94th Cong. 2d Sess. 62 (1976)).

305 Hugenholtz, NJB 1995, p. 516.

voor raadplegen on-line als auteursrechtelijk relevante vorm van publiek toegankelijk maken moet worden aangemerkt, en niet het consumptieve raadplegen zelf.

9.3 Positie ontvanger/eindgebruiker

Bij de traditionele vormen van publiek toegankelijk maken staat vast dat de koper, lener of huurder, de lezer, bezoeker, ontvanger, kijker of luisteraar steeds zelf geen door het auteursrecht bestreken handeling verricht, zo men wil 'vrijuit gaat'. Het publiek toegankelijk maken gebeurt door de verkoper, uitlener of verhuurder, organisator van de tentoonstelling of voorstelling, verzender of uitzender. Bij de geïndividualiseerde diensten moet en behoeft dat niet anders te zijn. Bij het aanvragen van een film via een on-demand-dienst ligt de verantwoordelijkheid bij de aanbieder van die dienst. Hetzelfde geldt voor het raadplegen en downloaden uit een on-line databank: de ontvanger pleegt geen handeling die onder het publiek toegankelijk maken valt, ook al initieert hij het downloaden, de daadwerkelijke verzending aan zichzelf.³⁰⁶

9.4 On-line beschikbaar stellen

De parallel tussen on-line beschikbaar stellen en tentoonstellen bleek wat betreft de uitputting niet op te gaan. Deze parallel geeft echter wel inzicht in een ander belangrijk aspect van het on-line beschikbaar stellen. Evenals bij het tentoonstellen is bij het on-line beschikbaar stellen niet van belang dat er sprake is van ongelijktijdige en gescheiden waarneming door het publiek. Sterker nog, feitelijke waarneming door het publiek is überhaupt niet noodzakelijk. Het loutere feit dat de aanbieder auteursrechtelijk beschermd werk in een on-line databank beschikbaar stelt vormt de kern van het publiek toegankelijk maken. Bij een openbaar toegankelijke tentoonstelling geldt dat ook een kunstwerk in een zaal die nooit door een bezoeker wordt betreden publiek toegankelijk wordt gemaakt. Ook bij de on-line databank is niet relevant of een bepaald werk ooit daadwerkelijk wordt opgevraagd (geraadpleegd of gedownload).

*'Beslissend is de beschikbaarstelling aan het publiek, waardoor kennisneming door het publiek van de inhoud van het werk mogelijk wordt'.*³⁰⁷ Hugenholtz noemde dit in 1982 in zijn bekroonde scriptie waarin hij het publiek toegankelijk maken in on-line databanken onderzocht, de essentie van het openbaar maken. Hij verwees bij deze conclusie onder andere naar de hiervoor besproken Schallplatten-Espresso uitspraak en naar de Amerikaanse definitie van public performance en display, waarin duidelijk wordt dat het er alleen om gaat dat 'the public [is] capable of receiving the performance or display'.³⁰⁸ Deze conclusie van Hugenholtz wordt hier onderschreven. In plaats van beschikbaar stellen wordt hier gesproken van toegankelijk maken, maar hetzelfde wordt bedoeld.

306 Het is waarschijnlijk dat de ontvanger (naar huidige recht) wel een handeling verricht die onder het *verveelvoudigingsrecht* valt

307. Hugenholtz 1982, p. 44

308 Section 101 USC

Deze conclusie dat het louter beschikbaar stellen de relevante handeling is, laat zich vanuit auteursrechtelijk perspectief als volgt verder onderbouwen. Het beschikbaarstellen in de on-line databank is de *noodzakelijke* en *controleerbare* handeling die aan de *communicatie* van het werk aan de consument *vooraf* gaat. Bij het toestemming verlenen voor deze handeling kan de auteur voorwaarden stellen waarbij het gebruik van de databank kan worden ingecalculeerd. Hij kan bedingen dat er per 'bezoeker' of 'raadpleger' van zijn werk in de databank aan hem een royalty betaald moet worden of hij kan akkoord gaan met een bedrag ineens of een vaste betaling per tijdseenheid. Het relevant achten van het beschikbaar stellen is daarmee veel doelmatischer dan het aan een verbodsrecht onderwerpen van de individuele transmissie-handelingen die daarop volgen.

Het is echter een feit dat het systeem van immateriele en materiele vormen van publiek toegankelijk maken van de Nederlandse WNR en de Duitse Auteurswet en de limitatieve opsomming van de 'bundel van rechten' in de Amerikaanse Auteurswet vooralsnog lijken te *dwingen* tot een indeling bij hetzij geïndividualiseerd uitzenden (unkörperliche Verwertung/public transmission of a performance or display), hetzij elektronische verspreiding (körperliche Verwertung/distribution by transmission).

Alleen onder de Nederlandse Auteurswet, die een open systeem kent zonder een verdeling in immateriele en materiele vormen, lijkt de benadering van het on-line beschikbaarstellen of toegankelijk maken als een aparte vorm van publiek toegankelijk maken zonder problemen te kunnen worden gerealiseerd, waarbij de materiele of immateriele vorm in het midden kan blijven. In het volgende hoofdstuk zullen suggesties worden gedaan over de manier waarop dit resultaat in de andere genoemde regelingen zou kunnen worden bereikt.

10 Het openbaarheids criterium bij on-line toegankelijk maken

Het geïndividualiseerd uitzenden en het elektronisch verspreiden vormen, al dan niet samengevat onder de gemeenschappelijke noemer 'on-line toegankelijk' maken, de kern van het publiek toegankelijk maken (op afstand) in het digitale tijdperk. Deze beide activiteiten worden gekenmerkt door zogenaamde punt-tot-punt verzending.³⁰⁹ Het verschil tussen beide is, zoals hiervoor al een aantal malen is aangegeven, dat bij geïndividualiseerd uitzenden sprake is van onmiddellijke waarneming door de ontvanger en bij elektronische verspreiding van vastlegging bij de ontvanger en van uitgestelde waarneming. Digitale verzending van punt-tot-punt heeft op zichzelf echter geen publiek karakter. Het geïndividualiseerd toezenden moet, om als een vorm van publiek toegankelijk maken te kunnen worden aangemerkt, wel plaatsvinden aan een publiek. Daarbij is niet relevant dat de eindgebruikers de informatie gescheiden en ongelijktijdig ontvangen, dat is immers juist het kenmerk van *geïndividualiseerde* vormen van publiek toegankelijk maken. Het 'publieke karakter' moet dus ergens anders uit blijken. Het publieke

³⁰⁹ Punt tot punt verzending is de vertaling van het Engelse begrip *point to point transmission* die een tegenstelling aangeeft met het traditionele *point to multi point*.

karakter van geïndividualiseerd toegankelijk maken kan op verschillende manieren worden geconstrueerd

10.1 Openbaar aanbod

Evenals bij het traditionele verspreidingsrecht³¹⁰ kan bij het geïndividualiseerd toegankelijk maken het voorafgaande *aanbod* als aanknopingspunt gekozen worden voor de bepaling van de openbaarheid. Als er sprake is van een openbaar aanbod kan de daarmee verbonden geïndividualiseerde verzending als openbaar worden aangemerkt.³¹¹ Het voordeel van deze constructie is dat een openbaar aanbod een controleerbare handeling is die in de meeste gevallen onvermijdelijk is voor de exploitant van de databank: de verzending is dan wel geïndividualiseerd, maar om een geïndividualiseerde verzending als dienst tot een succes te maken zal toch eerst aan het publiek moeten worden aangeboden.

10.2 Cumulatieve openbaarheid

Een andere benadering is te baseren op de omstandigheid dat de geïndividualiseerde verzendingen in de tijd *na elkaar* plaatsvinden aan een aantal mensen waar van gezegd kan worden dat ze *met elkaar* een publiek vormen. In dit verband wordt, vooral in het Duitse taalgebied wel gesproken van *cumulatieve* of *successieve* openbaarheid (*kumulative / sukcessive Offentlichkeit*). De Oostenrijkse Walter³¹² gebruikt deze term veelvuldig bij het bespreken van geïndividualiseerde vormen van publiek toegankelijk maken:

Im Hinblick auf die modernen Nutzungssysteme gewinnt die Problematik der sukcessiven Offentlichkeit (zeitliche Kumulation) zunehmend an Bedeutung, da in den verschiedensten Bereichen die individuelle Programmwahl und Versorgung den gleichzeitigen Werkkonsum zu verdrängen beginnt.

Het voordeel van deze constructie is dat ze ook toegepast kan worden op geïndividualiseerd toegankelijk maken waar geen openbaar aanbod aan voorafgaat. Een nadeel is dat, als de cumulatieve openbaarheid het *enige* openbaarheids criterium zou zijn, werken die nooit aangevraagd en verzonden worden, maar wel beschikbaar worden gesteld, niet als publiek toegankelijk gemaakt zouden kunnen worden aangemerkt.

10.3 Een ontvanger buiten de kring

In aansluiting op de in paragraaf 4.4.2 besproken gebruikelijke toepassing van het 'kring' criterium bij traditionele verspreiding is het ten slotte mogelijk om (zels) op basis van enige verzending of enig aanbod aan *een persoon buiten de eigen kring*

310 Zie paragraaf 3.1.5 en de artikelen 31a en 37 Aw.

311 Vergelijk White Paper, p. 215 nt. 541.

312 Walter: Die Hotel Video Systeme aus urheberrechtlicher Sicht. Medien und Recht 1984 Archiv (= bijlage) p. 10.

publiek toegankelijk maken aan te nemen. Dit leidt tot een zeer ruim openbaarheidsbegrip. Omdat, zoals in paragraaf 8.4.4 is gebleken, in een netwerkomgeving de uitputting geen rol meer lijkt te kunnen spelen, is de consequentie dat *iedere verzending* behalve die tussen familie of vrienden als een vorm van publiek toegankelijk maken zou moeten worden aangemerkt. In verband met de (on)mogelijkheid en (on)wenselijkheid van controle op de privécommunicatie (tussen individuen die niet tot dezelfde familie- of vriendenkring behoren) kan men zich afvragen of het wenselijk is dat een openbaarheidsbegrip zich uitstrekt over individuele incidentele communicatie. Met individueel en incidenteel wordt hier bedoeld dat er geen enkele vorm van openbaar aanbod aan voorafgaat en dat er ook geen sprake is van cumulatieve openbaarheid als hiervoor omschreven. In het Amerikaanse White Paper lijkt ook gedacht te zijn aan deze individuele incidentele verzending waar wordt gesteld: '[T]he transmission of a copyrighted work from one person to another in a private e-mail message would not constitute a distribution to the public'.³¹³ De vraag is wat hier precies met 'private' wordt bedoeld: het is mogelijk dat hier een ruimere betekenis aan moet worden toegekend dan aan communicatie tussen familie en vrienden. Hier wordt er vanuit gegaan dat er sprake is van openbaarheid als het toegankelijk maken samenvalt met of voorafgegaan wordt door een *aanbod* aan een kring van mensen die groter is dan 'de kring' of wanneer er *cumulatief* meer mensen worden bereikt dan degenen die behoren tot de eigen 'kring'. Naar mijn mening moet de werkelijk *incidentele* individuele communicatie met mensen van buiten 'de kring' (waar geen openbaar aanbod aan vooraf is gegaan en waarbij geen sprake is van cumulatieve openbaarheid) uit privacy overwegingen niet als publiek toegankelijk maken worden aangemerkt.

10.4 Toepassing openbaarheids criterium

10.4.1 Aanbieden in open en andere grote netwerken

Het beschikbaar stellen van werken op een open netwerk als het Internet of op een groot-abonneenet als het Compuservenet (welke (veel) meer aangesloten en hebben dan 'de kring') is een vorm van on-line toegankelijk maken waarbij vaak zowel de mogelijkheid van raadplegen als van downloaden wordt geboden. Dat hierbij sprake is van publiek toegankelijk maken is evident. Bij het aanbieden voor raadplegen is er naar Amerikaanse recht sprake van 'public display' en bij mogelijkheden tot downloaden volgens het White Paper van 'public distribution (by transmission)'. In Nederland en Duitsland is er in beide gevallen sprake van 'openbaar maken' in ruime zin respectievelijk van 'öffentliche Wiedergabe' in ruime zin. Bij deze vormen van aanbieden valt bijvoorbeeld te denken aan het aanbieden op World Wide Web-pagina's, elektronische prikborden (Bulletin Board Systems, BBS) en aan nieuws- en discussiegroepen.

10.4.2 Beschikbaar stellen in kleine, plaatselijke netwerken

Het beschikbaar stellen van werk in een plaatselijk netwerk (Local Area Network, LAN) kan als een vorm van publiek toegankelijk maken worden aangemerkt als de aangesloten en op het netwerk niet tot dezelfde 'kring' behoren. Dit is uitgaan-

³¹³ White Paper, p. 215.

de van de gebruikelijke definitie van 'de kring' bij alle netwerken binnen instellingen en ondernemingen het geval.³¹⁴ De consequentie hiervan is dat voor netwerkgebruik steeds toestemming van de rechthebbende vereist is. Deze toestemming wordt veelal verleend in de vorm van netwerk- of 'multi-user-(environment)'-licenties.

Hugenholtz kwam in 1982 tot een andere conclusie omdat hij meende dat aan het 'kring' criterium van, inmiddels, artikel 12, lid 4, Aw geen universele betekenis moet worden toegekend ten aanzien van andere typen van openbaar maken (dan uitvoeren).³¹⁵ In deze studie wordt er echter vanuit gegaan, op de in paragraaf 4.1 en paragraaf 4.4 besproken gronden, dat aan het 'kring'-criterium wel een algemene betekenis moet worden toegekend. Hugenholtz kwam tot de conclusie dat de 'storage in een inhouse net met een beperkt aantal aangesloten gebruikers' niet als openbaarmakingsvorm mag worden aangemerkt. Hij gaf zelf echter aan dat de uitkomst van zijn redenering niet geheel bevredigt. 'Immers, zij leidt ertoe, dat 'closed circuit' televisie (binnen een bedrijf) wel, maar besloten viewdata niet met ongeoorloofde openbaarmaking gepaard gaan'.³¹⁶ De oorzaak van deze merkwuurde incongruentie lag naar zijn mening in een gebrek aan symmetrie tussen de wettelijke regimes voor materiele en immateriele openbaarmakingen. In deze studie is aangegeven dat op dit punt geen gebrek aan symmetrie (meer) behoeft te bestaan, met onder andere het positieve gevolg dat de genoemde incongruentie zich niet voordoet.

11 Secundair openbaar maken

Bij de nieuwe vormen van geïndividualiseerd publiek toegankelijk maken op afstand lijkt geen plaats voor vormen van secundaire openbaarmaking. Omdat er sprake is van punt-tot-punt verzending kan er geen sprake zijn van een 'tussen geschakelde' activiteit die zelf als publiek toegankelijk maken kan worden aangemerkt. Degene die een geïndividualiseerde dienst aanbiedt en er (daarmee) voor zorgt dat de individuele consument toegang krijgt is verantwoordelijk voor het hele traject en is daarmee degene die, als enige, publiek toegankelijk maakt. Bij video-on-demand en andere on-demand-diensten betekent dit dat het geen verschil maakt of het signaal via een satelliet rechtstreeks naar de schotel van een ontvangende consument gaat dan wel via een of meer kabelnetwerken. Het is en blijft een individueel signaal.

Bij het aanbieden in een open netwerk als Internet betekent het dat het beschikbaar stellen op bijvoorbeeld een World Wide Web 'home page' auteursrechtelijk gezien geheel en alleen onder de verantwoordelijkheid van de aanbieder valt. Als contact wordt gelegd met de betreffende home page worden er individuele signalen verzonden die het gevolg of, zo men wil, onderdeel zijn van het publiek toegankelijk maken door de aanbieder. Ook hierbij maakt het geen verschil over hoeveel knooppunten het signaal wordt verzonden. Dit betekent dat de activiteit van een

³¹⁴ Vgl. Hugenholtz 1982 pp. 46-47.

³¹⁵ Hugenholtz 1982 p. 47.

³¹⁶ Ibidem.

zogenaamde access provider,³¹⁷ die individuen toegang biedt tot (het consumptieve gebruik van) het Internet, niet als een vorm van publiek toegankelijk maken valt aan te merken. Hetzelfde geldt voor de exploitant van een zogenaamd 'Internet cafe' waar bezoekers via aldaar aanwezige computers toegang wordt geboden tot het Internet. Tenslotte kan ook het aanbieden van een zogenaamde 'hyperlink' op een Internet pagina die een verwijzing en een 'koppeling' is met (de inhoud van) een andere Internet-pagina niet als een vorm van publiek toegankelijk maken worden aangemerkt. In het laatste geval is de aanbieder van de andere Internet-pagina waar de hyperlink naar verwijst degene die de daar aangeboden werken publiek toegankelijk maakt.

Dit alles neemt niet weg dat andere partijen dan de initiele aanbieder, met name de zogenaamde service providers, die het voor anderen mogelijk maken materiaal op het Internet aan te bieden, onder omstandigheden wel op grond van onrechtmatige daad (in zekere mate) aansprakelijk kunnen zijn. Daarvan zal bijvoorbeeld sprake kunnen zijn als het redelijkerwijs van hen gevergd kan worden een bepaalde auteursrechtinbreuk ongedaan te maken of wanneer zij de enige zijn bij wie de identiteit van de inbreukmakende aanbieder bekend is. In de Scientology-zaak³¹⁸ merkte de President van de Haagse rechtbank hierover op:³¹⁹

Een aansprakelijkheid zou aangenomen kunnen worden in een situatie waarin onmiskenbaar duidelijk is dat een publicatie van een gebruiker onrechtmatig is en waarin redelijkerwijs mag worden aangenomen dat zulks ook bij de access provider bekend is, bijvoorbeeld doordat deze op een en ander is geattendeerd. In een dergelijke situatie zou wellicht van de access [lees: service, DV] provider verlangd kunnen worden dat hij tegen de betrokken gebruiker optreedt.

De precieze omvang van de (mede) aansprakelijkheid van service providers en andere intermediairs op grond van onrechtmatige daad zal afhankelijk zijn van de mate waarin bepaalde (controle)maatregelen in redelijkheid van hen gevergd kunnen en moeten worden, in het licht van de nog niet uitgekristalliseerde technische ontwikkeling en de onwenselijkheid van inhoudelijke controle vooraf.³²⁰ Een uitgebreidere bespreking van deze belangrijke problematiek gaat de aan deze studie gestelde grenzen te buiten.

De conclusie dat er geen sprake is van secundair openbaar maken bij individueel toegankelijk maken betekent met name dat er geen grond is om *tweemaal te laten betalen* voor dergelijke diensten, zoals momenteel bij de parallelle doorgifte van radio- en televisieprogramma's via de kabel het geval is.

317 Zie over de hier gebruikte terminologie nader Visser AA 1996 p. 159.

318 Pres. Rb. 's Gravenhage 12 maart 1996. Computerecht 1996 p. 73 met noot D.W.F. Verkade Mediaforum 1996 p. B59 met noot D.J.G. Visser op p. 61. AMI 1996 p. 96 (Scientology kerk/XS4all c.s.).

319 F. 1 p. overweging 3.3.

320 Vergelijk de noot van D.W.F. Verkade onder het Scientology vonnis. Computerecht 1996 pp. 76-77.

12 Conclusie

Het openbaarmakingsrecht blijkt goed toepasbaar op de nieuwe diensten waarbij al dan niet digitale informatie al dan niet via netwerken geïndividualiseerd aan gebruikers wordt aangeboden en gecommuniceerd. Het onderscheid in immateriele en materiele vormen van publiek toegankelijk maken dat door sommige regelingen wordt voorgeschreven, is daarbij echter niet goed hanteerbaar. Of de verzonden informatie direct wordt geconsumeerd dan wel eerst wordt vastgelegd is vaak niet of nauwelijks na te gaan. Het onderscheid tussen het 'immateriele' geïndividualiseerd uitzenden en het 'materiele' elektronisch verspreiden lijkt weinig zinvol, te meer omdat van uitputting bij elektronische verspreiding geen sprake lijkt te kunnen zijn. Het aanbieden en onderhouden van een dienst waarbij informatie geïndividualiseerd wordt toegezonden kan het best gezien worden als een nieuwe vorm van publiek toegankelijk maken.³²¹ Het on-line toegankelijk maken (van een databank) voor het publiek is een controleerbare handeling die voortvloeit uit de daadwerkelijke communicatie en de daarop volgende consumptie door het publiek, die daarom een geschikt aanknopingspunt vormt voor een auteursrechtelijk exploitatierecht.

³²¹ Hugenholtz 1982 p. 57. Invoer in een publiek toegankelijk computersysteem is een daad van openbaarmaking sui generis.

Hoofdstuk 4 Consequenties

Rather than an 'overstretched' right of reproduction, the right of communication to the public, as it exists in many countries (albeit in different forms), appears to be a suitable and flexible instrument for protecting intellectual property on the information superhighway. Instead of focusing on merely technical (intermediate) acts of reproduction and transmission, the right of communication to the public is conceptually linked to the essence of the economic right, i.e. making protected works available to the public.

PB Hugenholtz, Future-bundel, p. 101

1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden uit de bevindingen van de voorgaande twee hoofdstukken gevolgtrekkingen gemaakt. Zeer kort samengevat was de conclusie van hoofdstuk 2 dat de verveelvoudiging met betrekking tot digitale informatie en netwerkcommunicatie geen geschikt aanknopingspunt voor een auteursrechtelijk exploitatierecht meer is. In hoofdstuk 3 is gebleken dat het openbaarmakingsrecht wel goed kan werken: het publiek toegankelijk maken van digitale informatie door middel van netwerkcommunicatie is een geschikt aanknopingspunt voor een auteursrechtelijk exploitatierecht.

Plan van behandeling

Onderzocht zal worden in hoeverre het instandhouden van het verveelvoudigingsrecht als zelfstandig auteursrechtelijk exploitatierecht noodzakelijk en gewenst is. Naar aanleiding van de daarop volgende conclusie dat het verveelvoudigingsrecht als zelfstandig exploitatierecht dient te worden afgeschaft, zullen de consequenties daarvan worden besproken in paragraaf 2.

Vervolgens zal bekeken worden in hoeverre het openbaarmakingsrecht zoals het in de verschillende nationale en internationale regelingen is vastgelegd aanpassing behoeft. In verband hiermee zullen enkele aanbevelingen worden gedaan, zie paragraaf 3.

Daarna zal kort aandacht worden besteed aan de technische en contractuele beschermingsmogelijkheden, paragraaf 4, gevolgd door een korte slotconclusie in paragraaf 5.

2 De overbodigheid van het verveelvoudigingsrecht

2.1 Het verveelvoudigingsrecht werkt niet meer

‘De belangrijke positie van het reproductierecht als exploitatierecht hangt [] nauw samen met de technische en organisatorische situatie, waarin exemplaren als regel centraal en in vrij grote aantallen worden vervaardigd’¹ Spoor constateerde in 1976 al dat in deze situatie verandering begon te komen.² Hij stelde ook ‘[e]n exploitatierecht moet hanteerbaar zijn, anders is er geen sprake van dat de auteur baten trekt uit zijn werk, daarom zal het reproductierecht moeten worden aangepast of zelfs moeten wijken in situaties waarin het in de praktijk niet meer werkt’³

In het tweede hoofdstuk is gebleken dat de verveelvoudiging in de tijd van digitale informatie en netwerkcommunicatie ‘niet meer werkt’, althans geen geschikt aanknopingspunt (meer) is voor een auteursrechtelijk exploitatierecht. De decentralisatie tot het niveau van de individuele eindgebruiker heeft de verveelvoudiging grotendeels oncontroleerbaar gemaakt. Voorzover controle op dat niveau toch nog mogelijk zou zijn, of weer mogelijk zou worden, zou dit vanuit het oogpunt van bescherming van privacy in veel gevallen onwenselijk zijn. Daarnaast heeft de omstandigheid dat alle netwerkcommunicatie, inclusief privécommunicatie, met tal van tijdelijke en minder tijdelijke vastleggingen gepaard gaat, ertoe geleid dat het toepassen van een verveelvoudigingsrecht op deze vastleggingen een systematisch onhanteerbare incongruentie met het openbaarmakingsrecht oplevert, omdat het openbaarmakingsrecht privécommunicatie uitdrukkelijk vrij laat.

Een duidelijk voorbeeld van deze incongruentie biedt het ‘public transmission’-right dat in het Amerikaanse White Paper wordt bepleit. ‘Transmission’ wordt gedefinieerd als een activiteit ‘whereby a copy or phonorecord of the work is fixed beyond the place from which it was sent’. Zo’n transmissie omvat een ‘fixation’ (vastlegging) en dus ook altijd een verveelvoudiging in auteursrechtelijke zin. Vervolgens wordt in het White Paper ‘distribution to the public by transmission’ als een vorm van openbaar maken aangemerkt en daarmee onder het verbodsrecht van de auteur gebracht. Dat is op zich logisch en begrijpelijk, maar als activiteiten ‘waarbij elders een vastlegging ontstaat’ maar die *niet* ‘to the public’ zijn gericht, vervolgens *op grond van het verveelvoudigingsrecht toch ook* onder het verbodsrecht van de auteur vallen is het ‘public transmission’-right overbodig naast het verveelvoudigingsrecht, dat immers *iedere*, dus ook de *niet publieke* transmissie omvat.

Men kan er ook mee zeggen dat deze redenering echter omdraaien: de wetgever kiest ervoor (of dient ervoor te kiezen) de individuele transmissie die niet op het publiek is gericht, juist niet onder het verbodsrecht van de auteur te doen vallen en het is

1 Spoor diss. p. 135

2 Ibidem

3 Spoor diss. p. 139

daarom onwenselijk als dat via de toepassing van het verveelvoudigingsrecht toch gebeurt.

De conclusie voor de digitale omgeving lijkt onvermijdelijk: het verveelvoudigingsrecht werkt in de praktijk van digitale netwerken niet meer en het maakt dit systeem van exploitatierechten theoretisch onwerkbaar.

Stellingen als 'Het reproductierecht is de absolute essentie van het auteursrecht [...] Door dit recht [...] kan controle worden uitgeoefend op eventuele verdere exploitatie'⁴ en omschrijvingen als 'The fundamental right to reproduce copyrighted works'⁵ zijn in relatie tot de digitale netwerkomgeving onhoudbaar.⁶ Het verveelvoudigingsrecht kan bij digitale informatie en netwerkcommunicatie niet langer de kern van het auteursrechtelijke exploitatierecht zijn omdat de verveelvoudiging geen controleerbare centrale handeling is. In de woorden van Dommering betekent dit 'dat wij bij computernetwerken het 'reprodenken' als verouderd papierdenken moeten loslaten'.⁷

2.2 Het openbaarmakingsrecht werkt wel

In het derde hoofdstuk is gebleken dat het openbaarmakingsrecht (wel) tegen de digitale omgeving bestand is. Het on-line beschikbaar stellen van informatie in een (centrale) databank in een netwerk, waaronder uploading^b naar een BBS of een Internet-pagina, en alle andere vormen van meer of minder geïndividualiseerd publiek toegankelijk maken op afstand, vallen zonder meer onder het openbaarmakingsrecht.

Dit betekent dat een rechthebbende dergelijk publiek toegankelijk maken kan verbieden of onder voorwaarden kan toestaan. Eén van de voorwaarden die een rechthebbende kan stellen is dat de exploitant het publiek slechts tegen betaling van een royalty-vergoeding toegang tot zijn werk mag verlenen. Ook wanneer de rechthebbende bereid is tegen betaling van een lumpsum vergoeding, of een vergoeding per tijdseenheid, toestemming te verlenen voor het on-line beschikbaar stellen van zijn werk, zal het voor de databank-exploitant vaak aantrekkelijk zijn om de kosten via een toegangsheffing aan de eindgebruikers door te berekenen.⁹ Op basis van een verbodsrecht ten aanzien van het (on-line) publiek toegankelijk maken kunnen verder op basis van het overeenkomstenrecht de kosten op de

4 Groenboek, p. 49

5 White Paper, p. 64.

6 Vergelijk: 'Preliminary position of the Dutch Copyright Association to the Green Paper (p. 14)' 'In lieu of physical reproduction, the main element of exploitation of works on an electronic distribution channel is constituted by access to the data into which the works are translated and the use thereof [...] Stressing the reproduction right as the core of copyright should therefore be reconsidered'

7 Dommering 1994, p. 111

8 Spoor benadrukt in zijn bijdrage in de Future-bundel (p. 78) het feit dat 'uploading' onder het verveelvoudigingsrecht moet vallen 'given its potential for eventually communicating protected works' Hier wordt er vanuit gegaan dat 'uploading' een vorm van openbaar maken is en dus ook zonder toepassing van het verveelvoudigingsrecht auteursrechtelijk relevant is

9. Vergelijk Hugenholtz, Future-bundel, p. 85

eindgebruikers worden afgewenteld.¹⁰ Dit is uiteraard niets nieuws in de uitgeverij en bij tentoonstellingen en uitvoeringen gaat het immers net zo. Soms zal het niet nodig zijn kosten op eindgebruikers af te wentelen omdat de vergoeding aan de rechthebbende betaald kan worden uit reclame-inkomsten. Wat dit betreft verschillen bijvoorbeeld commerciële 'homepages' op het Internet niet van commerciële televisie-uitzendingen of sponsored magazines. De eindgebruikers die toegang hebben tot bepaalde werken kunnen deze raadplegen. Dit is ook de bedoeling van, en in te calculeren bij, het on-line toegang verlenen. In het kader van het on-line raadplegen zullen er meestal tijdelijke vastleggingen plaatsvinden, bijvoorbeeld in het werkgeheugen van de computer van de eindgebruiker, maar dit is evengoed in te calculeren bij de toestemming voor toegang.¹¹ Tot zover speelt het vereenvoudigingsrecht, evenals bij de traditionele informatie-exploitatie, geen enkele wezenlijke rol en kan het dus gemist worden.

2.3 *Downloaden als incalculerbare gebruikintensivering*

De gebruiker zal in veel gevallen de behoefte hebben het werk te downloaden, oftewel permanent op te slaan, om het vervolgens te kunnen uitprinten of het off-line (herhaald) te kunnen bekijken of beluisteren. De databank exploitant zal dit als regel ook bewust mogelijk maken en in veel gevallen zal hij het, zeker bij de huidige stand van de techniek, niet eens kunnen voorkomen.¹² Deze activiteit kan echter, evenals bij het on-line raadplegen, worden ingecalculiseerd bij het toestemming geven voor de toegang tot de databank. Het is eigenlijk niet meer dan een intensivering van het gebruik van de toegang.

Een vergelijking met de vastlegging van een televisie-uitzending met behulp van een videorecorder of van een radio-uitzending met een cassette-recorder ligt voor de hand. Spoor was in 1976 al niet erg gelukkig met de heffing-regeling met betrekking tot het thuiskopieren en suggereerde het volgende:¹³

10. Vergelijk: Preliminary position of the Dutch Copyright Association to the Green Paper (p. 15). 'It is clear that in the marketplace the technologies facilitating and controlling exploitation of copyrighted works in a digital environment are not directed towards facilitating and controlling reproduction, but towards facilitating and controlling access and use of data. Such development of new technologies may lead to a system of private use with respect to exploitation of copyright and works in a digital environment.'

11. Het is dan ook geen reden om *het raadplegen zelf* al dan niet op grond van het vereenvoudigingsrecht onder het exploitatierecht van de auteur te brengen.

12. Een eenvoudig voorbeeld: als een gebruiker een tekst eenmaal op zijn beeldscherm heeft kan hij deze met de print-scherm-knop eenvoudig uitprinten.

13. Spoor, diss., p. 138.

Voor het recht om muziek uit te zenden betalen de omroepen een vergoeding aan de auteurs. Deze vergoeding wordt vastgesteld in onderhandelingen waarbij – naar men mag aannemen – de mate waarin het publiek naar de radio luistert een factor van betekenis is. Als het publiek er nu toe over gaat, muziek van de radio op te nemen, kan men dit beschouwen als een intensivering van het gebruik dat het publiek van de uitzendingen maakt; er is dan ook veel voor te zeggen om de vergoeding welke de omroepen betalen (en welke zij aan de luisteraars doorberekenen) dienovereenkomstig te verhogen. Een eenvoudiger manier om het opnemen voor eigen gebruik te regelen is niet denkbaar.

Deze redenering lijkt goed toepasbaar op het on-line toegang verlenen tot databanken en het downloaden dat daarop volgt. Geparafraseerd: als het publiek er nu toe overgaat, werken uit databanken te downloaden, kan men dit beschouwen als een intensivering van het gebruik dat het publiek van de databanken maakt. Rechthebbenden zijn uiteraard van deze situatie op de hoogte en kunnen de vergoeding voor het on-line beschikbaarstellen dienovereenkomstig verhogen.

Bij het thuis kopiëren is er in veel landen voor gekozen een heffingsregeling in te voeren. Dit doet echter aan de juistheid van de door Spoor voorgestelde benadering niets af. Bovendien is in hoofdstuk 2, paragraaf 5.1.5 gebleken dat een heffingsregeling voor algemene digitale informatiedragers geen optie is: deze dragers worden voor een groot deel gebruikt voor niet auteursrechtelijk relevant kopiëren, deze dragers kunnen zoveel informatie bevatten dat een heffing die in verhouding zou staan tot de (potentiële) waarde van het gekopieerde prohibitief hoog zou zijn en tenslotte zal de rol van (verplaatsbare) digitale dragers in de netwerk omgeving steeds kleiner worden. Er is alle reden en alle ruimte om bij downloaden uit on-line databanken (alsnog) Spoors benadering van de intensivering van het gebruik toe te passen. Het verveelvoudigingsrecht kan ook hierbij dus gemist worden.

Nadat een eindgebruiker het werk heeft gedownload kan hij er allerlei dingen mee doen. Hij kan het één, twee of honderd keer uitprinten of elektro-kopiëren. Hij kan het ook één, twee of honderd keer bekijken of beluisteren en hij kan het onbeperkt bewaren. Als de eindgebruiker een particulier is en hij (al) zijn kopieën voor zichzelf houdt hoeft dit geen enkel probleem te zijn. Door de toegangverlening en het downloaden is de behoefte van deze particulier met betrekking tot het betreffende werk volledig bevredigd en (de mogelijkheid van) dit intensieve gebruik is een incalculerbaar feit.

Merkwaardigerwijs stelt Spoor zelf anno 1996 met betrekking tot tijdelijke vastleggingen in het werkgeheugen in het kader van het on-line raadplegen het volgende¹⁴:

14. Spoor, Future-bundel, p. 78.

Such reproductions do not feel like copies, although they meet the current definitions for reproduction. They also seem harmless but may nevertheless form a severe protection gap if they should fall outside the scope of copyright altogether

Spoor maakt niet duidelijk in welk opzicht er sprake zou zijn van een 'einstig beschermingsgat'. Toepassing van zijn gebruiksintensiverings theorie uit 1976 toont aan dat daar helemaal geen sprake van hoeft te zijn.

2.4 Intern beschikbaar stellen

Als de gebruiker geen particulier is maar een instelling of onderneming, is de situatie anders. Als een onderneming een bepaald werk downloadt en het vervolgens in honderdvoud kopieert, hetzij digitaal, hetzij op papier, stuiten we op het reeds lang bekende probleem van het kopiëren voor intern gebruik (zie hoofdstuk 2, paragraaf 5.2.3). Als de mogelijkheid van dergelijk intern gebruik zou moeten worden ingecalculeerd zou dit leiden tot de onbevredigende situatie waar de particulier/klein gebruiker de grootgebruiker sponsort. Kopiëren voor intern gebruik impliceert echter altijd intern verspreiden. De moderne manier van intern verspreiden is het beschikbaarstellen in een (*intern*) lokaal netwerk. In hoofdstuk 3 is al vastgesteld dat dergelijk beschikbaarstellen als een vorm van publiek toegankelijk maken moet worden aangemerkt. Er is nu geen reden om het intern verspreiden van digitale of papieren kopieën niet evenzeer als een vorm van openbaar maken te beschouwen. Zelfs het laten circuleren van een exemplaar waarbij alle medewerkers de mogelijkheid hebben een kopie voor zichzelf te maken kan als een vorm van (intern) openbaar maken worden beschouwd. Dit is immers een vorm van tijdelijk ter beschikking stellen die vergeleken zou kunnen worden met een (interne) leesportefeuille die onder het verhuurrecht valt. Toegegeven moet worden dat het (on)controleerbaarheidsprobleem van dergelijke activiteiten geenszins is opgelost, maar het gaat er hier alleen om aan te tonen dat het verveelvoudigingsrecht overbodig is om intern (digitaal) gebruik auteursrechtelijk relevant te achten. Om aansluiting te zoeken bij een reeds bestaande praktijk: de multi-userlicentie voor (netwerk)gebruik van een CD-ROM is een duidelijk voorbeeld van toestemming verlenen voor interne openbaarmaking. Hetzelfde geldt voor campus- en site-licenties voor bijvoorbeeld computerprogramma's. Als rechtsbasis is het verveelvoudigingsrecht daarbij onnodig.

Een neveneffect van deze benadering is dat de bepalingen die het vervaardigen en verspreiden van kopieën voor gebruik binnen een instelling of onderneming (al dan niet tegen een vergoeding) toestaan, zoals in Nederland het Reptobesluit¹⁵ en artikel 17 Aw en in Duitsland § 54, lid 2, sub 4 UrhG, niet alleen een beperking op het verveelvoudigingsrecht, maar ook op het openbaarmakingsrecht zijn. Volgens artikel 17 Aw mogen de exemplaren 'alleen worden afgegeven aan degenen die in

15 Besluit van 20 juni 1974 (Stb. 351) inzake het kopiëren van auteursrechtelijk beschermde werken, zoals dit is gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985 (Stb. 471).

de onderneming, organisatie of instelling werkzaam zijn’¹⁶ Men zou deze zin als volgt kunnen hertformuleren: de exemplaren mogen alleen *veerspreid worden binnen* de onderneming, organisatie of instelling. Zonder iets aan de betekenis of het effect van deze bepalingen te veranderen kunnen ze geformuleerd worden als beperkingen op het openbaarmakingsrecht in plaats van op het veerveelvoudigingsrecht.

Is de wellicht opmerkelijke conclusie die uit het voorgaande getrokken kan worden dat het beschikbaarstellen van een boek of tijdschrift in een interne bedrijfsbibliotheek ook onder het openbaarmakingsrecht valt of zou moeten vallen? Dat lijkt niet onwaarschijnlijk. In de Duitse Auteurswet bestaat momenteel een expliciete (uitzonderings)bepaling, inhoudende dat interne bedrijfsbibliotheeken niet onder het verhuurrecht vallen § 17 lid 3:

[...] Als Vermietung gilt jedoch nicht die Überlassung von Originalen oder Vervielfältigungsstücken [...] im Rahmen eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses zu dem ausschließlichen Zweck, bei der Erfüllung von Verpflichtungen aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnis benutzt zu werden

Het feit dat hier een uitzonderingsbepaling voor nodig is geeft al aan dat deze bedrijfsbibliotheeken volgens de hoofdregel van het verhuurrecht wel auteursrechtelijk relevant zouden kunnen zijn.¹⁷ Over de wenselijkheid daarvan kan men twisten. De belangrijke conclusie die getrokken kan worden is dat alle vormen van intern beschikbaarstellen in instellingen en ondernemingen, ten minste theoretisch, onder het openbaarmakingsrecht kunnen worden gebracht en aan een licentie zouden kunnen of moeten worden onderworpen.¹⁸ Hierbij is het veerveelvoudigingsrecht dus overbodig.

2.5 Doorgeven

Hiervoor werd opgemerkt dat het kopiëren van door een particulier gedownloade werken geen problemen oplevert zolang deze particulier de gemaakte kopieën voor zichzelf houdt. Er kunnen wel problemen ontstaan als hij de kopieën niet zelf houdt maar doorgeeft en dat zal vaak het geval zijn. Wanneer een uit een on-line databank ‘legaal’ gedownloade of anderszins rechtmatig verkregen werk wordt gekopieerd en aan een derde beschikbaar wordt gesteld ontstaat er een nieuwe, moeilijk in te calculeren gebruiksuitbreiding. De traditionele vrijstellingen van het kopiëren voor eigen gebruik zoals die in artikel 16b van de Nederlandse en in

¹⁶ Artikel 17 lid 1 Aw laatste zin.

¹⁷ Omdat in de Nederlandse Auteurswet een dergelijke beperking ontbreekt lijkt verdedigbaar dat hier te lande de bedrijfsbibliotheek inderdaad onder het openbaarmakingsrecht zou moeten vallen. Dit is waarschijnlijk niet de bedoeling van de wetgever (gewest) maar de tegenstrijdige verklaringen in de parlementaire geschiedenis (zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.1.1) sluiten een dergelijke interpretatie zeker niet uit.

¹⁸ Een eenvoudige manier om de toestemming voor interne beschikbaarstelling van werken afkomstig uit on-line databanken te verlenen is het vaststellen van een gedifferentieerd toegangstarief waardoor bedrijven en bedrijven betalen dat gerelateerd is aan het aantal werknemers.

§ 53 van de Duitse Auteurswet te vinden zijn, bepalen niet voor niets dat kopieën die onder deze beperkingen worden vervaardigd niet aan derden beschikbaar mogen worden gesteld. Artikel 16b, lid 5 Aw is wat dit betreft het meest strikt

Indien een ingevolge dit artikel toegelaten verveelvoudiging heeft plaatsgevonden, mogen de vervaardigde exemplaren zonder toestemming van de rechthebbende op het auteursrecht niet aan derden worden afgegeven []

§ 53 Urhg (lid 5) bepaalt

Die Vervielfältigungsstücke dürfen weder verbreitet noch zu öffentlichen Wiedergaben benutzt werden

Volgens de Nederlandse bepaling is (formeel) iedere afgifte aan derden verboden, terwijl de Duitse regeling alleen het afgeven aan derden buiten de eigen ‘kring’ verbiedt.¹⁹ In de praktijk komt het er in Nederland ook op neer dat gebruik en dus afgifte binnen de eigen kring ongemoeid blijft en er is oudere rechtspraak die erop duidt dat eigen gebruik *gebruik in eigen kring* omvat.²⁰ Als we er even voor het gemak vanuit gaan dat de Nederlandse situatie, in ieder geval in de praktijk en waarschijnlijk ook in rechte, dicht bij de Duitse ligt, kan geconcludeerd worden dat het doorgeven binnen die kring niet tot nieuwe openbaarmaking mag leiden. Afgeven aan een derde buiten de eigen kring is immers een vorm van verspreiden.²¹ Die conclusie kon echter ook al op grond van het bestaan van het openbaarmakingsrecht worden getrokken: daar is wederom het verveelvoudigingsrecht, of een beperking van een beperking daarop, niet bij nodig.

Met deze deelconclusie kan hier echter niet worden volstaan. Door veel auteurs rechtbelanghebbenden wordt namelijk gesteld dat de bestaande vrijstellingen van kopiëren voor eigen gebruik in het digitale tijdperk niet gehandhaafd kunnen blijven, althans ten minste ingesnoerd moeten worden. Voorzover gesteld wordt dat het kopiëren voor daadwerkelijk *eigen* gebruik beperkt zou moeten worden, geldt hetgeen hierboven is opgemerkt: als het bijvoorbeeld gaat om downloaden en kopiëren nadat ‘legaal’ toegang is verkregen, kunnen dergelijke handelingen door de rechthebbende worden ingecalculeerd en is er geen probleem. Als het echter gaat om het afgeven van kopieën, zelfs binnen de eigen ‘kring’, doet zich het probleem van de dreiging van een keten van overlappende kringen voor, daarover thans

2.6 De keten van overlappende vriendenkringen

Als iemand een kopie maakt van een werk waar hij legaal toegang tot heeft gekregen, kan hij deze kopie afgeven aan een vriend of familielid zonder dat hij

19 Zie hoofdstuk 3 paragraaf 4.2.2.

20 In het arrest Stemmler/NRU IIR 23 mei 1952 NJ 1952 438 overwoog de Hoge Raad dat onder *eigen gebruik* in artikel 17 Aw (oud) niet anders kan worden verstaan dan een gebruik van de verveelvoudiging in eigen besloten kring. Zie Spoor/Verkade pp. 230-231.

21 Zie hoofdstuk 3 paragraaf 4.4.2.

daardoor openbaar maakt. Als deze vriend van deze kopie vervolgens weer een kopie maakt en deze doorgeeft aan een derde vriend²² maakt ook hij niet openbaar. Het is duidelijk dat op deze manier een keten van doorgifte van kopieën tussen 'vrienden' kan ontstaan die met geen mogelijkheid kan worden ingecalculeerd bij de toestemming voor het toegankelijk maken voor de eerste 'vriend' in deze keten. Bij de perfecte kopieerkwaliteit die werk in digitale vorm nu eenmaal heeft en bij het gemak van doorgifte dat de netwerkomgeving biedt, kan dit een serieus probleem opleveren, dat met behulp van het openbaarmakingsrecht in ieder geval niet kan worden opgelost. Het gevaar is dat er aldus grijze circuits ontstaan waarin informatie circuleert. Dit probleem wordt al geruime tijd onderkend en men probeert het onder andere te bestrijden langs technische weg, zoals besproken in hoofdstuk 2, paragraaf 5.4.

Het openbaarmakingsrecht biedt geen oplossing voor het probleem van de keten van overlappende kringen en de daarmee samenhangende grijze circuits. Het is echter zeer de vraag of het verveelvoudigingsrecht wel een oplossing biedt voor dat probleem. Theoretisch kunnen daarbij alle verveelvoudigingshandelingen en individuele communicatiehandelingen onder een verbodsrecht worden gebracht. Daarbij doet zich echter direct het bekende praktische probleem voor dat een dergelijk verbod niet te handhaven is, respectievelijk het principiële probleem dat een poging daar toe zeer diep zou ingrijpen in het recht op privacy en het recht op vertrouwelijke communicatie. Het probleem kan dus ook niet met behulp van het verveelvoudigingsrecht worden bestreden.

Het probleem van de keten van overlappende vriendenkringen moet volgens sommigen niet worden overdreven. In de praktijk zullen deze 'friend-to-friend markets' het niveau van de kring snel overstijgen met alle gevolgen van dien. Lance Rose merkt daarover het volgende op²³:

Can the Net (het Internet, DV) be leveraged to extend friend-to-friend exchanges to include far larger groups of people? Can we all get the works we want cheaply or for free among private, interlocking circles of friends? This is a tempting thought, but friend-to-friend markets are far more likely to remain small and self-limiting. We might refer to an extended circle of trading acquaintances as 'friends', but in fact few or none of the participants will know everyone else in the circle. This makes such groups ripe for infiltration by the cops, who will do so readily if enough freebies (illegaal gekopieerde werken, DV) pass within these expanded groups that they noticeably reduce sales in legitimate markets. A symbolic legal attack every now and then will keep these groups in check.

Toegegeven moet echter worden dat de omvang en de consequenties van de doorgifte via de overlappende vriendenkringen op dit moment niet zijn te voorspellen en dat deze ontwikkeling zelfs een serieuze bedreiging voor het voortbestaan van het auteursrecht zou kunnen worden. Noch het verveelvoudigingsrecht, noch het

22. Waarbij we er even vanuit gaan dat deze derde vriend niet bevriend is met de eerste vriend.

23. Lance Rose: 'The Emperor's Clothes Still Fit Just Fine', Wired, februari 1995, p. 104.

openbaarmakingsrecht zijn daar echter op van invloed Technische en/of contractuele maatregelen zouden mogelijk wel invloed kunnen hebben Daar zijn echter ook bezwaren aan verbonden, zoals hierna in paragraaf 4 zal blijken

De problemen en onzekerheden van het kopiëren door gebruikers (voor eigen gebruik) en de (daaropvolgende) doorgifte via de keten van overlappende kringen staan geheel los, althans dienen losgekoppeld te worden van een andere kwestie, te weten de dienstverlening van bibliotheken De diensten van bibliotheken en andere 'kopieverschaffers' vormen een categorie apart die ten onrechte in veel gevallen onder dezelfde beperking op het vervelvoudigingsrecht worden gebracht als het prive kopiëren²⁴ Dit vergt enige toelichting, die hieronder volgt

2.7 Document levering op verzoek

Een veel gehoord bezwaar tegen de bestaande vrijstellingen van kopiëren voor privégebruik betreft het door anderen laten kopiëren voor het eigen gebruik van de opdrachtgever Het *laten* kopiëren voor eigen gebruik wordt door de Nederlandse en de Duitse Auteurswet in ruime mate toegestaan Artikel 16b, lid 1 Aw 1912

Als inbreuk op het auteursrecht [] wordt niet beschouwd de vervelvoudiging, welke beperkt blijft tot enkele exemplaren en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van degene die de vervelvoudiging vervaardigt of tot het vervelvoudigen uitsluitend ten behoeve van zichzelf opdracht geeft (DV)

§ 53 lid 1 UrhG

Zulässig ist, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes zum privaten Gebrauch herzustellen Der zur Vervielfältigung Befugte darf die Vervielfältigungsstücke auch durch einen anderen herstellen lassen (DV)

Aan deze vrijstelling is een aantal voorwaarden verbonden²⁵ die hier voorlopig even buiten beschouwing blijft Hoofdzakelijk is dat het *kopiëren* en het *laten kopiëren* van *geschriften* als regel gelijk behandeld worden In veel gevallen is dat logisch het maakt weinig verschil of de secretaresse iets kopieert voor het eigen gebruik van de directeur of dat de directeur zelf naar het kopieerapparaat loopt Onder de 'paraplu' van deze bepalingen heeft zich echter in Nederland en Duitsland een praktijk ontwikkeld waarbij het op verzoek toezenden van kopieën als professionele dienst wordt aangeboden²⁶ Vooral bibliotheken bieden de mogelijkheid kopieën voor eigen gebruik te laten maken, waarbij zij zich beroepen op

24 Vergelijk Visser Future bundel pp 52-53

25 Op grond van het vierde lid van artikel 16b Aw is het *laten kopiëren op beeld- of geluidsdragers* in Nederland niet toegestaan en in Duitsland volgens § 53 lid 1 tweede zin UrhG slechts voorzover het om niet gebeurt

26 Visser Future bundel pp 52-56

de bovengenoemde beperkingen op het verveelvoudigingsrecht, maar ook commerciële instellingen leveren diensten onder deze beperking.²⁷

Er is weinig fantasie voor nodig om te bedenken dat dergelijke diensten tot ingrijpende, bezwaarlijk incalculeerbare vormen van gebruiksintensivering kunnen leiden. Begrijpelijk(er)wijs wordt over dergelijke 'document delivery'-diensten van uitgeverszijde opgemerkt: 'dit is een nieuwe vorm van uitgeven en op deze wijze een oneerlijke vorm van concurrentie met auteurs en uitgevers'.²⁸ Uitgeven is te beschouwen als een vorm van openbaar maken en daarmee is de conclusie snel getrokken: document delivery is een (nieuwe) vorm van openbaar maken.²⁹ Document delivery is evenzeer een *on-demand*-dienst als de andere in hoofdstuk 3 besproken vormen van geïndividualiseerd publiek toegankelijk maken op afstand zoals *video-on-demand*. Daarmee is nog niet vastgesteld of onder het geldend auteursrecht in Nederland en Duitsland dergelijke diensten nu wel of niet zijn toegestaan. Wél is daarmee duidelijk dat deze problematiek in het licht van het openbaarmakingsrecht kan worden gezien: document delivery-diensten zouden op grond van het openbaarmakingsrecht kunnen worden verboden of, al dan niet onder voorwaarden, kunnen worden toegestaan. Ook hierbij is het verveelvoudigingsrecht dus niet nodig.

Het is vermoedelijk om cultureel-politieke redenen wenselijk om een beperking ten gunste van (wetenschappelijke) bibliotheken op te nemen, maar dat dient dan nadrukkelijk (mede) een beperking op het openbaarmakingsrecht te zijn.

In de Amerikaanse Auteurswet wordt dit onderkend. In section 108 waarin de zogenaamde 'library privileges' zijn opgenomen, wordt bepaald:

[I]t is not an infringement of copyright for a library or archives, or any of its employees acting within the scope of their employment, to reproduce no more than one copy or phonorecord of a work, or to distribute such copy (DV) or phonorecord, under the conditions specified by this section [...].

De bibliotheekmedewerker mag onder bepaalde voorwaarden een kopie maken én verschaffen, oftewel: *verspreiden*. De 'library privileges' zijn daarmee zowel een beperking op het verveelvoudigingsrecht als op het openbaarmakingsrecht. De levering van documenten op verzoek door commerciële intermediairs zal zon-

27. In Duitsland is er momenteel een tegenstrijdige lagere rechtspraak met betrekking tot zoek- en kopielevingsdiensten door banken. Het Oberlandesgericht Keulen oordeelde dat dergelijke diensten toegelaten zijn op grond van de vrijstelling van het laten kopiëren voor eigen gebruik (§ 53), het Oberlandesgericht Frankfurt/Main meende van niet. (OLG Keulen, 2 december 1994, GRUR 1996, p. 265, ZUM 1996, p. 154, resp. OLG Frankfurt, 19 december 1995, ZUM 1996, p. 320). Het Oberlandesgericht München oordeelde op 23 mei 1996 dat documentlevering door bibliotheken is toegestaan (nog niet gepubliceerd). De kwestie zal vermoedelijk binnenkort aan het BGH worden voorgelegd.

28. M.J. Frequin, 'De ontwikkelingen in de informatietechnologie en het auteursrecht', *Computerrecht* 1993, p. 101.

29. In feite verschilt het aanbieden van de dienst van het op verzoek toezenden van (foto)kopieën slechts gradueel van het aanbieden van een on-line databank waaruit kan worden gedownload.

der meer als auteursrechtelijk relevante on-demand dienst moeten worden aangemerkt ³⁰

De voornaamste reden waarom document delivery in Nederland in verband wordt gebracht met (te ver gaande) beperkingen op het verveelvoudigingsrecht is het feit dat ze momenteel (ten onrechte) onder inroeping van dergelijke regels worden aangeboden ³¹ Evenals bij on-line databanken moet het *aanbieden en verzorgen* en niet het *gebruik* van de (document delivery)-dienst als het relevante feit worden gezien ³²

Opgemerkt moet worden dat de beperkingen op de wettelijke vrijstelling van het *laten* kopiëren voor eigen gebruik in Nederland geen betrekking hebben op geluid en bewegend beeld en in Duitsland slechts voor zover dit laten kopiëren *om niet* plaatsvindt ³³ In hoofdstuk 2, paragraaf 5.3.2 is al gebleken dat kopiëren voor eigen gebruik, laat staan *laten* kopiëren voor eigen gebruik met betrekking tot computerprogramma's geheel verboden is Volgens de hier verdedigde benadering geldt dat het aanbieden aan het publiek van de mogelijkheid van het laten kopiëren als een vorm van openbaar maken heeft te gelden en dus onder het verbodsrecht van de auteur valt, terwijl het laten kopiëren zelf (het verveelvoudigen) buiten beschouwing kan blijven De vraag is dan vervolgens in hoeverre *op dit openbaarmakingsrecht* een *specifieke beperking* ten gunste van bibliotheken zou moeten worden gemaakt Dit is afhankelijk van cultuur-politieke overwegingen en blijft hier buiten beschouwing

2.8 Kopieren ter plaatse

Het aanbieden van de dienst van het toezenden van kopieën op verzoek vertoont sterke overeenkomsten met het aanbieden van een on-line databank en kan c.q. moet als een vorm van openbaar maken worden aangemerkt Het lijkt onvermijdelijk om ook het aanbieden van de dienst van het ter plaatse verstrekken van kopieën zodanig te kwalificeren Vervolgens dient de vraag zich aan of ook het gelegenheid bieden tot het (zelf) vervaardigen van kopieën ter plaatse een vorm van openbaar maken is Een bevestigend antwoord lijkt onvermijdelijk Ook hierbij is de vergelijking met de (on-line) databank illustratief het aanbieden van een dergelijke databank kan omschreven worden als het aanbieden van de mogelijkheid kopieën voor zichzelf te vervaardigen

Het beschikbaarstellen van werken voor kopiëren ter plaatse is dus te zien als een vorm van openbaar maken Dit is evenwel een conclusie die verstreckende gevolgen kan hebben voor de praktijk van met name bibliotheken Bibliotheken stellen

30 In deze richting wijst Pres. Rb. Amsterdam 25 april 1996 CR 1996 p. 158 (Jurisprudentie Faxlijn)

31 In het blad *Computable* wordt bijvoorbeeld een document leveringsdienst door de Katholieke Universiteit Brabant als volgt aangeboden: "Kruis aan van welke artikelen u een kopie wilt ontvangen en fax de bon naar [] U ontvangt de kopieën per post [] De bestelnummers doorgeven via e-mail is ook mogelijk Kosten: 150 gulden per A4 (minimaal 15 gulden excl. btw) Ingevolge de Auteurswet mag u slechts enkele kopieën bestellen die uitsluitend mogen dienen voor eigen oecening, studie of gebruik []"

32 Zie hoofdstuk 3 paragraaf 9.3

33 § 53 lid 1 tweede zin Urhg

materiaal ter beschikking voor *raadpleging* ter plaatse. In hoofdstuk 3 is gebleken dat het aanbieden voor raadpleging (van tekst en stilstaand beeld) naar huidig recht in Nederland, Duitsland en Amerika niet als een vorm van openbaar maken wordt aangemerkt.³⁴ Bibliotheken stellen echter evenzeer materiaal beschikbaar om het ter plaatse te *kopieren*. Zij verschaffen tegelijkertijd de boeken, de tijdschriften en de apparatuur om daaruit te kopiëren. Ook het aanbieden van een CD-ROM met de mogelijkheid van raadplegen en vervolgens uitprinten of kopiëren (van gedeelten) op een floppy-disk is een vorm van openbaar maken.

Ten aanzien van het aanbieden ter kopiering van tekst en stilstaand beeld in openbare non profit bibliotheken lijkt men de conclusie, dat er sprake is van openbaar maken, om cultuur politieke redenen nooit te hebben willen trekken. Met betrekking tot het (commercieel) aanbieden ter kopiering van geluid en bewegend beeld zou men daar vermoedelijk weinig moeite mee hebben gehad, maar in de praktijk doet dat zich (nog) niet voor. Reinbothe en Von Lewinsky merken daarover op:³⁵

Rental outlets at present do not seem interested in making phonograms or videograms available only in their premises. It is, however, conceivable that rental outlets will do so in future and, at the same time, will offer the use of copying machines, so that a client may rent a compact disc, make a copy within the same premises and return the disc. This hypothesis would represent a case of attempted circumvention of the [rental] directive and would, corresponding to the view of all Member States in the Council, thus be covered by the rental right in any case.

Dit voorbeeld en de conclusie zijn wat betreft het resultaat – dat deze activiteit onder het openbaarmakingsrecht valt – juist. Tegelijkertijd wordt hiermee duidelijk dat er in de benadering van de Verhuur- en leenrechtlijn systematisch iets wringt. Reinbothe en Von Lewinsky noemen uiteraard met opzet in hun voorbeeld het met een commercieel oogmerk aanbieden voor het kopiëren ter plaatse van muziek en bewegend beeld (en concluderen dat de lid-staten het daar wel over eens zijn). Vanuit het systeem van openbaarmakingsrechten is er echter geen relevant verschil met het (met of) zonder commercieel oogmerk aanbieden voor het kopiëren ter plaatse van tekst en stilstaand beeld. Ook dat zou men kunnen omschrijven als ‘een poging tot het omzeilen’ van het leenrecht. Dat ligt echter, zoals hierboven al opgemerkt, cultuur-politiek zeer gevoelig.

Er lijkt echter geen ontkomen aan dat verboden zou moeten worden dat openbare bibliotheken bijvoorbeeld scanners beschikbaar zouden stellen voor het in het geheel kopiëren van boeken en tijdschriften. Dit is mogelijk via het verveelvoudigingsrecht, maar het is, zoals het voorbeeld van Reinbothe en Von Lewinsky (impliciet) al aangeeft, in beginsel evenzeer mogelijk op grond van het openbaarmakingsrecht. Systematisch ligt dat zelfs zeer voor de hand en het is bovendien effi-

³⁴ Voor/zover het gaat om met toestemming van de rechthebbende in het verkeer gebrachte exemplaren.

³⁵ Reinbothe/Von Lewinsky p. 38.

cienter het is, zoals steeds, doeltreffender de aanbieder van een dienst (de openbaarmaker) 'aan te pakken' dan de gebruiker ervan (de kopieerder). Waarschuwingen bij kopieerapparaten in bibliotheken als 'U mag slechts enkele pagina's kopiëren' zijn in de praktijk natuurlijk een wassen neus. Toegegeven moet worden dat het bij het fotokopiëren uit boeken en tijdschriften in bibliotheken momenteel onmogelijk lijkt van bibliotheken te eisen dat zij het naleven van toegestane kopieermaxima effectief controleren. Dit doet echter aan het principe niet af en bij het beschikbaarstellen van CD-ROM's en andere elektronische databanken ligt dit al anders. Het lijkt niet onredelijk en vermoedelijk zelfs noodzakelijk om van een bibliotheek te eisen dat de mogelijkheid van het uitprinten en zeker van het kopiëren op schijf (technisch) wordt gemaximeerd, evenals van een online databank exploitant hetzelfde geëist kan worden. Het ligt dan voor de hand om als grondslag voor een dergelijke verantwoordelijkheid van de aanbieder het openbaarmakingsrecht te kiezen en niet het verveelvoudigingsrecht. De aanbieder verveelvoudigt (zelf) immers niet. Bij de problematiek van het kopiëren in bibliotheken is het verveelvoudigingsrecht dus in feite ook niet nodig.

Als het beschikbaar stellen van werken in combinatie met apparatuur om deze te kopiëren als een auteursrechtelijk relevante vorm van openbaar maken moet worden gezien, zou men op de gedachte kunnen komen dat ook het aanbieden van reproductie-apparatuur *sec*, bijvoorbeeld in copyshops, auteursrechtelijk relevant zou kunnen zijn. Het publiek kan dan immers zijn eigen materiaal van thuis of van elders (bijvoorbeeld uit een bibliotheek) meenemen en verveelvoudigen. De gevolgen zijn hetzelfde als wanneer in een bibliotheek wordt gekopieerd. In dit verband kan echter moeilijk van openbaar maken worden gesproken, aangezien er door degene die de *apparatuur* beschikbaar stelt helemaal *geen werk* wordt aangeboden. Het lijkt echter theoretisch wel mogelijk om het beschikbaarstellen (of verkoop) van kopieerapparatuur of van blanco dragers te zien als een voorbereidingshandeling op een gebruiksintensivering. Op die grond zou men (zelfs) de bestaande heffingssystemen kunnen handhaven zonder deze te baseren op het verveelvoudigingsrecht. Hier kan uiteraard als bezwaar tegen worden ingebracht dat dit niet gerechtvaardigd is omdat niet ieder gebruik van kopieerapparatuur leidt tot gebruikstoename van auteursrechtelijk beschermd werk. Dit gold echter evenzeer voor de heffing afgeleid van het verveelvoudigingsrecht.

Het verdient overigens geen aanbeveling om heffingsregelingen in stand te houden, laat staan uit te breiden. Het verband met de auteursrechtelijk relevante handelingen is te ver verwijderd en raakt bij toenemende verschillende gebruiksmogelijkheden en opslagcapaciteit en de opkomst van netwerkcommunicatie steeds verder uit het zicht. Doel van bovenstaande benadering was uitsluitend aan te geven dat heffingsregelingen ook zonder een verveelvoudigingsrecht kunnen worden onderbouwd.

2.9 Tussenconclusie

In voorgaande paragrafen is gebleken dat de daar besproken activiteiten op basis van het openbaarmakingsrecht door de auteur (voldoende) kunnen worden beheerst en geëxploiteerd. Het verveelvoudigingsrecht bleek daarbij overbodig. Alleen het probleem van de 'keten van overlappende rechten' onttrekt zich aan het openbaarmakingsrecht. Het is echter ook niet mogelijk (gebleken) deze keten op basis van het verveelvoudigingsrecht te verbreken, omdat effectieve controle onmogelijk en/of onwenselijk is.

Op basis hiervan zou de conclusie getrokken kunnen worden dat het inderdaad helemaal 'zonder het verveelvoudigingsrecht kan'. Bij de bestrijding van de traditionele piraterij zal het verveelvoudigingsrecht echter een (bij)rol moeten blijven spelen. Computerprogramma's, ten slotte, blijven een moeilijk geval apart.

2.10 Traditionele piraterij

De productie van grotere hoeveelheden illegale kopieën met het oogmerk deze te verspreiden, de 'traditionele' piraterij, blijft voorlopig nog een belangrijke bedreiging voor de exploitatiebelangen van de auteur. De verspreiding van (gepirateerde) stoffelijke dragers zou op den duur zo omslachtig en relatief kostbaar kunnen worden dat ook alle illegale verspreiding van informatie zich via netwerken afspeelt. De illegale verspreiding via netwerken valt uiteraard onder het openbaarmakingsrecht en kent geen productiefase waarin een groot aantal exemplaren wordt vervaardigd, waardoor het verveelvoudigingsrecht bij 'netwerkpiraterij' geen steun biedt en gemist kan worden.

Voorlopig is er echter nog traditionele piraterij met een duidelijke productiefase waarin grote aantallen exemplaren worden vervaardigd, en het blijft wenselijk dat door de auteur al in die fase kan worden opgetreden. Hierbij moet echter wel bedacht worden dat het daarbij altijd gaat om verveelvoudigen *met het oogmerk om (ongeoorloofd) openbaar te maken*. Dat laatste is zelfs de kern van het probleem.³⁶ Men zou de betreffende activiteit kunnen kwalificeren als *een voorbereidingshandeling voor openbaar maken* die aan de auteur voorbehouden zou moeten zijn. Daarmee lijkt men op het eerste gezicht niet veel meer te doen dan het onder een andere naam opnieuw uitvinden van verveelvoudigingsrecht. Inderdaad moet toegegeven worden dat er hier voor het verveelvoudigingsrecht een rol blijft weggelegd. Er is echter een belangrijk verschil in benadering. De verveelvoudiging is slechts relevant *voorzover het een voorbereidingshandeling voor openbaarmaking is*. Daarmee wordt het verveelvoudigingsrecht 'gedegradeerd' tot een auteursrechtelijk relevante *voorbereidingshandeling* vergelijkbaar met het 'invoren, aanbieden of in voorraad hebben', genoemd in artikel 2 lid 1, sub c WNR,³⁷ dat

³⁶ Het maken van grote hoeveelheden illegale kopieën om zelf in de kast te zetten of de muur mee te behangen is immers nauwelijks een bedreiging van de exploitatiebelangen van de auteur.

³⁷ Artikel 2 lid 1, sub c WNR heeft betrekking op het verkopen, verhuren, uitleen, afleveren of anderszins in het verkeer brengen van een opname van een uitvoering of van een reproductie daarvan, *dien wel het voor die doeleinden invoren, aanbieden of in voorraad hebben* (curs. DV).

uitsluitend relevant is als het plaatsvindt *met als doel* verspreiding.³⁸ Het verveelvoudigingsrecht blijft in verband met de wenselijkheid van effectieve bestrijding van traditionele piraterij een nuttige functie vervullen, bijvoorbeeld in de vorm van een grondslag voor beslag. Het heeft daarvoor echter niet (meer) de status van een zelfstandig auteursrechtelijk exploitatierecht nodig, het is voldoende als het als een auteursrechtelijk relevante voorbereidingshandeling voor openbaarmaking kan worden gekwalificeerd.

2.11 Computerprogramma's

Wanneer alleen verveelvoudigingen die bedoeld zijn om openbaar gemaakt te worden auteursrechtelijk relevant worden geacht betekent dit voor de meeste werkcategoryen dat er in de praktijk niet zo veel zal veranderen. De verveelvoudigingen die daar niet voor bedoeld zijn hadden zich immers feitelijk al grotendeels aan iedere controle onttrokken. Bij computerprogramma's ligt dit mogelijk anders, omdat daar bij het *gebruik* (op basis van het verveelvoudigingsrecht) auteursrechtelijk relevant werd geacht. Als het verveelvoudigingsrecht zou worden afgeschaft zou dit betekenen dat het individuele gebruik van illegale computerprogramma's vrij zou zijn van auteursrechtelijke aanspraken. Hiervoor, in paragraaf 2.4, is vastgesteld dat het *netwerkgebruik* van computerprogramma's op grond van het openbaarmakingsrecht kan worden verboden of aan voorwaarden kan worden gebonden. Hetzelfde geldt voor programma's op *alleenstaande* computers die gebruikt worden door verschillende mensen (die niet tot dezelfde kring behoren). Het werkelijk individuele gebruik kan echter naar zijn aard nooit onder het openbaarmakingsrecht vallen. Van het individuele *prive gebruik* kan vermoedelijk gezegd worden dat de combinatie van de geringe schadelijkheid en de onwenselijkheid van de controle erop, tot de conclusie kunnen leiden dat vrijstelling ervan acceptabel en zelfs wenselijk is. Bij het individuele *bedrijfsmatige gebruik* zou men daar anders over kunnen denken. De individuele onderneming die in zijn eenmanszaak een illegaal programma verwerft en gebruikt zou bij een afschaffing van het verveelvoudigingsrecht geheel vrijuit gaan. In het traditionele systeem van het auteursrecht, waar gebruikshandelingen altijd vrijuit gaan is daar geen principieel bezwaar tegen het 'gebruik' van een illegale opname van de 'arbeidsvitaminen' door een individuele ondernemer in een eenmanszaak is immers ook vrij van auteursrechtelijke aanspraken. Een enkel computerprogramma kan echter een veel belangrijker rol spelen in een productieproces dan enig ander auteursrechtelijk beschermd werk. Als een individuele ondernemer via de 'keten van overlappende kringen' een enkel illegaal programma verwerft dat cruciaal is voor zijn productieproces of zijn dienstverlening zal hij dit programma zeer intensief en mogelijk commercieel gebruiken zonder dat hij het op enigerlei wijze openbaar hoeft te maken. Als dergelijk intensief gebruik van een illegaal programma moet worden ingecalculeerd bij de prijsstelling van de met toestemming van rechthebbende be-

38 Voorbereidingshandelingen worden ook genoemd in de auteursrechtelijke strafbepalingen. In de artikelen 31a en 32 Aw wordt bijvoorbeeld gesproken van 'ter verspreiding voorhanden hebben en bewaren uit winstbejag'.

schikbaai gestelde programma's, leidt dit tot de bekende onevenwichtige situatie waar de 'legale' gebruiker te veel betaalt omdat de 'illegale' gebruiker niet betaalt. Als het beslist noodzakelijk is om het illegale individuele gebruik van een computerprogramma onder het verbodsrecht van de auteur te brengen ligt het echter veel meer voor de hand om dit *rechtstreeks* te doen, in plaats van via de omweg van het verveelvoudigingsrecht. Een dergelijk gebruiksrecht is en blijft intussen in strijd met de gefundeerde traditie in het auteursrecht, die inhoudt dat consumptieve handelingen vrij blijven van auteursrechtelijke aanspraken. Als er geen andere manieren zijn om de belangen van rechthebbenden op computerprogrammatuur te beschermen verdient het echter de voorkeur het gebruik, mogelijk alleen het zakelijke, niet privegebruik, van computerprogramma's rechtstreeks onder een exploitatierecht van de auteur te brengen.³⁹ Deze benadering verdient de voorkeur boven een oneigenlijke toepassing van het verveelvoudigingsrecht. Dit gebruiksrecht zou nadrukkelijk *alleen voor computerprogrammatuur* moeten gelden en het zou misschien verstandig zijn dit recht in een aparte wet, of tenminste in een apart hoofdstuk van de Auteurswet op te nemen om zulks te onderstrepen.

2.12 Conclusie afschaffing van het verveelvoudigingsrecht

De conclusie die op basis van het voorgaande getrokken kan worden is dat het verveelvoudigingsrecht als zelfstandig auteursrechtelijk exploitatierecht naast het openbaarmakingsrecht overbodig is. In een netwerk omgeving heeft een verveelvoudigingsrecht helemaal geen functie en interfereert het hinderlijk met het openbaarmakingsrecht. Bij de traditionele verspreiding van fysieke exemplaren hoeft alleen de verveelvoudiging die bedoeld is voor openbaarmaking als auteursrechtelijk relevante voorbereidingshandeling te worden aangemerkt. Voor computerprogramma's geldt dat als het beslist noodzakelijk is, het gebruik ervan onder een verbodsrecht te brengen, dit bij voorkeur rechtstreeks zou moeten gebeuren en niet via de oneigenlijke omweg van het verveelvoudigingsrecht. Dit alles leidt tot de opzienbarende maar onvermijdelijke conclusie dat het verveelvoudigingsrecht als *zelfstandig exploitatierecht dient te worden afgeschaft*.

Het alternatief, de handhaving of uitbreiding van de (bestaande) situatie waarbij het verveelvoudigingsverbodsrecht op iedere (gebruiks- en communicatie)handeling van toepassing is en vervolgens onvermijdelijk door tal van impliciete of expliciete vrijstellingen moet worden beperkt is inefficiënt, systematisch onoverzichtelijk en leidt tot rechtsonzekerheid. Hugenholtz stelt dat een directe beperking van het verveelvoudigingsrecht aantrekkelijker en systematisch eleganter is dan de handhaving van een allesomvattend verbodsrecht dat op tal van manieren indirect beperkt wordt.⁴⁰ Hugenholtz geeft echter niet aan hoe het verveelvoudigingsrecht direct beperkt zou moeten worden.

Richard lijkt de rol van het verveelvoudigingsrecht in de netwerk omgeving te willen beperken via een soort uitputting.⁴¹

39. Vergelijk Quaadvlieg diss. p. 168.

40. Hugenholtz Future bundel p. 101.

41. NIB 21 juni 1996 p. 958.

Bij het gebruik van rechtmatig binnen Internet openbaar gemaakte werken binnen Internet, is mijns inziens te bepleiten dat het verveelvoudigingsrecht van een rechthebbende binnen Internet is uitgeput na afrekening door de gebruiker van het eerste rechtmatige gebruik van het betrokken werk aan het eindstation, onverlet natuurlijk eventuele nieuwe openbaarmakingen op Internet geautoriseerd door de rechthebbende, of ongeautoriseerd, waartegen de rechthebbende dan ook kan optreden

Deze stelling wordt verder niet uitgewerkt en het gebruik van de term (of constructie) uitputting voor een beperking van het verveelvoudigingsrecht is minder gelukkig en niet helemaal duidelijk. Het idee van uitputting van verveelvoudigingsrecht ontleent Richard aan een overweging in het Dior/Evora-arrest.⁴² Met Grosheide⁴³ ben ik echter van mening dat de bewuste overweging van de Hoge Raad op dit punt een *slip of the pen* is. Aangezien uitputting in het positieve recht alleen bestaat en betekenis heeft als een beperking op het recht met betrekking tot openbaar maken, zou een volledig andere definitie aan het begrip uitputting moeten worden gegeven om het op het verveelvoudigingsrecht toe te passen. Hoewel het door Richard beoogde doel hier in grote lijnen wordt onderschreven, wordt het door hem voorgestelde middel niet gevolgd omdat het (mij) niet duidelijk is en niet ver genoeg gaat.

In het tweede hoofdstuk is al vastgesteld dat het uitzonderen van de tijdelijke vastlegging (als men daar al een duidelijke definitie van kan bedenken) geen oplossing biedt omdat tal van vastleggingen die noodzakelijk zijn, in het kader van netwerkcommunicatie niet erg tijdelijk zijn.

Hier wordt daarom een stap verder gegaan dan de conclusies van Hugenholtz en Richard en gesteld dat de beste, systematisch meest fraaie en daarmee enig juiste oplossing de afschaffing is van verveelvoudigingsrecht als een zelfstandig auteursrechtelijk exploitatierecht.

Met 'zelfstandig' verveelvoudigingsrecht wordt hier verwezen naar het feit dat een 'onzelfstandig' verveelvoudigingsrecht, dat alleen betrekking heeft op verveelvoudigingen die als *voorbereidingshandeling op openbaarmaking* door verspreiding van exemplaren kunnen worden aangemerkt, wel dient te blijven bestaan. De belangrijkste consequentie daarvan is dat alle verveelvoudigingen van *niet-digitale* informatie die niet voor eigen gebruik of voor vrienden, familieleden of andere intimi plaatsvinden, onder het exploitatierecht van de auteur blijven vallen.

42 HR 20 oktober 1995 RvdW 1995 212 C. IER 1995 p 223. AMI 1996 p 51. 10-362. In dit verband moet worden bedacht dat de rechthebbende die zijn product in een auteursrechtelijk beschermde verpakking op de markt brengt, daarmee zijn recht op openbaarmaking en *verveelvoudiging* van die verpakking, zoals voor de verhandeling van het product vereist, in beginsel uitput (cuis DV).

43 AMI 1996 p 47.

Regelgeving

Afschaffing van het veeveelvoudigingsrecht als zelfstandig exploitatierecht heeft uiteraard consequenties, zowel voor de regelgeving als voor de praktijk.

De reactie van de meeste auteursrechtdeskundigen en -belanghebbenden op de conclusie dat het veeveelvoudigingsrecht als zelfstandig exploitatierecht dient te worden afgeschaft zal zijn dat dit in strijd is met artikel 9 van de Berner Conventie. Dit is een formalistisch argument zonder enige intrinsieke betekenis, aangezien niet uitgesloten moet worden geacht dat een verdrag uit 1967 in het licht van het digitale tijdperk zou moeten worden aangepast. Het is een feit dat deze conventie momenteel een zelfstandig veeveelvoudigingsrecht verplicht voorschrijft en slechts beperkingen toelaat 'in bijzondere gevallen [], mits de [vrijgestelde] veeveelvoudiging geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de auteur niet op ongerechtvaardigde wijze schaadt'. Een afschaffing van het veeveelvoudigingsrecht is moeilijk als een beperking in een bijzonder geval te beschouwen, waardoor een *tekstuele* conventiewijziging vermoedelijk noodzakelijk zou zijn. Wat betreft de *strekking* van dit artikel is het echter nog maar de vraag of ook een inhoudelijke wijziging nodig zou zijn. Immers, als mocht blijken dat de afschaffing van het veeveelvoudigingsrecht geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de auteur niet op ongerechtvaardigde wijze schaadt, doordat dit voldoende wordt 'opgevangen' door het openbaarmakingsrecht, is er geen strijd met de geest van artikel 9 BC. Het is goed verdedigbaar dat alle (veeveelvoudigings)handelingen die zijn ingecalculeerd bij de (prijsstelling van de) toestemming voor een andere (openbaarmakings)handeling kunnen worden vrijgesteld zonder dat dit afbreuk doet aan de normale exploitatie of de belangen van de auteur (op ongerechtvaardigde wijze) schaadt.

Dit neemt niet weg dat de enige logische consequentie van de conclusie is dat artikel 9 Berner Conventie dient te worden geschrapt. Tegelijkertijd dient uiteraard wel een algemeen geformuleerd openbaarmakingsrecht in de Berner Conventie te worden opgenomen, aangezien dat momenteel ontbreekt. Als onderdeel van dit algemene openbaarmakingsrecht zou de veeveelvoudiging die een voorbereidingshandeling vormt voor openbaarmaking onder het exploitatierecht van de auteur moeten worden gebracht. Mutatis mutandis zou hetzelfde in de verschillende nationale auteurswetten dienen te gebeuren.

Een van de logische consequenties zou verder zijn dat de thuishopie-regeling zou worden afgeschaft,⁴⁴ al is dat theoretisch niet beslist noodzakelijk, zoals hiervoor in paragraaf 2.8 is betoogd.

Praktijk

In de praktijk zou er door de afschaffing van het veeveelvoudigingsrecht minder veranderen dan men misschien zou verwachten. De organisaties die zich bezig

⁴⁴ Volgens de hierboven genoemde, door Spoor in zijn proefschrift voorgestelde benadering hoeft dit niet schadelijk te zijn voor de rechthebbenden die immers het thuiskopieren kunnen incalculeren bij de toestemming voor het uitzenden.

houden met de verveelvoudiging voor intern gebruik, zoals de Stichting Reprerecht, zouden theoretisch hun activiteiten onveranderd kunnen voortzetten,⁴⁵ alleen zou hun auteursrechtelijk relevante aanknopingspunt niet meer de verveelvoudiging maar de interne verspreiding en beschikbaarstelling zijn.⁴⁶ Intern verspreiden en beschikbaar stellen dient immers, naar in deze studie is verdedigd, als een vorm van publiek toegankelijk maken te worden aangemerkt (die onder het openbaarmakingsrecht valt). De Stichting Reprerecht zou bij wijze van spreken met de Stichting Leenrecht kunnen fuseren. Het is daarbij de vraag of de rechthebbenden er behoefte aan hebben hun rechten door collectieve belangenbehartigingsorganisaties te laten behartigen of dat zij er de voorkeur aan geven hun rechten bijvoorbeeld met behulp van 'campus'- of 'site-licences' zelf uit te oefenen. Dit behoort overgelaten te worden aan de vrije keuze van de rechthebbenden en heeft niets te maken met de vraag of de basis van de rechtsuitoefening het verveelvoudigingsrecht of het openbaarmakingsrecht is. Het grote voordeel is dat, wie de licentie voor intern beschikbaar stellen ook verleent, er geen 'druppeltjes' (verveelvoudigingen) meer geteld behoeven te worden. Uiteraard dient bij de vaststelling van de hoogte van de prijs van een dergelijke licentie *wel* een (ander) aanknopingspunt te worden gekozen. Daar kan de rechthebbende echter zelf over beslissen. Het ligt voor de hand dat daarvoor het aantal werknemers in de betreffende onderneming, het aantal studenten aan de betreffende universiteit of het aantal aangeslotenen op het betreffende netwerk wordt gekozen.⁴⁷

Kern

De belangrijkste consequentie van de afschaffing van het zelfstandige verveelvoudigingsrecht voor theorie en praktijk is dat *alle consumptieve activiteiten* (en de individuele communicatie tussen vrienden en bekenden) *vrij blijven van auteursrechtelijke aanspraken*. Het 'browsen op' en het 'surfen over' het Internet blijven vrij van auteursrechtelijke aanspraken evenals het kijken naar televisie, het beluisteren van een CD en het lezen van een boek. Er komt geen '*exclusive right to read*'.⁴⁸

45 Ook een organisatie als de Stichting Stemra die vaak (alleen) wordt geassocieerd met het verveelvoudigingsrecht kan in beginsel op dezelfde voet door Stemra beschikt immers ook over de *verspreidingsrechten*, dus over openbaarmakingsrechten

46 De overkoepelende organisatie van Reproductierecht-incasso-organisaties, de International Federation of Reproduction Rights Organisations (IFRRO) zou zijn naam moeten veranderen in 'International Federation of Internal Distribution Rights Organisations'

47 Wanneer sprake is van een collectieve uitoefening en inruiling van het 'intern openbaarmakingsrecht' zullen ten behoeve van de repartitie aanknopingspunten moeten worden gekozen waar de 'onderliggende' rechthebbenden het mee eens zijn. Dit zijn uiteraard niet meer noodzakelijkerwijs verveelvoudigingsgegevens. Iedere informatie over gebruikintensiteit (bijvoorbeeld gegevens over interne uitleening of raadpleging van catalogi) kan de basis vormen voor repartitie als rechthebbenden ermee akkoord gaan.

48 J. Litman, 'The exclusive right to read', *Cardozo Arts & Entertainment*, vol. 13 39, p. 43

3 Onderscheid materieel en immaterieel achterhaald

Na de bespreking van (het einde van) het verveelvoudigingsrecht wordt in deze paragraaf aandacht besteed aan het (achterhaalde) onderscheid tussen materieel en immaterieel openbaar maken

De aanloop naar de conclusie kan hier veel korter zijn dan bij de bespreking van het verveelvoudigingsrecht, omdat in het laatste gedeelte van hoofdstuk 3 is gebleken dat het relevant achten van het on line beschikbaar stellen of toegankelijk maken als zodanig een hanteerbaarder en doelmatiger benadering is dan het verdelen in geïndividualiseerd uitzenden of elektronisch verspreiden. Dit leidt direct tot de conclusie dat bij het geïndividualiseerd publiek toegankelijk maken op afstand de traditionele indeling in immateriele en materiele vormen is achterhaald en moet worden vermeden of afgeschaft.

Het bewuste onderscheid lijkt in feite alleen een rol te spelen in verband met de uitputting, die op het traditionele verspreiden en grotendeels⁴⁹ op het traditionele tentoonstellen van toepassing is, maar niet op de 'oude' immateriele openbaarmakingsvormen en op geen van de 'nieuwe' openbaarmakingsvormen.

3.1 Consequenties voor de regelgeving

De consequentie voor de regelgeving is dat ofwel in het geheel geen wettelijk onderscheid (meer) moet worden gemaakt tussen materiele en immateriele openbaarmakingsvormen ofwel er een wettelijke 'restcategorie' wordt gecreeerd die zich aan deze traditionele indeling onttrekt. In de woorden van Hugenholtz⁵⁰

Grant to copyright owners a broadly defined, exclusive right of communication to the public'⁵¹ (by any means now known or to be developed) in respect of all categories of works

3.1.1 Nederlandse Auteurswet

Het systeem van de Nederlandse Auteurswet kent geen onderscheid in immateriele en materiele vormen van openbaar maken.⁵²

Een probleem in verband met de onmogelijkheid of onwenselijkheid van de indeling van het geïndividualiseerd toegankelijk maken in een van die twee categorieën doet zich bij deze wet dus niet voor. Hier kan dan ook worden volstaan met de kwalificatie van het geïndividualiseerd publiek toegankelijk maken op afstand als *een nieuwe vorm van openbaar maken* (in de betekenis van publiek toegankelijk maken).

Het maakt in principe weinig verschil of deze nieuwe openbaarmakingsvorm onder artikel 12 Aw of rechtstreeks onder artikel 1 Aw valt. Van belang is wel dat het 'kring-criterium' van artikel 12, lid 4 Aw er, conform de in deze studie verdedigde

49 Zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.2

50 Hugenholtz Future bundel p. 101

51 Noot Hugenholtz (Future bundel p. 101 noot 42). 'To be sure, this broad right of communication to the public must not be confused with the limited right protected under articles 11, 11bis and 11ter of the Berne Convention. The compulsory licensing provision of article 11bis(2) would not apply

52 Zie hoofdstuk 3 paragraaf 2.1.1

algemene gelding van dit criterium, op van toepassing is of zou moeten zijn.⁵³ Mogelijk zou het 'kring-criterium' in artikel 12, lid 4 opnieuw geformuleerd kunnen worden, bijvoorbeeld als volgt⁵⁴

Als openbaar maken wordt niet beschouwd het toegankelijk maken van een werk in de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring

3.1.2 Nederlandse WNR

Omdat de Nederlandse WNR wel een duidelijke scheiding in materiele en immateriele vormen van publiek toegankelijk maken kent, terwijl er ook geen 'test-categorie' is, lijkt een wetswijziging hier onvermijdelijk. Een eenvoudige oplossing lijkt het creëren van een restcategorie waar het geïndividualiseerd toegankelijk maken op afstand in kan worden ondergebracht. Momenteel luidt artikel 2, lid 1 WNR als volgt.

De uitvoerende kunstenaar heeft het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor een of meer van de volgende handelingen

a het opnemen van een uitvoering,

b het reproduceren van een opname van een uitvoering,

c het verkopen, verhuren, uitleenen, afleveren of anderszins in het verkeer brengen van een opname van een uitvoering of van een reproductie daarvan,

d het uitzenden, het heruitzenden of het op een andere wijze openbaar maken van een uitvoering of een opname van een uitvoering of een reproductie daarvan

Dit zou veranderd kunnen worden in

⁵³ De algemene onderwijsvrijstelling van artikel 12, lid 5 Aw zou er daarentegen niet op van toepassing zijn of moeten zijn, omdat dit een onbedoelde en te vergaande beperking op het exploitatierecht van de auteur zou zijn.

⁵⁴ In deze formulering is het kring criterium 'veralgemeend' maar is ook het in deze studie (hoofdstuk 3, paragraaf 4.1.1) gewraakte betalingscriterium verdwenen.

De uitvoerende kunstenaar heeft het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor een of meer van de volgende handelingen

a het opnemen van een uitvoering,

b het reproduceren van een opname van een uitvoering,

c het verkopen, verhuren, uitleenen, afleveren of anderszins in het verkeer brengen⁵⁵ van een opname van een uitvoering of van een reproductie daarvan, dan wel het voor die doeleinden invoeren, aanbieden of in voorraad hebben,

d het uitzenden of heruitzenden van een uitvoering of een opname van een uitvoering of een reproductie daarvan

e het op een andere wijze openbaar maken van een uitvoering of een opname van een uitvoering of een reproductie daarvan

Het individueel toegankelijk maken op afstand, bijvoorbeeld op Internet, zou dan onder e vallen, samen met het in het openbaar vertonen of ten gehore brengen, bijvoorbeeld in de horeca. Het traditionele uitzenden zou onder d blijven vallen. Daarmee dient zich de vraag aan op welke rechten artikel 7 WNR, oftewel de omzetting in een door SENA uit te oefenen vergoedingsrecht, betrekking zou moeten hebben. De eenvoudigste en zuiverste oplossing zou zijn om de regeling van artikel 7 WNR af te schaffen en aan rechthebbenden zelf over te laten welke rechten zij collectief willen laten uitoefenen. Als men de bestaande constructie zoveel mogelijk zou willen handhaven zou artikel 7, lid 1 WNR als volgt geformuleerd kunnen worden.

Een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram of een reproductie daarvan kan zonder toestemming van de producent van het fonogram en de uitvoerende kunstenaar of hun rechtverkrijgenden worden uitgezonden of op voor het publiek toegankelijke plaatsen ten gehore worden gebracht, mits daarvoor een billijke vergoeding wordt betaald

Daarmee wordt een nieuw begrip, te weten 'op voor het publiek toegankelijke plaatsen ten gehore brengen' geïntroduceerd, dat nader gedefinieerd moet worden.⁵⁶ Dit lijkt echter onvermijdelijk als men de rechten met betrekking tot de traditionele vormen van publiek toegankelijk maken door de SENA wil blijven laten uitoefenen, terwijl de nieuwe vormen onder het verbodsrecht van de uitvoerende kunstenaars (en fonogrammenproducenten) moeten vallen.

Een andere mogelijkheid zou zijn om in de WNR geheel aan te sluiten bij het systeem van de Auteurswet door de introductie van één algemeen en overkoepelend openbaarmakingsbegrip. Het herformuleren van een algemeen 'kring-crite-

55 Het verdient aanbeveling om de aanduiding 'anderszins in het verkeer te brengen' te vervangen door 'anderszins verspreiden', omdat daarin ook de in paragraaf 2.1.2 genoemde tegenstelling met de betekenis van eerstgenoemde aanduiding in het tweede lid van hetzelfde artikel kan worden voorkomen. Dit staat echter los van de problematiek materieel/immateneel.

56 Met 'op voor het publiek toegankelijke plaatsen' wordt hier bedoeld fysiek toegankelijk, en dus niet 'virtueel' (via bijvoorbeeld Internet).

rium' in artikel 2, lid 7 WNR maakt de introductie van een overkoepelende term in feite onvermijdelijk. Artikel 2, lid 7 WNR zou als volgt kunnen luiden⁵⁷

Fen aanzien van het in het eerste lid, onder c, d en e bepaalde wordt onder de daar genoemde activiteiten niet verstaan, het toegankelijk maken van een uitvoering of een reproductie daarvan in de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring

3.1.3 Duitse Auteurswet

De Duitse Auteurswet kent evenals de Nederlandse WNR een scheiding in materiele en immateriele exploitatierechten. Er bestaat in de wet geen expliciete restcategorie, maar de opsomming wordt, zoals gemeld in hoofdstuk 3, paragraaf 2.3, geacht niet limitatief te zijn. 'Dadurch wird klargestellt, daß auch etwaige künftige Verwertungsformen, die heute noch nicht bekannt sind, dem Urheber vorbehalten sein sollen.'⁵⁸

Dit betekent dat zonder wetswijziging besloten kan worden dat het geïndividualiseerd publiek toegankelijk maken op afstand zo'n onvoorziene 'Verwertungsform' is die aan de auteur is voorbehouden. Misschien is het tijd om in de Duitse wet nu toch maar een restcategorie op te nemen, naast de materiele en immateriele 'Nutzungsrechte', of om van deze strikte indeling af te stappen. Dit zou echter een zeer ingrijpende herziening van het zorgvuldig opgebouwde systeem betekenen. Een systematisch iets minder fraaie, maar veel minder ingrijpende oplossing zou zijn om een vijfde onderdeel aan het tweede lid van § 15 UrhG toe te voegen met een corresponderende aparte bepaling, waarin het geïndividualiseerd publiek toegankelijk maken op afstand zou worden omschreven. Daarmee zou de nieuwe vorm formeel zijn ingedeeld bij de immateriele exploitatierechten. Dat hoeft echter geen groot bezwaar te zijn als er maar van wordt uitgegaan dat dit recht daarmee niet bij voorbaat in alle opzichten met de andere vormen van immaterieel publiek toegankelijk maken gelijkgesteld kan worden.

3.1.4 Amerikaanse Auteurswet

De Amerikaanse Auteurswet kent geen systematisch indeling in materiele of immateriele exploitatierechten. Er is sprake van een limitatief opgesomde 'bundel rechten', zoals in hoofdstuk 3, paragraaf 2.4 is besproken. Het toevoegen van een nieuw recht ligt politiek gevoeliger dan het extensief uitleggen van een bestaand recht. Daarom wordt in het White Paper ook veel nadruk gelegd op het feit dat het uitbreiden van het verspreidingsrecht met een transmissie-variant geen nieuw recht creëert.⁵⁹ In het in het White Paper voorgestelde systeem hebben de drie rechten die betrekking hebben op publiek toegankelijk maken, te weten 'to distribute to the public', 'to perform publicly' en 'to display publicly' alle drie hun

57 Ook hier is evenals bij de nieuwe formulering voor artikel 12, lid 4 Aw het in deze studie (hoofdstuk 3, paragraaf 4.1.1) gewraakte betalingscriticium verdwenen.

58 UrhG Entwurf van 23 maart 1962 afgedrukt in Schulze, *Materialien zum Urhebergesetz*, Weinheim 1993, p. 103.

59 Pp. 213-214. 'The proposed amendment does not create a new right. It is an express recognition that as a result of technological developments the distribution right can be exercised by means of transmission.'

eigen 'transmissie variant' Nu levert dat bij de twee laatst genoemde rechten onderling geen problemen op omdat 'display' en 'performance' vanwege hun definitie niet kunnen overlappen In hoofdstuk 3, paragraaf 8.5.2 is echter gebleken dat 'transmission of a reproduction' enerzijds en 'transmission of a performance or display' anderzijds wel vaak zullen overlappen en dat vaak moeilijk zal zijn aan te geven onder welke categorie een bepaalde handeling nu eigenlijk valt

Het zou systematisch veel hanteerbaarder zijn als de (drie) transmissie-varianten zouden worden losgekoppeld van de bijbehorende basis activiteiten (performance-display-distribution) en gezamenlijk zouden worden ondergebracht in *een nieuw recht 'transmission to the public'* Hiermee zou in feite (ook) geen nieuw recht ontstaan, er zou slechts sprake zijn van een nieuwe indeling die beter aansluit bij de nieuwe diensten

3.1.5 WIPO-voorstellen

In het WIPO-voorstel voor een nieuw auteursrechtverdrag, verschenen op 30 augustus 1996, ter voorbereiding op de diplomatieke conferentie in december 1996,⁶⁰ is in artikel 10 een ruim 'right of communication to the public' opgenomen dat als volgt is geformuleerd

Without prejudice to the rights provided for in Articles 11(1)(ii), 11bis(i), 11ter(1)(ii), 14(1) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, including the making available to the public of their works, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them

Dit 'right of communication to the public' omvat zowel de collectieve als de geïndividualiseerde vormen van publiek toegankelijk maken en zowel het elektronisch verspreiden als het geïndividualiseerd uitzenden Het omvat echter *niet* het traditionele verspreiden dat in artikel 8, lid 1 van hetzelfde voorstel is opgenomen en als volgt is omschreven

Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their works through sale or other transfer of ownership

Dit verspreidingsrecht omvat op zijn beurt weer niet het verhuurrecht, dat in een aparte bepaling, artikel 9, is opgenomen en als volgt is geformuleerd

60 Basic proposal for the substantive provisions of the treaty on certain questions concerning the protection of literary and artistic works to be considered by the diplomatic conference Diplomatic Conference on certain copyright and neighbouring rights questions Geneva December 2 to 20 1996 WIPO document CRNR/DC/4

Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorising the rental of originals and copies of their works even after their distribution by or pursuant to an authorisation of the author

In het gelijktijdig verschenen en gelijktijdig te behandelen WIPO-voorstel voor een nieuw verdrag op het gebied van de naburige rechten⁶¹ worden grotendeels dezelfde rechten voorgesteld ten behoeve van uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten⁶². Een belangrijk verschil is dat de rechten met betrekking tot geïndividualiseerd en collectief toegankelijk maken op afstand apart en verschillend zijn geregeld. Het individueel toegankelijk maken is vastgelegd in artikel 11 van dit verdragsvoorstel:

Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available of their performances fixed in any medium⁶³, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them

Het collectief toegankelijk maken op afstand is in artikel 12, lid 1 van het verdragsvoorstel vastgelegd in de vorm van een vergoedingsrecht:

Performers shall enjoy the right to a single equitable remuneration for the direct or indirect use of phonograms published for commercial purposes or reproductions of such phonograms for broadcasting or for any communication to the public

De hiervoor in paragraaf 3.2.1 voorgestelde wijziging van artikel 7 WNR vormt een mogelijke Nederlandse invulling van de artikelen 11 jo. 12 van het voorstel voor een nieuw naburige rechtenverdrag.

Het is duidelijk dat in deze WIPO-voorstellen het onderscheid tussen immateriële en materiële openbaarmakingsvormen in beginsel blijft gehandhaafd. In tegenstelling tot de in het White Paper voorgestelde benadering wordt het elektronisch verspreiden echter als een immateriële vorm van publiek toegankelijk maken aangemerkt. Het voordeel van deze door de WIPO, in navolging van eerdere Europese voorstellen, gekozen benadering is, dat er geen onderscheid behoeft te worden gemaakt tussen de verschillende geïndividualiseerde verzendingsvormen die zich bij on-line toegankelijk maken kunnen voordoen.

61 Basic proposal for the substantive provisions of the treaty on certain questions concerning the protection of the rights of performers and producers of phonograms to be considered by the diplomatic conference. Diplomatic Conference on certain copyright and neighbouring rights questions. Geneva. December 2 to 20, 1996. WIPO document CRNR/DC/5.

62 De rechten van fonogrammenproducenten blijven hier buiten beschouwing.

63 Voor dit deel van de tekst worden twee alternatieven voorgesteld. Performances fixed in any medium is de tekst van het alternatief B. De tekst van alternatief A luidt: musical performances fixed in phonograms.

De bevindingen van deze studie zijn voor de praktijk goed te verenigen met deze Europese benadering. Systematisch zou in de lijn van de bevindingen van deze studie en in de lijn van het Nederlandse openbaarmakingsrecht ‘making available to the public of originals and copies’ ook als een vorm van ‘communication to the public’ gezien moeten worden.

Een voordeel van deze (Europese) WIPO benadering, waarbij de traditionele verspreiding wordt afgesplitst, is dat daarmee duidelijk gemaakt kan worden dat (alleen) op deze specifieke vorm van publiek toegankelijk maken de uitputting van toepassing is.

3.2 Consequenties voor de praktijk

In de praktijk zal er door het verdwijnen van het onderscheid tussen materiele en immateriele openbaarmakingsvormen niets wezenlijks veranderen wat betreft de omvang van het totaal aan exploitatierechten. Er worden immers geen handelingen aan het exploitatierecht van de auteur onttrokken, noch worden er handelingen aan toegevoegd. Er is slechts sprake van een *herindeling* van de rechten met betrekking tot het publiek toegankelijk maken.

Met betrekking tot de contracten zullen zich in de praktijk mogelijk wel wijzigingen voordoen. De problemen die zich daarbij voordoen zijn echter grotendeels dezelfde als die bij iedere nieuwe gebruiksvoim. Hierbij moet worden bedacht dat de afschaffing of relativisering van de *wettelijke* indeling geen invloed hoeft te hebben op de *contractuele* splitsing.

Talloze vormen van splitsing van exploitatierechten zijn en blijven mogelijk.⁶⁴

Met betrekking tot lopende contracten moet in het Nederlandse auteursrecht de beperkende interpretatie van artikel 2, lid 2, Aw worden toegepast. Voor de situatie waarin de rechten welkelijk volledig maar gesplitst zijn overgedragen, moet gekeken worden naar de bedoelingen van partijen. Op deze plaats wordt hier niet verder op ingegaan. Het lijkt erop dat er voor de ‘overgangs’ problemen van lopende contracten geen pasklare oplossing bestaat.

3.3 Consequenties voor de theorie

De consequentie voor de theorie is dat de benadering van de wetgever van de Nederlandse Auteurswet 1912 met een algemeen overkoepelend openbaarmakingsbegrip dat betrekking heeft op alle vormen van publiek toegankelijk maken nog steeds een juiste keuze blijkt. Deze visie lijkt te worden onderschreven door Ginsburg,⁶⁵ die weliswaar meent dat in de Verenigde Staten de introductie van het ‘digital distribution-right’ op de korte termijn de ‘verveelvoudigingsrechtgebenden’ kan helpen zich te verzetten tegen de concurrentie van de ‘openbaarma-

64. Zie Spoor/Vinkade pp. 240-241.

65. Ginsburg, *Tutun bundel*, p. 204.

kings-rechthebbenden', maar ook het volgende stelt (en daarmee in feite impliciet kiest voor een 'Nederlands' systeem)⁶⁶

In the long run, however, in the digital world it may make most sense to re-characterize the rights of reproduction, distribution, and public performance or display as facets of a general right of communication of works to the public

Het voorstel van de Europese Commissie voor een Protocol bij de Berner Conventie komt (ook) dicht in de buurt van de Nederlandse benadering. Alle vormen van publiek toegankelijk maken, met uitzondering van het traditionele verspreiden (inclusief het verhuren), worden onder een algemeen openbaarmakingsbeleid gebracht onder de benaming 'right of communication to the public'.

4 Technische en contractuele bescherming

In de voorgaande paragrafen werd geconcludeerd dat het verveelvoudigingsrecht als zelfstandig exploitatierecht zou moeten worden afgeschaft en dat het verschil tussen materieel en immaterieel openbaar maken zou moeten verdwijnen. Deze conclusies geven al aan dat hier niet het standpunt wordt ingenomen dat het auteursrecht moet worden afgeschaft of zal verdwijnen. In het eerste hoofdstuk is al opgemerkt dat er in deze studie vanuit wordt gegaan dat het ook in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie redelijk en nuttig is dat de maker van een auteursrechtelijk beschermd werk geld kan verdienen aan het gebruik dat van zijn werk wordt gemaakt. De voorgestelde wijzigingen zijn een poging het auteursrecht aan te passen aan de digitale netwerkomgeving, niet om het af te schaffen. Er zijn echter ontwikkelingen waarneembaar op het gebied van de technische en contractuele bescherming die het auteursrecht overbodig zouden kunnen maken en zouden kunnen verdringen. Deze ontwikkelingen staan nog in de kinderschoenen en vormen geen hoofdonderwerp van deze studie, maar ze mogen zeker niet onvermeld blijven.

If copyright comes to an end in the digital networked environment, it will likely be as a consequence of the use of technological means for protecting digital works in networked environments and of header contracts. If works are protected against unauthorized copying by means of technology and contract law, there may be nothing for copyright to do, except perhaps serve as a kind of deus ex machina justifying the use of technological and contractual means for protecting works in digital form.⁶⁷

⁶⁶ Ginsburg, *Future* bundel p. 204.

⁶⁷ Pamela Samuelson, 'Copyright, Digital Data, and Fair Use in Digital Networked Environments', in Mackaay, Poulin en Trudel (eds.), *The Electronic Superhighway* p. 125.

Een deel van deze intrigerende stelling van Pamela Samuelson werd in hoofdstuk 2 al geciteerd⁶⁸ Hierna zal achtereenvolgens kort op de technische en vervolgens op de contractuele beschermingsvormen worden ingegaan, waarna de bezwaren van deze ontwikkelingen worden aangegeven

4.1 Technische bescherming

Bij de 'technological means for protecting digital works in networked environments' moet gedacht worden aan verschillende encryptie-technieken, waarbij decryptie slechts na betaling van een vergoeding mogelijk is, en aan de verschillende 'copyright management systems' die het gebruik van het werk in netwerken controleren, registreren en/of afrekenen. Als deze systemen niet verwijderd zouden kunnen worden zou auteursrechtelijke bescherming overbodig zijn: alle gebruik zou immers langs technische weg gecontroleerd en afgerekend kunnen worden. In Hoofdstuk 2 paragraaf 5.4.2 is al opgemerkt dat dit diep zou kunnen ingrijpen in de privacy van gebruikers en dat het vooralsnog onwaarschijnlijk is dat deze controlesystemen niet verwijderd zouden kunnen worden. Van verschillende kanten worden echter voorstellen gedaan om het verwijderen van controlesystemen wettelijk te verbieden⁶⁹ en om de vervaardiging en verspreiding van middelen die bedoeld zijn om technische beschermings- en controlemechanismen te verwijderen of te omzeilen strafbaar te stellen.⁷⁰ Als deze maatregelen van kracht zouden worden en effect zouden hebben, zou tengevolge hier van het auteursrecht verdronken kunnen worden, zeker in combinatie met de hierna te bespreken contractuele beschermingsvormen.

4.2 Contractuele bescherming

De in het citaat van Samuelson genoemde 'header contracts' zijn overeenkomsten die tot stand komen doordat het aanbod van bepaalde informatie dat aan de netwerkgebruiker wordt toegezonden vergezeld gaat van de licentie-(gebruiks)voor-

68 Zie hoofdstuk 2 paragraaf 5.4.2

69 In het Amerikaanse White Paper wordt bijvoorbeeld voorgesteld de volgende bepaling in de USC op te nemen § 1202. [] (b) Removal or Alteration of Copyright Management Information. No person shall, without authority of the copyright owner or the law: (i) knowingly remove or alter any copyright management information; (ii) knowingly distribute or import for distribution copyright management information that has been altered without authority of the copyright owner or the law; or (iii) knowingly distribute or import for distribution copies or phonorecords from which copyright management information has been removed without authority of the copyright owner or the law. (c) Definition. As used in this chapter, 'copyright management information' means the name and other identifying information of the author of a work; the name and other identifying information of the copyright owner; terms and conditions for uses of the work; and such other information as the Register of Copyrights may prescribe by regulation.

70 White Paper Appendix 1 p. 6 § 1201. No person shall import, manufacture, or distribute any device, product, or component incorporated into a device or product, or offer or perform any service, the primary purpose or effect of which is to avoid, bypass, remove, deactivate, or otherwise circumvent, without the authority of the copyright owner or the law, any process, treatment, mechanism, or system which prevents or inhibits the violation of any of the exclusive rights of the copyright owner under section 106. Zie ook artikel 32a Aw en artikel 7 Computerprogramma wetlijn.

waarden Door de aanvaarding van dit digitale aanbod-met voorwaarden (de 'header') wordt de gebruiker gebonden aan die gebruiksvoorwaarden Het is waarschijnlijk dat deze 'header contracts' inderdaad bindend zijn omdat de voorwaarden kenbaar zijn en aanvaard worden *voordat* de overeenkomst gesloten wordt Dit in tegenstelling tot sommige zogenaamde 'shrink wrap' licenties waar bij de kennisname en (beweerdelijk) aanvaarding van de voorwaarden door het openscheuren van de krimp-folie pas plaatsvindt *nadat* de aankoop heeft plaatsgevonden ⁷¹

Als alle gebruikers van informatie op deze manier gebonden zouden worden aan de voorwaarden die de producent stelt zou het auteursrecht overbodig kunnen worden Omdat overeenkomsten alleen tussen partijen werken, lijkt dit op het eerste gezicht niet zo waarschijnlijk een derde verkrijger is niet gebonden en lijkt alleen op basis van het auteursrecht te kunnen worden aangepakt Daarbij moet ten eerste bedacht worden dat, naar in deze studie wordt verdedigd, de uitputting in de netwerkomgeving geen rol meer kan spelen Er zullen dus vermoedelijk veel minder derde verkrijgers zijn, de meeste gebruikers zullen hun informatie rechtstreeks betrekken van (een databank van) de rechthebbende of van een van zijn licentiehouders Alleen zij die via de keten van overlappende kringen informatie hebben verkregen zullen (auteursrechtelijk rechtmatige) derden verkrijgers zijn Ten tweede lijkt er, mede door het feit dat de meeste gebruikers rechtstreeks gebonden zijn aan de contractsvoorwaarden, een ontwikkeling mogelijk waarbij via het leerstuk van misbruik van wanprestatie een onrechtmatige daad wordt aangenomen bij derden, die zich niet aan de contractsvoorwaarden houden Immers, de contractsvoorwaarden zullen waarschijnlijk altijd zowel de *doorgifte aan derden*, al dan niet via de keten van overlappende kringen, als ieder *gebruik door derden* verbieden Het is verdedigbaar dat wanneer de betreffende, of *iedere*, 'derde' geacht moet worden van deze gebruikelijke licentievoorwaarden op de hoogte te zijn, het verwerven en gebruiken van de betreffende informatie in strijd met die voorwaarden, steeds misbruik van wanprestatie zou opleveren ⁷² Deze laatste constructie via misbruik van wanprestatie, die hier overigens nadrukkelijk *niet* onderschreven wordt, ⁷³ zou het auteursrecht in zeer veel gevallen *de facto* overbodig maken

4.3 Bezwaren

Er zijn nogal wat bezwaren aan te voeren tegen de (gevolgen van de) hiervoor beschreven technische en contractuele beschermingsvormen Het voornaamste

71 Vergelijk Rb Amsterdam 24 mei 1995 101 nr H93 0783 geciteerd door Van der Klauw Koops in IT & Recht 1996 nr 1 p 5 Het enkele openen van een verpakking doet geen licentieovereenkomst tussen de producent van een computerprogramma en de gebruiker daarvan tot stand komen Wil daarvan sprake zijn dan zal de gebruiker voordat hij tot aankoep van het programma overgaat zich ervan bewust moeten zijn dat hij op die manier een licentieovereenkomst zal aangaan Bovendien zal voor hem op voorhand duidelijk moeten zijn wat de voorwaarden van de overeenkomst zullen inhouden

72 In deze zin Pres Rb Brede 12 oktober 1994 C R 1995 p 120 met noot Struik II R 1995 p 7 met commentaar Vissers op p 103 (PTI Telecom/CD Totaal CD foongids)

73 Zie de volgende paragraaf

en centrale bezwaar is dat het auteursrecht *met zijn inherente en/of wenselijke beperkingen* buiten spel wordt gezet. Niets staat producenten/rechthebbenden in de weg om langs contractuele of technische weg controle af te dwingen op activiteiten die het auteursrecht om principiële redenen vrij laat. Daarbij moet in de eerste plaats gedacht worden aan privégebruik en privécommunicatie en het daarmee samenhangende privacybelang, maar ook aan temporale en andere beperkingen van het auteursrecht. Het beschermen van materiaal van auteurs die meer dan zeventig jaar geleden zijn overleden en het verbieden van citeren zijn langs contractuele weg ook mogelijk. Als dit inderdaad het gevolg zal blijken te zijn van de technische en contractuele beschermingsvormen is het goed mogelijk dat het nodig wordt meer⁷⁴ *dwingendrechtelijke* beperkingen op contractuele bedingen in de auteurswetten en -verdragen op te nemen. De constructie via misbruik door wanprestatie verdient in zijn algemeenheid zeker geen navolging. De rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad is dat er meer is dan een enkele wetenschap dat het handelen van de derde, waar van de gedaagde profiteert, wanprestatie jegens diens voorman inhield. Pas onder bijkomende omstandigheden kan een dergelijk bewust profiteren onrechtmatig worden.⁷⁵ Als deze bijkomende omstandigheden te snel worden aangenomen leidt dit tot een onwenselijke verdringing van het auteursrecht en zijn beperkingen.

4.4 Conclusie

De technische en contractuele bescherming heeft in beginsel niets te maken met de auteursrechtelijke exploitatierechten, maar zal in toenemende mate een belangrijke rol gaan spelen bij de bescherming van informatie. Het voordeel daar van is dat rechthebbenden in staat zullen zijn op 'per use' basis af te rekenen. Daar is op zichzelf geen bezwaar tegen, maar het verdient aanbeveling deze ontwikkeling kritisch te blijven volgen omdat het evenwicht dat in het auteursrecht bestaat, of althans behoort te bestaan, tussen de belangen van rechthebbenden en gebruikers, (verder) zou kunnen worden verstoord.

5 Slotconclusie

In deze studie is onderzoek gedaan naar de handelingen die traditioneel auteursrechtelijk relevant zijn en naar de handelingen die dat met betrekking tot digitale informatie en netwerkcommunicatie zouden moeten blijven of worden.

74 De regeling met betrekking tot computerprogrammatuur kent al enige dwingendrechtelijke beperkingen op contractuele bedingen. Zie artikel 45 j t/m m Aw.

75 HR 12 januari 1962 NJ 1962 246 m n IIB (Nibelja/Grundig) en HR 8 december 1989 NJ 1990 217 (Schreiders/Van Hock). Zie hierover uitgebreid C.H. Beekhuis, Het profiteren van een door een ander gepleegde wanprestatie in: *Op de grenzen van komend recht* (Beekhuis bundel) Deventer/Zwolle 1969 pp. 13-27. Zie ook Verkeide, *Ongeoorloofde mededeling*, Zwolle 1986 pp. 178-181.

Gebleken is dat de verveelvoudigingshandeling die traditioneel een centrale plaats innam in het auteursrechtelijk systeem, niet langer geschikt is om als aanknopingspunt te dienen voor een exploitatierecht.

Tevens is gebleken dat het openbaarmakingsrecht dat betrekking heeft op alle handelingen waardoor werken publiek toegankelijk worden gemaakt, een geschikt auteursrechtelijk aanknopingspunt is en blijft. Het onderscheid tussen materiële openbaarmakingsvormen waarbij verveelvoudigingen worden vervaardigd en/of verplaatst en immateriële openbaarmakingsvormen waarbij dat niet het geval is, is echter achterhaald en dient te vervallen.

Bij het verlenen en het verbinden van (financiële) voorwaarden aan de toestemming voor het openbaar maken, zijn er voor de auteur voldoende mogelijkheden om het gebruik van zijn werk te gelde te maken. Daarbij is wel van belang dat is vastgesteld dat ook het intern beschikbaarstellen en het aanbieden van diensten waarbij beschermde informatie op verzoek wordt toegezonden als vormen van openbaar maken dienen te worden aangemerkt.

Behalve in gevallen waarin de vervaardiging van exemplaren voorafgaat aan de openbaarmaking ervan, lijkt het verveelvoudigingsrecht daarmee overbodig.

Het verdient daarom aanbeveling:

- af te schaffen het verveelvoudigingsrecht als zelfstandig auteursrechtelijk exploitatierecht, en
- te handhaven het openbaarmakingsrecht in ruime zin, dat ook omschreven zou kunnen worden als ‘auteursrecht op (publieke) toegang’.

Verkort aangehaalde literatuur

De Beaufort, diss	H L de Beaufort, 'Het auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht', diss Utrecht, Utrecht 1909, Den Boer (heruitgave Buma, Amstelveen 1993)
Czarnota/Hart	B Czarnota en R Hart, 'Legal protection of computer programs in Europe', London 1991, Butterworths
Dommering 1994	E J Dommering, 'Het auteursrecht spoelt weg door het elektronisch vergiet', Computerrecht 1994, pp 109-113 (In Engelse vertaling verschenen in Future bundel, pp 1-11)
Fromm/Nordemann	W Nordemann, K Vinck en PW Heitin, 'Urheberrecht', achtste druk, Stuttgart 1994, Kohlhammer
Future-bundel	'The Future of copyright in a digital environment', PB Hugenholtz (ed), proceedings of the Royal Academy Colloquium organized by the Royal Netherlands Academy of Sciences (KNAW) and the Institute for Information Law (Amsterdam, 6-7 July 1995), Den Haag 1996, Kluwer Law International
Von Gamm	O F Freiherr Von Gamm, 'Urheberrechtsgesetz', München 1968, Beck
Geibrandy	'Kort commentaar op de Auteurswet 1912', Aanhem 1988, Gouda Quint
Ginsburg, Future-bundel	J C Ginsburg, Putting Cars on the 'Information Superhighway' 'Authors, Exploiters and Copyright in Cyberspace', Future-bundel, pp 189-219 Ook verschenen in 'Columbia Law Review' Vol 95 (November 1995)

Goldstein	P. Goldstein, Copyright, Boston 1989, Little and Brown
Gounalakis	G. Gounalakis, 'Kabelfernsehen im Spannungsfeld von Urheberrecht und Verbraucherschutz', Baden-Baden 1989, Nomos
Groenboeck	Commissie van de Europese Gemeenschappen, Groenboeck, 'Het Auteursrecht en de Naburige rechten in de Informatiemaatschappij', COM (95) 382, Brussel, 19 juli 1995
Grosheide, diss.	F.W. Grosheide, 'Auteursrecht op maat', diss. Utrecht, Deventer 1986, Kluwer
Haberstumpf	'Haberstumpf, in: Lehmann, M. (ed.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen', tweede druk, Köln 1993, Schmidt
Hugenholtz 1982	P.B. Hugenholtz, 'Auteursrecht en Information Retrieval', Deventer 1982, Kluwer post Scriptum reeks
Hugenholtz, diss.	P.B. Hugenholtz, 'Auteursrecht op informatie', diss. Amsterdam, Deventer 1989, Kluwer
Hugenholtz, Future-Bundel	P.B. Hugenholtz, 'Adapting Copyright to the Information Superhighway', Future-Bundel, pp. 81-102
Hugenholtz/Spoor	P.B. Hugenholtz en J.H. Spoor, 'Auteursrecht op software', Amsterdam 1987, Cramwinckel
Van Isacker	F. van Isacker, 'De exploitatierechten van de auteur', Brussel 1963, Larcier
Joos, diss.	U. Joos, 'Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht', München 1991, Beck
Lehmann	'Lehmann, in: Lehmann, M. (ed.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen', tweede druk, Köln 1993, Schmidt
Marly	J. Marly, 'Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäische Union', München 1995, Beck

Mom, diss.	G.J.H.M. Mom, 'Kabeltelevisie en auteursrecht', diss. Amsterdam, Lelystad 1990, Vermande
Nimmer	M.B. Nimmer, 'Nimmer on Copyright', (losbladig), New York, Matthew Bender
Quaadvlieg, diss.	A.A. Quaadvlieg, 'Auteursrecht op techniek', diss. Nijmegen, Zwolle 1987, Tjeenk Willink
Reinbothe/Von Lewinsky	J. Reinbothe en S. von Lewinski, 'The E.C. Directive on rental and lending rights and on piracy', London 1993, Sweet & Maxwell
Ricketson	S. Ricketson, 'The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986', London 1987, Kluwer
Schricker/Gerstenberg	E. Gerstenberg in: Schricker (red.) 'Urheberrecht. Kommentar', München 1987, Beck
Schricker/Loewenheim	U. Loewenheim in: Schricker (red.) 'Urheberrecht. Kommentar', München 1987, Beck
Schricker/v. Ungern-Sternberg	J. v. Ungern-Sternberg in: Schricker (red.) 'Urheberrecht. Kommentar', München 1987, Beck
Spoor, diss.	J.H. Spoor, 'Scripta manent', diss. Utrecht, Groningen 1976, Tjeenk Willink
Spoor, Future-Bundel	J.H. Spoor, 'The Copyright Approach to Copying on the Internet: (Over)Stretching the Reproduction Right?', Future-Bundel, pp. 67-79
Spoor/Verkade	J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, 'Auteursrecht', tweede druk, Deventer 1993, Kluwer
Ulmer	E. Ulmer, 'Urheber- und Verlagsrecht', Berlijn 1980, Springer
Verkade, rede	D.W.F. Verkade, 'Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid', Rede RU Leiden 1990, Deventer 1990, Kluwer
Verkade 1992	D.W.F. Verkade, 'Computerprogramma's in de Auteurswet 1912: het vierde regime...', Computerrecht 1992, pp. 86-97

Visser, Future-Bundel

D.J.G. Visser, 'Copyright Exemptions Old and New: Learning from Old Media Experiences', Future-Bundel, pp. 49-56

White Paper

'Intellectual Property and the National Information Infrastructure, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights', Information Infrastructure Task Force, Washington, D.C. September 1995

Trefwoordenregister

- abonnee-televisie 157, 161
- antwoord in de machine 58
- aparte diensten-argument 137
- Audio Home Recording Act 1992 51

- back-up 52, 80
- beperkingen 29
- Berner Conventie 23, 48, 123, 137, 199
- Betamax 50
- bibliotheek 106, 190, 192
- BSA-kliklijn 57
- Buma 163

- café 114, 143, 150
- communicatie 28
- computerprogramma 57, 61
- consumptie 26
- controleerbaarheid 27, 28, 40
- copyshop 53
- cultuur-politieke beperkingen 36, 156
- cumulatieve openbaarheid 175

- decentralisatie 44
- digitale vorm 52, 58, 167, 189
- display 112
- documentlevering op verzoek door-
geven 135, 167, 187
- downloaden 80, 167, 171, 176, 184
- drukpers 40, 41
- duurzaamheid 43, 69

- eerste openbaarmaking 84
- eigendom 30
- eindgebruikers 144, 173, 184
- electronic rental 160
- elektronisch vergiet 20

- elektronisch verspreiden 162, 166
- ether 121
- exemplaren 40, 162
- exploitatiehandelingen 24
- exploitatierechten 24

- familie-, vrienden- of daaraan gelijk
te stellen kring 94, 123
- fonogrammenproducent 164
- fotokopiëren 53

- gebruiksrecht 67, 73
- gebruikstoename 105, 141
- geïndividualiseerd toegankelijk ma-
ken 147
- gelijktijdigheidsvereiste 130, 159
- grenzen 29
- Groenboek 61, 78

- heffingsstelsel 48
- homepage 19

- in beeld brengen 64, 65, 73
- incalculerbare gebruiksintensive-
ring 29, 184
- informatievrijheid 35, 75, 76
- injectierecht 122
- intern beschikbaarstellen 186
- intern zakelijk gebruik 54
- Internet 19, 79, 85, 90, 143, 164, 176,
177, 183, 200

- kabel 118, 121, 125, 136
- keten van overlappende vrienden-
kringen 188
- klikken 57
- kopieer-rapportage 59, 60
- kopieer-registratie 60

kopierbeveiliging 59
 kopierprobleem 46
 kopiëren ter plaatse 192
 kring 125, 132, 175

 laden 63, 65
 leenrecht 95, 145

 narrowcasting 157
 netwerkcommunicatie 79

 on-line toegankelijk maken 171
 openbaar aanbod 98, 175
 openbaarheid 123
 openbaarheids criterium 123, 128, 132, 176
 openbaarmaken 83, 90
 opslaan 64, 65

 pay-per-view 157, 161
 performance 116
 Personal-Ausweis 47, 58
 persoonlijkheidsrechten 24
 piraterij 41, 195
 privacy 31, 57, 75, 76, 133
 privégebruik 46, 53, 54
 provider 19
 publiek toegankelijk maken 88

 raadpleging ter plaatse 94, 109, 155
 rechtspolitieke keuze 70, 142
 repro-denken 20
 reprorecht 55
 reproductie 40

 satelliet 118, 122
 Schallplatten-Espresso 149

 Scientology 178
 secundaire openbaarmaking 135, 177
 SENA 91, 164
 Serial Copy Management System 51, 59
 Stemra 163

 techniekbepaald verveelvoudigings-
 begrip 61, 73
 teletekst 161
 tentoonstellen op afstand 172
 tentoonstellen 107, 134
 thuishopiëren 46
 toegang voor iedereen 19, 35
 transmissie 64, 65, 73, 158, 171, 182

 uitputting 31, 95, 103, 166, 167
 uitvoeren 64, 65, 113, 133
 uitzenden 117, 134, 145

 vastlegging 43
 verbreiden 86
 verhuur- en leenrecht 95, 105, 145
 verspreiden 93, 126, 135
 verveelvoudiging 40
 verveelvoudigingsrecht 39, 182
 verzenden 79
 vicieuze cirkel 56
 videocabines 151, 159

 waarneembaar 43
 White Paper 81, 165, 168, 182
 WIPO-voorstellen 205
 WNR 88, 90, 97, 114, 119, 123

 XS4all 19

Samenvatting

In deze studie wordt onderzocht of de handelingen die traditioneel onder het exploitatierecht van de auteur vallen in het tijdperk van digitale informatie en netwerkkommunicatie nog de geschikte aanknopingspunten zijn voor het auteursrecht.

Hoofdstuk 1

In het eerste inleidende hoofdstuk wordt geconstateerd dat de exploitatierechten beogen de auteur de mogelijkheid te bieden het gebruik van zijn werk te gelde te maken. De uiteindelijke waarde van auteursrechtelijk beschermd werk is gelegen in de consumptie ervan. Het consumptieve gebruik zelf wordt echter van oudsher niet aan een auteursrechtelijk verbodsrecht onderworpen, omdat dit *onpraktisch, onwenselijk* en *onnodig* is. Onpraktisch omdat het meestal onmogelijk is de consumptie van het werk te controleren, onwenselijk omdat (een poging tot) dergelijke controle diep zou ingrijpen in de privacy en de eigendomsbevoegdheden van de gebruiker en onnodig omdat er voldoende andere aanknopingspunten zijn om de auteur de mogelijkheid te bieden zijn werk te exploiteren. De *communicatie* of het *toegankelijk maken* zijn de handelingen die *leiden* tot consumptie en vormen de belangrijkste aanknopingspunten voor de auteursrechtelijke exploitatierechten. Omdat *individuele/private* communicatie niet of nauwelijks controleerbaar is en bovendien beschermd wordt door het recht op privacy (recht op vertrouwelijke communicatie), hebben de exploitatierechten betrekking op *collectieve/publieke* communicatie. Deze publieke communicatie wordt in het Nederlandse auteursrecht openbaarmaking genoemd. Het openbaarmakingsrecht vormt één van de twee hoofdcategorieën van exploitatierechten. De andere hoofdcategorie wordt gevormd door het veeveelvoudigingsrecht dat betrekking heeft op het vervaardigen van exemplaren. Het veeveelvoudigen is geen communicatiehandeling, maar een handeling die, in ieder geval oorspronkelijk, aan de communicatie van het werk door verspreiding van exemplaren *voorafgaat*. Veeveelvoudigen is daarmee in beginsel een voorbereidingshandeling op een andere voorbereidingshandeling (de verspreiding) die weer voorafgaat aan de uiteindelijke consumptie van het werk.

Het gemeenschappelijke kenmerk van de handelingen die onder het exploitatierecht van de auteur vallen is dat het gaat om handelingen die *leiden tot een incalculeerbare gebruikstoename*, oftewel een *toename in consumptie* van het werk, waardoor de auteur bij het onder voorwaarden verlenen of weigeren van toestemming voor de betreffende handeling die gebruikstoename kan incalculeren of voorkomen. Deze handelingen waardoor het werk toegankelijk wordt gemaakt

dienen bij voorkeur *controleerbaar* te zijn, hetgeen betekent dat controle zowel praktisch mogelijk als principieel niet onwenselijk moet zijn

Belangrijke grenzen van de exploitatierechten worden daarmee gevormd door andere (grond)rechten, met name door het (stoffelijke) *eigendomsrecht* en het recht op *privacy*

Hoofdstuk 2

In het tweede hoofdstuk wordt het verveelvoudigingsrecht behandeld. De definitie van vervveelvoudigen is in de wetgeving van de onderzochte landen ongeveer gelijk. Verveelvoudigen is het min of meer duurzaam vastleggen in stoffelijke exemplaren. De bijkomende omstandigheden zoals aantal, gebruikte techniek en bestemming van de exemplaren zijn in beginsel niet relevant.

De (oorspronkelijke) geschiktheid van de verveelvoudiging als aanknopingspunt voor een auteursrechtelijk verbodsrecht wordt echter bepaald door de technische omstandigheden en door de functie die de verveelvoudiging in het traditionele communicatieproces vervult. De verveelvoudigingsvorm die de aanleiding voor het ontstaan van het auteursrechtelijk exploitatierecht vormde was de boekdrukkunst. Het drukken van boeken vereist kostbare drukpersen, loont alleen bij grotere oplagen en gebeurde daarom alleen door (een beperkt aantal) professionele drukkers. Bij het proces van vervaardiging en verspreiding van gedrukte exemplaren vormt het verveelvoudigen (het drukken) de noodzakelijke, aan de communicatie voorafgaande, centrale en controleerbare handeling. Een verbodsrecht ten aanzien van deze handeling verschafte de auteur een efficiënt en effectief instrument om de verspreiding van zijn werk 'aan de bron' te verbieden of aan (financiële) voorwaarden te binden. Omdat ook het persen van grammofoonplaten en het dupliceren van films kapitaalintensieve activiteiten zijn, kon het verveelvoudigingsrecht bij de dragers van geluid en bewegend beeld lange tijd dezelfde sleutelrol vervullen als bij (het drukken van) papier met tekst en/of afbeeldingen.

Sinds de jaren vijftig is de verveelvoudiging (de kopieerhandeling) echter geleidelijk veranderd van een noodzakelijke, aan de communicatie voorafgaande, centrale, controleerbare handeling die een geschikt aanknopingspunt vormde voor een auteursrechtelijk verbodsrecht, in een toevallige, met de communicatie en de consumptie talloze malen samenvallende, decentrale, niet of nauwelijks controleerbare handeling. Deze ontwikkeling is begonnen met het audio- en video- 'thuis kopiëren' en het fotokopiëren, gevolgd door het kopiëren van computerprogramma's, culminerend in een 'elektrokopiëren' van tekst, stilstaand en bewegend beeld, geluid en computerprogrammatuur, kortom alle informatie die zich leent voor vastlegging in digitale vorm.

Door een strikte toepassing van een volledig technisch bepaald verveelvoudigingsbegrip – waarbij iedere technische verveelvoudiging auteursrechtelijk relevant wordt geacht – eerst op computerprogramma's en later op andere werktypen, dreigt bovendien vrijwel iedere vorm van gebruik van digitale informatie en individuele communicatie via netwerken onder het verveelvoudigingsrecht en daarmee onder het exploitatierecht van de auteur te worden gebracht. Dit brengt principiële bezwaren met zich mee in verband met de privacy en systematische bezwaren in verband met (de beperkingen van) het openbaarmakingsrecht, die bij het verveelvoudigingsrecht niet terug te vinden zijn.

Hoofdstuk 3

In het derde, omvangrijkste, hoofdstuk worden de exploitatierechten onderzocht die in het Nederlandse systeem onder het openbaarmakingsrecht vallen. Eerst worden de traditionele vormen van openbaar maken in dit hoofdstuk aangeduid als ‘publiek toegankelijk maken’ die voorkomen in de verschillende landen, uitgebreid besproken. Het gemeenschappelijke kenmerk van deze vormen van publiek toegankelijk maken, hier onderverdeeld in verspreiden, tentoonstellen, uitvoeren en uitzenden, blijkt te zijn dat zij betrekking hebben op een publiek (van eindgebruikers) buiten ‘de kring’ van familie, vrienden of kennissen.

Vervolgens komen de nieuwe, geïndividualiseerde vormen van publiek toegankelijk maken aan de orde. Er wordt onderscheid gemaakt tussen toegankelijk maken ter plaatse en toegankelijk maken op afstand (online). Ten aanzien van het geïndividualiseerd toegankelijk maken (voor raadpleging) ter plaatse is gebleken dat dit in Nederland en Duitsland niet duidelijk is geregeld. Enerzijds lijken het zeer beperkte tentoonstellingsrecht en de ‘bibliotheek/leeszaal praktijk’ dergelijk toegankelijk maken ter plaatse vrij te laten, anderzijds leidt de videocabine-jurisprudentie onvermijdelijk tot de conclusie dat dit in ieder geval niet voor alle werktypen kan gelden. Het Amerikaanse onderscheid waarbij de ‘display’ ter plaatse van tekst en stilstaand beeld vrij is, terwijl de ‘performance’ ter plaatse van bewegend beeld en geluid onder het verbodsrecht van de auteur valt lijkt vooralsnog de eenvoudigste oplossing. In het tijdperk van multimediale (educatieve en wetenschappelijke) werken behoeft dit onderscheid vermoedelijk evenwel (cultuur-politieke) verfijning of relativering.

Bij het geïndividualiseerd toegankelijk maken op afstand blijkt een verdeling in geïndividualiseerd uitzenden en elektronisch verspreiden op grond van het traditionele (‘nabuurrechtelijke’, Duitse en Amerikaanse) onderscheid in immateriële en materiële vormen van publiek toegankelijk maken uiteindelijk niet houdbaar en niet zinvol, onder andere omdat de uitputting bij elektronisch verspreiden geen rol blijkt te (kunnen) spelen. Een benadering via het on-line toegankelijk maken waarbij dit onderscheid wordt losgelaten sluit beter aan bij de praktijk van netwerkkommunicatie. Het openbaarheids criterium van ‘de kring’ (waarbuiten de toegangverlening openbaar wordt geacht) blijkt hier toepasbaar via de benadering van de *cumulative* openbaarheid, via de benadering van het *aanbod* aan het publiek of via de benadering van de individuele verzending aan een persoon buiten de eigen kring. Ook het beschikbaar stellen in plaatselijke en/of interne netwerken blijkt langs deze weg onder het openbaarmakingsrecht van de auteur te kunnen worden gebracht.

Hoofdstuk 4

In het vierde en laatste hoofdstuk wordt eerst onderzocht of, en vervolgens geconcludeerd dat het veeelvoudigingsrecht als zelfstandig auteursrechtelijk exploitatierecht kan en moet worden afgeschaft. Op basis van een ruim openbaarmakingsrecht kunnen alle handelingen waarvan de controle niet onmogelijk of onwenselijk is onder het exploitatierecht van de auteur worden gebracht. Ten aanzien van traditionele piraterij geldt intussen dat het vervaardigen van illegale exemplaren die bedoeld zijn om te worden verspreid (openbaar gemaakt) wel als auteursrechtelijk relevante voorbereidingshandeling moeten kunnen worden verboden. De

belangrijkste consequentie van de afschaffing van het verveelvoudigingsrecht als zelfstandig exploitatierecht is dat alle *consumptieve activiteiten* als lezen, luisteren en bekijken, waaronder het ‘surfen’ op het Internet principieel vrij blijven van rechtstreekse auteursrechtelijke aanspraken. Dat voor deze activiteiten indirect betaald c.q. afgerekend zal worden via abonnementen, royalty en toegangsheffingen is daar niet mee in tegenspraak: dit is het logische en gewenste resultaat van het feit dat het aanbieden en publiek toegankelijk maken, oftewel de *productieve*, of, zo men wil de *exploitatie*-activiteiten als vanouds onder het exploitatierecht van de auteur vallen.

Vervolgens wordt naar aanleiding van de bevindingen van het derde hoofdstuk geconcludeerd dat het onderscheid tussen immaterieel en materieel openbaarmaken dient te worden afgeschaft of vermeden. Voor de Nederlandse Auteurswet brengt dit geen veranderingen mee. In de Wet op de naburige rechten en de Duitse Auteurswet zou een restcategorie van ‘andere openbaarmakingsvormen’ opgenomen kunnen worden. In de Amerikaanse Auteurswet zouden de transmissievarianten van het display- en performancerecht samen met de nieuwe voorgestelde transmissievariant van het *distribution*recht kunnen worden afgesplitst en ondergebracht in een apart ‘public transmission’ recht waarbij het moeilijk hanteerbare onderscheid tussen geïndividualiseerd uitzenden en elektronisch verspreiden ook daar zou komen te vervallen. Het WIPO voorstel voor een ruim ‘communication to the public’-recht komt dicht in de buurt van het Nederlandse systeem en sluit goed aan bij de bevindingen van deze studie.

Ten slotte is vastgesteld dat de technische en contractuele beschermingsmogelijkheden de auteursrechtelijke exploitatierechten en de (inherente) beperkingen daarvan en daarop zouden kunnen verdringen en buitenspel zetten. Het is noodzakelijk deze ontwikkeling kritisch te volgen en mogelijk dwingendrechtelijke beperkingen aan te brengen omdat het evenwicht op het gebied van de bescherming van intellectuele eigendom en de informatievrijheid anders te zeer verstoord zou kunnen worden.

De slotconclusie is dat het aanbeveling verdient

- af te schaffen het verveelvoudigingsrecht als zelfstandig auteursrechtelijk exploitatierecht, en
- te handhaven het openbaarmakingsrecht in ruime zin, dat ook omschreven zou kunnen worden als ‘auteursrecht op (publieke) toegang’.

Copyright in access

The exploitation rights of the author in the era of digital information and network communication

This study deals with the question whether in the era of digital information and network communication the activities traditionally considered to be restricted acts under copyright can still serve their purpose adequately.

Chapter 1

In the first introductory chapter it is established that the purpose of the exploitation rights is to provide the author with the means to make money out of the use of his work. The value of any work protected by copyright lies in the consumption of this work. Consumptive use itself, however, is traditionally not restricted by copyright, because it would be impractical, undesirable and unnecessary. Impractical, because in most cases it is impossible to monitor or control consumption of the work, undesirable, because (attempts at) such monitoring or control would encroach deeply on the privacy and the property rights of the consumer, and finally unnecessary, because there are sufficient other acts which can be restricted by copyright in order to provide the author with the means to exploit his work.

Communication, or the *giving of access to the work* are the activities which *lead to* consumption of the work and which constitute the most important acts restricted by the exploitation rights of the author. Because individual or private communication is hard or even impossible to monitor or control and because, in addition, this kind of communication is protected by the right to privacy (the right to confidential communication), the exploitation rights of the author only concern collective or public communication. Under Dutch copyright law public communication is called ‘openbaarmaking’ (translation: ‘communication to the public’). The right to communicate to the public constitutes one of the two main (categories of) exploitation rights under Dutch copyright law. The other main exploitation right is the ‘verveelvoudigingsrecht’ (translation: ‘reproduction right’) which is concerned with the making of copies. Reproduction is in itself not an act of communication, but it is an act which, at least traditionally, *precedes* the communication of the work through the distribution of copies. In that respect the act of reproduction is preparatory to another preparatory activity (distribution) which eventually leads to the consumption of the work.

The common characteristic of the acts restricted by copyright is that they lead to an increase in use which can be taken into account by the author, that is an increase in the consumption of the work, which the author can reckon with or prevent by

setting terms for or by refusing the permission for the relevant acts. These activities which make the work accessible, should preferably be controllable, which means that their control should both be possible in practice and not undesirable in principle, because otherwise the exercise of the rights related to these activities would be impossible and/or would have undesirable consequences.

Consequently, the limitations of the exploitation rights are based on the existence of other (basic/constitutional) rights, in particular the property right (in physical objects) and the right to privacy.

Chapter 2

The second chapter deals with the reproduction right. The definition of the reproduction right is more or less the same in all countries covered by this study (The Netherlands, Germany and the United States): reproduction is the more or less permanent fixation in physical copies. Additional circumstances, such as the reproduction technology involved and the purpose of the reproduction are in principle irrelevant.

The (original) suitability of the act of reproduction as an act restricted by copyright is, however, caused by the technological circumstances and by the part reproduction plays in the traditional communication process. Copyright has its origin in the reproduction technology of the printing press. The printing of books required expensive printing presses, only paid for if large numbers of copies were printed and consequently was only taken up by (a limited number of) professional printers. In the process of making and distributing printed copies the reproduction (the printing) constitutes an indispensable act, which precedes the communication and which is centralized and controllable. Restricting such an act by copyright provides the author with an efficient and effective instrument to suppress or allow on certain (financial) conditions the distribution of his work at the source. Because the pressing of gramophone records and the duplication of films are also capital-intensive and centralised activities, the reproduction right played the same key role with regard to carriers of sounds and moving images as it did with (the printing of) text and/or illustrations on paper.

Since the nineteen fifties the reproduction (the act of copying) has gradually changed from an indispensable activity, which precedes the communication and which is centralized and controllable and which was suitable to be qualified as an act restricted by copyright, into an act of incidental nature, which coincides repeatedly with the communication and consumption of the work, which is decentralised and hard or even impossible to control. This development started with audio and video 'home taping' and with photocopying, followed by the copying of computer programs and culminating in the 'electrocopying' of text, illustrations and moving images, sound and computer programs. In summary, all information suitable for fixation in digital form.

A strict application of a technical concept of reproduction – in which every reproduction in a technical sense is held to be relevant under copyright – first to computer programs and later to other kinds of protected works has led to a situation where almost every kind of use of digital information and individual communication through networks is considered to be a restricted act under copyright. This situation gives rise to fundamental objections related to the protection of

privacy and to systematic objections and inconsistencies in relation to (the limitations of) the right of communication to the public

Chapter 3

The third, most extensive chapter deals with the exploitation rights which under the Dutch system are covered by the 'openbaarmakingsrecht' (translation: right of communication to the public). The traditional means of 'communication to the public' – for which the phrase 'giving public access to the work' is introduced in this chapter – as they exist in the Dutch Copyright and neighbouring rights Acts and in the German and American Copyright Acts are covered extensively. The common feature of these means of giving public access to the work, subdivided into distribution, display, performance and broadcasting, turns out to be that they are all directed at a public (of end-users) from outside 'the circle' of family, friends and acquaintances.

Subsequently this chapter deals with the new, individualised means of giving public access to a work. A distinction is made between two kinds of individualised public access, namely access 'on the premises' and access 'at a distance' (on line). It is apparent that in The Netherlands and in Germany the rules relating to giving public access on the premises (for on the spot reference) are not clear. On the one hand, the very limited display right and the 'library and reading room practice' suggest the exemption of giving public access on the premises, on the other hand the 'video cabin' case law leads inevitably to the conclusion that such an exemption is (at least) not applicable to all kinds of works. The American distinction between 'display' on the premises of text and stationary images, which is exempt, and the 'performance' on the premises of moving images and sound, which is subject to copyright, seems as yet to be the simplest solution. In the era of multimedia (educational or scientific) works this distinction needs fine tuning or revision (based on cultural policy).

In relation to giving individualised public access at a distance it is apparent that a distinction between individualised broadcasting (narrowcasting) and electronic distribution along the lines of the traditional (German and American) distinction between immaterial and material ways of giving access to the public is no longer tenable or useful. One reason is that, as it turns out, the principle of exhaustion is impossible to apply to electronic distribution. An approach through the concept of 'giving on-line access' fits in more adequately with network-communication in practice. The criterion by which access is considered 'public' if it takes place outside 'the circle' appears to be applicable through the concept of 'cumulative publicity', the concept of the public *offer* or through the concept of individual transmission to a recipient outside one's own 'circle'. On the basis of these criteria the making available in a local or internal network can also be regarded as a restricted act under copyright on the basis of the right to communicate the work to the public.

Chapter 4

The fourth and final chapter concludes that the reproduction right can and should be abolished as an independent exploitation right under copyright. On the basis of a broad right of communication to the public all activities of which the monitoring

and control is neither impossible nor undesirable, can be restricted on the basis of copyright. As far as traditional piracy is concerned the production of illegal copies intended for distribution (communication to the public) should still be regarded as a preparatory act relevant under copyright. All kinds of network use and other collective use of computer programs (and of other works) are covered by the right to communicate to the public. The most important consequence of the abolition of the reproduction right as an independent exploitation right under copyright, is that all *consumptive activities* such as reading, listening and viewing, including 'surfing' the Internet, remain free of any direct copyright claims. This is not contradicted by the fact that these activities need to be paid for in an indirect way through subscription, royalty or entrance fees: this is the logical and intended result of the fact that *productive* or *exploitation activities* are restricted acts under the exploitation right of the author as they have always been.

Subsequently it is established, on the basis of the findings of the third chapter that the distinction between immaterial and material ways of communication to the public should be abolished or avoided. In respect to the Dutch Copyright Act this means that no changes are needed. In the Dutch Neighbouring Rights Act and in the German Copyright Act an extra category of 'other ways of communication to the public' might be introduced. In the American Copyright Act the transmission varieties of the display and performance right might be split off, and together with the newly proposed transmission variety of the distribution right, joined in a new 'public transmission right'. As a consequence, the uneasy distinction between individualised broadcasting (narrowcasting) and distribution by transmission would disappear. The WIPO-proposal for a broad right of communication to the public closely resembles the Dutch system and fits in well with the findings of this study. In the final part of this chapter it is established that the technical and contractual possibilities of protecting information might displace copyright, together with its (inherent) limitations. It is necessary to monitor closely these developments and perhaps to introduce imperative limitations which cannot be set aside by contract, because otherwise the balance of the protection of intellectual property might be seriously in danger.

The final conclusion is that it is advisable

- to abolish the reproduction right as an independent exploitation right under copyright, and
- to maintain or create a broad right of communication to the public, which might also be described as 'copyright in (public) access'.

Curriculum Vitae

1969	Geboren op 21 december te Baarn
1988	Eindexamen VWO, Het Baarnsch Lyceum, Baarn
1992	Doctoraal examen Nederlands recht, Rijksuniversiteit Leiden
1992-1996	Assistent in opleiding, Afdeling Auteurs- en Informatierecht van de Rijksuniversiteit Leiden
Sinds 1996	Advocaat te Amsterdam, Stibbe Simont Monahan Duhot Universitair docent, Afdeling Auteurs- en Informatierecht van de Rijksuniversiteit Leiden