

*Privacy vs. auteursrecht in
een digitale omgeving*

Privacy vs. auteursrecht in een digitale omgeving

Mr Chr.A. Alberdingk Thijm

Voorwoord

Dit rapport is het resultaat van een kortlopend onderzoek in het kader van het programma Informatietechnologie en Recht (ITeR). ITeR is een stimuleringsprogramma van de rijksoverheid dat onderzoek financiert naar actuele juridische vraagstukken op het gebied van de informatietechnologie. Het programma is een samenwerkingsverband tussen de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO) en de ministeries van Economische Zaken, Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Justitie, Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen en Verkeer en Waterstaat.

Als kortlopend onderzoek is het onderzoek beperkt van opzet. Dat betekent dat er niet altijd eenvoudige keuzes zijn gemaakt bij de selectie van het materiaal en de te behandelen stof. Het onderzoeksobject leent zich daar in wezen slecht voor. Privacy en auteursrecht zijn dermate ingewikkelde en principiële rechtsgebieden dat slechts een diepgaande bestudering en behandeling van de stof de verschillende rechtsgebieden voldoende recht kan doen. Helaas was dat niet mogelijk. Als eerste is rechtsvergelijking als onderzoeksmethode afgevallen. Evenmin wordt de rechtspraak van het Europese Hof van de Rechten van de Mens uitputtend behandeld.

Het onderzoek is vooral bedoeld als opmaat voor verder onderzoek en discussie. Om dat laatste te bevorderen, heeft de auteur van dit onderzoek getracht stelling in te nemen. De auteur is zijn begeleider Prof. P.B. Hugenholtz dankbaar voor zijn bijdrage aan deze stellingname. Uiteraard berust de verantwoordelijkheid voor de tekst en eventuele onvolledigheden uitsluitend bij de auteur.

Dit onderzoek is afgesloten op 14 februari 2001. Desalniettemin heeft ITeR de auteur toegestaan hier en daar wijzigingen van latere datum aan te brengen.

Christiaan Alberdingk Thijm

Inhoud

Inleiding.....	1
Inleiding.....	1
Aanleiding.....	2
Vraagstelling.....	3
Plan van behandeling.....	4
Afbakening.....	4
1. Het uitdijend auteursrecht.....	5
1.1 Inleiding.....	5
1.2 Opkomst en ontwikkeling van het auteursrecht.....	6
1.3 Persoonlijke rechten.....	7
1.4 Rechtsgrond en rechtskarakter.....	8
1.5 Auteursrechtelijk evenwicht.....	12
1.6 Uitbreiding van het auteursrecht.....	13
1.7 Uitbreiding wordt gelegitimeerd met maatschappelijk nut.....	15
1.8 Auteursrecht en privacy.....	17
1.9 Technologische controle.....	18
1.10 Conclusie.....	19
2. Het recht op privacy.....	21
2.1 Inleiding.....	21
2.2 Ontwikkeling van het recht op privacy.....	22
2.3 Wat is privacy?.....	25
2.4 Wettelijke bescherming van privacy.....	29
2.5 Internationale bescherming van het recht op privacy.....	31
2.6 Privacy als algemeen rechtsbeginsel.....	33
2.7 Horizontale werking.....	35
2.8 Reikwijdte tussen burgers onderling.....	39
2.9 Privacy in een digitale omgeving.....	42
2.10 Conclusie.....	45
3. Privacy vs. auteursrecht.....	47
3.1 Inleiding.....	47
3.2 Interne privacycorrectie.....	48
3.2.1 Inleiding.....	48
3.2.2 Wat is een exploitatiehandeling?.....	50
3.2.3 Consumptief gebruik.....	54
3.2.4 Openbaarmakingsrecht en de besloten kring.....	59
3.2.5 Specifieke wettelijke beperkingen: de privé-kopie.....	62
3.2.6 Conclusie.....	67
3.3 Externe privacycorrectie.....	68
3.3.1 Inleiding.....	68
3.3.2 Controle aan huis en computer.....	69
3.3.3 Controle door identificatie.....	72
3.3.4 Controle door observatie.....	74

3.3.5	Controle door persoonsgegevens te verwerken.....	76
3.3.6	Conclusie	79
	Conclusies en aanbevelingen.....	80
	Summary.....	87
	Geraadpleegde literatuur.....	91
	Over de auteur.....	97

Inleiding

Inleiding

In de speelfilm *Seven* van David Fincher stelt hoofdpersoon Jonathan Doe alles in het werk om anoniem te blijven. Hij heeft geen bankrekening, geen ‘social security’ nummer, geen arbeidsverleden. John Doe gaat tot het uiterste om geen sporen achter te laten. Hij verwijdert zelfs het vel van zijn vingertoppen, zodat hij geen vingerafdrukken achterlaat. Uiteindelijk weten detectives Somerset en Mills de seriemoordenaar te vinden dankzij zijn uitleengeschiedenis bij de bibliotheek.

De FBI blijkt bepaalde ‘staatsgevaarlijke’ boeken te hebben gemerkt. Iedere keer als iemand *Mein Kampf* of een boek over nucleaire wapens bij de bibliotheek leent, wordt dat door de FBI bijgehouden. John Doe heeft een voorliefde voor boeken over de zeven zonden. Zijn uitleengeschiedenis is gekoppeld aan zijn bibliotheekkaart, waarop zijn naam en adres staan vermeld. De gegevens over John Doe’s leesgedrag zijn voldoende om zijn identiteit te achterhalen.

De verbeelding van Hollywood is niet ver verwijderd van de Hollandse realiteit. Bij de introductie van de ‘Chipper’ van de Postbank als lenerspas bij de Nederlandse bibliotheken, maakte de Registratiekamer bezwaar tegen de duur dat persoon en boek aan elkaar gekoppeld bleven. De uitleengeschiedenis werd pas verwijderd op het moment dat het desbetreffende boek opnieuw werd uitgeleend. Met name met betrekking tot ‘vreemde’ boeken, die niet vaak worden uitgeleend, achtte de Registratiekamer de koppeling onwenselijk.¹

Hollywood en Holland vertellen allebei hetzelfde verhaal: gegevens over iemands leesgedrag zeggen veel over zijn persoonlijkheid. Hetzelfde geldt voor informatie over kijk- en luistergewoontes. Het is bijzondere informatie, die een bijzondere bescherming verdient. Bescherming moet niet alleen tegen Amerikaanse opsporingsinstanties worden verleend, maar ook tegen auteursrechthebbenden. Dat kan geïllustreerd worden door het volgende.

¹ M. Rensen, “Chipper voor bibliotheken. Een nieuwe functie voor het privacyreglement”, *Privacy & informatie* 1998/5, p. 205-212, p. 210.

De Belgische belangenorganisatie van de platenindustrie, IFPI Belgium, houdt al geruime tijd het luistergedrag van de Belgen bij. Zoals overal ter wereld, wordt ook de Belgische industrie geteisterd door de on-line ruilbeurs voor muziek Napster. Medio februari 2001 kondigde de IFPI aan dat ze beschikte over de IP-adressen van verschillende Napstergebruikers.² IP-adressen zijn nummers die individuele computers die aangesloten zijn op internet onderscheiden. Ieder netwerk, bijvoorbeeld dat van een internet provider of een universiteit, beschikt over een eigen reeks IP-adressen.

De IFPI traceert de IP-nummers van de Napstergebruikers met behulp van een speciale zoekrobot. Volgens de IFPI konden honderden Belgen een inval van de politie verwachten. De Belgische Minister van Justitie wist echter niet hoe snel hij dit bericht uit de wereld moest helpen.³ Hij ontkende het bestaan van een afspraak tussen Justitie en de muziekindustrie. Ook meldde hij fijntjes dat Justitie zou nagaan of de zoekrobot van de IFPI wel conform de Belgische privacywetgeving is.⁴

Aanleiding

Technologische middelen maken het zeer eenvoudig gegevens over kijk-, luister- en leesgedrag bij te houden. In een digitale omgeving is de verleiding om de consumptie van auteursrechtelijk beschermde werken te controleren groot. Rechthebbenden vrezen dat ze zonder deze informatie geen grip meer zullen hebben op het gebruik van hun beschermde werken. Dezelfde techniek die hen in staat stelt consumptiepatronen te volgen, vormt tevens een belangrijke bedreiging voor hun exploitatiemogelijkheden.

Met behulp van digitale reproductietechnieken en een internetaansluiting is iedere consument producent en uitgever van beschermd materiaal geworden. Iedere consument is een potentiële piraat. De controle die rechthebbenden voorheen over de reproductie en het verspreiden van hun werk in het analoge tijdperk hadden, is verdwenen.⁵ Terwijl het drukproces vroeger centraal en in het openbaar plaatsvond, vindt dit proces tegenwoordig veelal in de beslotenheid van de huiskamer plaats. Voor het verspreiden van auteursrechtelijk beschermde werken was in het verleden een uitgebreid netwerk van distributeurs en winkels vereist. Thans geschiedt het met een druk op de knop.

2 *WebWereld* "Platenindustrie België spoort Napster-gebruikers actief op" d.d. 15 februari 2001, <<http://www.webwereld.nl/nav/n?6712>>.

3 *WebWereld* "Belgen toch niet vervolgd voor Napstergebruik" d.d. 16 februari 2001, <<http://www.webwereld.nl/nav/n?6734>>.

4 *De Tijd* "Scannen van Napstergebruikers is inbreuk op privacy" d.d. 16 februari 2001, <<http://www.tijd.be/articles/20010216/tijdnet15446842home.ihm>>.

5 J.H. Spoor, "The Copyright Approach to Copying on the Internet: (Over)Stretching the Reproduction Right?" in: P.B. Hugenholtz, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Den Haag: Kluwer Law International, 1996, p. 67-79, p. 77.

Er is rechthebbenden alles aan gelegen hun verloren controle te heroveren. De controle die vroeger in de openbaarheid kon worden verricht, moet echter in het digitale tijdperk in de privé-sfeer van de gebruiker plaatsvinden. Met andere woorden, om dezelfde mate van controle uit te kunnen oefenen, moet de privacy van de gebruiker geschonden worden. Dit onderzoek gaat over de vraag in hoeverre dat is toegestaan.

Vraagstelling

De vraag in hoeverre een auteursrechthebbende inbreuk mag maken op de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker van diens auteursrechtelijk beschermd materiaal is geen eenvoudige. De belangrijkste reden daarvoor is dat de reikwijdte van het begrip ‘privacy’ moeilijk is te bepalen. In specifieke wetgeving heeft de wetgever grenzen van het recht op privacy nader aangegeven. Indien er bijvoorbeeld door een rechthebbende persoonsgegevens worden verzameld of verwerkt, zal dat moeten gebeuren in overeenstemming met de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP). Gebeurt dat niet, dan is er sprake van een schending van de privacy van de gebruiker door de rechthebbende.

Het recht op privacy komt echter niet alleen in de WBP tot uitdrukking, zoals zal blijken uit het tweede hoofdstuk van dit onderzoek. Juist in die gevallen waarin de wetgever niet duidelijk heeft aangegeven wat de grenzen van het recht zijn, zal van geval tot geval beoordeeld moeten worden of de persoonlijke levenssfeer door een rechthebbende wordt bedreigd. De invulling van het recht op privacy is dan afhankelijk van tal van factoren, zoals tijd en plaats van handelen, de stand van de techniek en de hoedanigheid van de personen. Het recht op privacy werkt immers anders tussen burgers onderling dan in de verhouding burger-overheid. Lastig is ook dat het recht bijna nooit absolute gelding heeft.

Daarnaast beleeft het auteursrecht tumultueuze tijden. Om opgewassen te zijn tegen de digitale revolutie is het aan belangrijke wijzigingen onderhevig. Het auteursrecht staat, zoals Gebrandy het eens zo mooi heeft gezegd, altijd in de steigers.

Het huis van het auteursrecht wordt niet afgebroken, maar uitgebreid. In de loop der jaren zijn er door verschillende, meestal internationale architecten vele verdiepingen aan toegevoegd. Hierdoor lijkt het huidige auteursrecht wel de wankelende toren van Babylon. En zoals men elkaar in Babylon niet verstond, begrijpen de verschillende belanghebbenden bij het auteursrecht elkaar ook niet meer. Auteursrechthebbenden hebben het hardst geroepen, hetgeen consequenties heeft voor de reikwijdte van hun rechten en belangen. De arm van de rechthebbende lijkt steeds verder te reiken, waardoor het auteursrecht buiten zijn natuurlijke oevers is getreden. Het auteursrecht stroomt langzaam het publieke domein binnen.

Daarmee dreigt het contraproductief te worden. Het auteursrecht dient immers juist mede bij te dragen aan het ontstaan van een publiek domein. Het auteursrecht dient mede als stimulans om auteursrechtelijk beschermde werken te creëren, zodat wij allen daar ons profijt uit kunnen trekken. Dat doen we door voort te bouwen op bestaande werken, door ervan te leren, door ze te lezen, ernaar te luisteren of ernaar te kijken.

Plan van behandeling

In het eerste hoofdstuk zal de uitbreiding van het auteursrecht worden onderzocht. Afgesloten zal worden met de conclusie dat het auteursrecht door zijn huidige en toekomstige omvang eerder zal botsen met de rechten van anderen, waaronder het recht op privacy van de gebruiker van auteursrechtelijk beschermde werken.

In het tweede hoofdstuk zal dit recht aan een uitgebreide analyse onderworpen worden. Om meer vat op het onderwerp te krijgen is het van belang het recht op privacy in zijn verschillende facetten te beschrijven.

Het laatste hoofdstuk vormt de spil van dit onderzoek. Daar zal het recht op privacy afgezet worden tegen het auteursrecht. In het eerste deel van het hoofdstuk zal de *interne* privacycorrectie worden behandeld, dat wil zeggen, de wijze waarop binnen het auteursrecht reeds rekening wordt gehouden met privacyoverwegingen. In het tweede deel van het hoofdstuk gaat het over de *externe* privacycorrectie: de wijze waarop het recht op privacy de controle van de rechthebbende op het gebruik van zijn werk aan banden legt.

Afbakening

Dit onderzoek concentreert zich op Nederlands recht. Wel zal af en toe gebruik worden gemaakt van rechtsvergelijking, maar het uitgangspunt blijft Nederlands recht. Voor een internationale behandeling van het onderwerp zij verwezen naar de Imprimatur-studie over privacy en auteursrecht van Bygrave en Koelman.⁶ Verder dient opgemerkt te worden dat dit een eerste verkenning van het onderwerp is. Als een eerste verkenning hoopt dit korte termijn-onderzoek vooral bij te dragen tot verdere discussie over het onderwerp. Gezien het korte tijdsbestek van het onderzoek blijft er nog genoeg materie over voor nader onderzoek.

⁶ L.A. Bygrave en K.J. Koelman, "Privacy, Data Protection and Copyright," in: P.B. Hugenholtz, *Copyright and Electronic Commerce. Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 59-124.

1. *Het uitdijend auteursrecht*

1.1 Inleiding

Het auteursrecht is in de loop der jaren uitgedijd, zoals de titel van dit hoofdstuk al aangeeft. Deze groei is echter slechts ten goede gekomen aan één van de twee groepen waaraan het auteursrecht bescherming verleent: de rechthebbenden. De andere groep, het publiek oftewel de gebruikers van auteursrechtelijk beschermd werken, heeft niet geprofiteerd van de onstuimige groei van het rechtsgebied. Terwijl de inhoud, omvang en duur van het recht zijn toegenomen, zijn er geen nieuwe beperkingen ten gunste van het publiek geïntroduceerd. Dat betekent dat zowel het publieke domein als de mogelijkheden om te creëren met behulp van auteursrechtelijk beschermd materiaal zijn afgenomen.

Deze ontwikkeling is om twee belangrijke redenen problematisch. In de eerste plaats is deze ontwikkeling strijdig met de ratio van het auteursrecht. De *raison d'être* van het auteursrecht is onder meer de gedachte dat het recht aanzet tot de creatie van auteursrechtelijk beschermd werken. Hierdoor draagt het bij aan het verspreiden van kennis en cultuur. Wanneer het die creatie juist belemmert, verliest het daarmee deels zijn bestaansrecht. In de tweede plaats zal het eerder botsen met andere rechten. Deze consequenties zullen wat het recht op privacy betreft in het derde hoofdstuk worden geanalyseerd.

Doel van dit hoofdstuk is aan te geven hoe het auteursrecht zijn huidige omvang heeft kunnen bereiken. Daarvoor zijn niet enkel juridische redenen aan te wijzen. Ook de politieke en economische wens om binnen de Europese Gemeenschap een uniforme markt te bereiken, is een belangrijke motor achter de uitbreiding van het auteursrecht. Sterke lobby's van de kant van de rechthebbenden hebben eveneens de groei van het recht gestimuleerd. Tevens worden de rechtsgrond en het rechtskarakter van het auteursrecht beschreven, waaruit volgt dat deze groei deels strijdig is met het wezen van het recht.

1.2 Opkomst en ontwikkeling van het auteursrecht

Het auteursrecht vindt zijn oorsprong in de techniek. Gutenbergs uitvinding van de drukpers halverwege de 15^e eeuw wordt algemeen als het startpunt van het auteursrecht beschouwd. Dankzij de drukpers wordt het mogelijk boeken in grote oplagen te reproduceren. Aangezien de aanschaf van een drukpers voor de drukkers een kostbare en risicovolle aangelegenheid was, kregen zij van overheidswege een drukkerprivilege van een beperkte duur.

Deze bescherming vertoont octrooirechtelijke trekken: de drukker krijgt het exclusieve recht de vinding te gebruiken voor het drukken van bepaalde boeken.⁷ Hierdoor werd voorkomen dat drukkers elkaar kapot gingen beconcurreren met roefdrukken. Het drukkerprivilege vormde derhalve in wezen een vorm van mededingingsrecht. Daarnaast bood het een middel voor de staat om onwelgevallige boeken uit de handel te houden. Het was, met andere woorden, een instrument voor censuur.⁸

De drukkers richtten zich in eerste instantie op het publiceren van werken uit de klassieke oudheid en de Middeleeuwen. Deze werken werden dankzij het privilege uit het publieke domein gelicht en in het exclusieve beheer van de drukker gebracht. Toen het publieke domein uitgeput dreigde te raken, kregen drukkers meer belangstelling voor levende schrijvers. Met de renaissance verschuift de aandacht langzaam van de drukker naar de auteur als intellectuele schepper van het werk.⁹ In de tweede helft van de 17^e eeuw worden de eerste schrijvers betaald voor hun creatieve arbeid. Milton ontving voor *Paradise Lost* een bedrag van tien Engelse ponden aan ‘copy money’.¹⁰

In 1710 ziet de eerste auteurswet het daglicht, de Engelse Statute of Queen Anne. Het is de eerste wet waar bescherming rechtstreeks aan de auteur in plaats van de drukker toekomt. Deze ‘Act for the Encouragement of Learning and for Securing the Property of Copies of Books to the Rightful Owners Thereof’ maakte een einde aan het eeuwigdurende monopolie van de Engelse drukkersgilde, de Stationers Company. Zo werd gehoor gegeven aan het verzoek van rechtsfilosoof John Locke, die zich beklaagde over de slechte kwaliteit boeken die het monopolie in de hand werkte. Hij was er voorstander van de boeken weer in het publieke domein te brengen, zoals toentertijd in Nederland gebruikelijk was, waar de boeken volgens

7 R.V. Bettig, *Copyrighting Culture. The Political Economy of Intellectual Property*, Boulder: Westview Press 1996, p. 16.

8 F.W. Grosheide, *Auteursrecht op maat*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1986, p. 51.

9 J.M.B. Seignette, *Challenges to the Creator Doctrine. Authorship, copyright ownership and the exploitation of creative works in the Netherlands, Germany and the United States*, diss. Amsterdam (UvA), Deventer: Kluwer 1994, p. 10.

10 R.V. Bettig, *Copyrighting Culture. The Political Economy of Intellectual Property*, Boulder: Westview Press 1996, p. 18.

Locke goedkoper en beter waren omdat ‘the printers all strive to outdo one another’.¹¹

In Nederland duurde het drukkersprivilege in die tijd gemiddeld vijftien jaar.¹² Ook werd het privilege minder snel door de staat aangegegrepen om te censureren. Als gevolg daarvan werden veel buitenlandse titels in Nederland gedrukt. Bovendien werden bijbels, testamenten, kerk- en schoolboeken, almanakken en kalenders van bescherming uitgesloten.¹³ Het zou echter nog ruim een eeuw duren voordat ook in Nederland het subject verplaatst van drukker naar auteur. In 1817 verschijnt de eerste Nederlandse Auteurswet, die echter nog een beperkt object heeft: de wet heeft alleen betrekking op drukken en uitgeven. Een voorstel om werken van beeldende kunst toe te voegen, haalt evenmin de opvolgende wet van 1881.

Het auteursrecht krijgt in 1886 een mondiaal karakter met het sluiten van het multilaterale verdrag de Berner Conventie. Dankzij het belangrijke assimilatiebeginsel van het verdrag wordt buitenlands werk in de lidstaten op voet van gelijkheid behandeld ten opzichte van nationaal werk. De Berner Conventie vestigt voorts een minimumstandaard voor wat betreft inhoud, bereik en duur van het auteursrecht.

De Nederlandse Auteurswet van 1912 vormt een codificatie van dit internationale verdrag. Bij de herziening van de Berner Conventie van 1928 wordt in artikel 6bis een bepaling over persoonlijkheidsrechten toegevoegd. In 1931 worden deze in de Nederlandse Auteurswet aan de reeds bestaande ‘ideële zijde van het auteursrecht’¹⁴ toegevoegd.

1.3 Persoonlijkheidsrechten

De persoonlijkheidsrechten dient men te onderscheiden van de exploitatierechten van de auteur. In dit onderzoek wordt de term ‘auteursrecht’ gereserveerd voor de exploitatierechten. In zijn proefschrift van 1909 maakt De Beaufort dit onderscheid ook al. Hij rekent de exploitatierechten tot het auteursrecht, terwijl de persoonlijkheidsrechten onderdeel zijn van het algemene persoonlijkheidsrecht.¹⁵

Naast de persoonlijkheidsrechten in de Auteurswet omvat het algemene persoonlijkheidsrecht onder meer het recht op eer en goede naam, het recht op

11 R.V. Bettig, *Copyrighting Culture. The Political Economy of Intellectual Property*, Boulder: Westview Press 1996, p. 21.

12 H.L. de Beaufort, *Het auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht*, diss. Utrecht, Utrecht: Den Boer 1909, p. 17.

13 H.L. de Beaufort, *Het auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht*, diss. Utrecht, Utrecht: Den Boer 1909, p. 41.

14 L. de Vries, *Parlementaire geschiedenis van de Auteurswet 1912 zoals sedertdien gewijzigd*, 's-Gravenhage: SDU 1989, p. 25.3.

15 H.L. de Beaufort, *Het auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht*, diss. Utrecht, Utrecht: Den Boer 1909, p. 122.

privacy, het recht op leven en het recht op bewegingsvrijheid.¹⁶ Overigens vragen Spoor en Verkade zich af of er zoiets als een algemeen persoonlijkheidsrecht bestaat¹⁷, maar deze vraag kan na het Valkenhorst-arrest van de Hoge Raad¹⁸ bevestigend worden beantwoord.

De persoonlijkheidsrechten van de auteur vinden hun rechtsgrond in de persoonlijke band die de auteur met het werk heeft. Deze komt onder meer tot uiting in een aantal bij de wet in artikel 25 verleende bevoegdheden, die conform het algemene persoonlijkheidsrecht niet vatbaar zijn voor overdracht. Als onderdeel van het algemene persoonlijkheidsrecht kan hier niet gesproken worden van een limitatieve opsomming¹⁹, hetgeen ook met zoveel woorden door de Hoge Raad is erkend²⁰. Verder vindt men dit algemene persoonlijkheidsrecht uitgewerkt in het verbod op auteursrechtelijk beslag en de handhavingsbevoegdheden na overdracht.²¹

Het algemene persoonlijkheidsrecht speelt eveneens een rol in de fase waarin een werk nog niet openbaar gemaakt is. Naast het exploitatierechtelijke karakter van de eerste openbaarmaking, speelt hier ook onmiskenbaar een persoonlijkheidsrechtelijk aspect een rol.²² Het is aan de auteur te bepalen wanneer de navelstreng tussen hem en het werk wordt doorgesneden. Indien het werk voor het eerst het daglicht aanschouwt en de *phase intime* verlaat, ondergaat het ten aanzien van een aantal beperkingen op het auteursrecht een statuswijziging.²³ Het is bijvoorbeeld enkel toegestaan uit een reeds openbaar gemaakt werk te citeren of het in een onderwijsreader (gedeeltelijk) over te nemen.

1.4 Rechtsgrond en rechtskarakter

De opkomst van het auteursrecht legt deels de ratio van het recht bloot. Voordat de persoonlijkheidsrechten binnen het stelsel van de Nederlandse Auteurswet worden opgenomen, is het auteursrecht met name een middel om innovatie te stimuleren. Grosheide toont aan dat het recht tot de uitbreiding van de persoonlijkheidsrechten in 1931 een publiek doel dient.²⁴

16 S.D. Lindenbergh, "De positie en handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht", *Tijdschrift voor privaatrecht* 1999/4, p. 1665-1702, p. 1674.

17 J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 299.

18 HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 m.nt. WH-S, *NJCM* 1994, 19-6, p. 652 mnt. Verhey.

19 Anders noot Cohen Jehoram bij HR 20 mei 1994, *AA* 1998/1, p. 46 (*De Negende van Oma*).

20 HR 1 juli 1985, *NJ* 1986, 692 m.nt. CJHB (*Frenkel vs. KRO*)

21 S. Gerbrandy, "Het persoonlijkheidsrecht van de auteur", *Nederlands Juristenblad* 1964/37, p. 989-998.

22 D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang*, diss. Leiden, 's-Gravenhage: VUGA 1997, p. 84.

23 E.D. Hirsch Ballin, "Het uitsluitend recht tot openbaarmaking van een werk," in: E.D. Hirsch Ballin, *Auteursrechtelijke opstellen*, Deventer: Kluwer, 1970, p. 123-130, p. 125.

24 F.W. Grosheide, "Dutch Copyright: Right or Expediency? (1817-1912 and after)," in: J.J.C. Kabel en G.J.H.M. Mom, *Intellectual Property and Information Law. Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, p. 175-181.

Daarmee vertoont het Nederlandse recht overeenkomsten met het Angelsaksische copyright. In Engeland en de Verenigde Staten hebben de argumenten van maatschappelijk nut altijd op de voorgrond gestaan. Zoals opgemerkt, was de eerste Engelse Copyright Act een wet om het leren te bevorderen. De Amerikaanse Grondwet bevat een vergelijkbaar doel. In de zogenaamde *copyright clause* wordt overwogen dat auteursrechtelijke bescherming in het leven wordt geroepen ‘to promote the progress of science and useful arts’.

Met de aandacht voor de persoonlijkheidsrechtelijke aspecten wordt ook een ander doel van het auteursrecht benadrukt. Het utiliteitsdenken verschuift naar de achtergrond, en de positie van de auteur krijgt een prominentere plaats. Argumenten van rechtvaardigheid treden op de voorgrond. Zonder de auteur zou het werk niet hebben bestaan, derhalve is het billijk dat deze daarvoor de mogelijkheid krijgt zijn geestelijke eigendom te beheren zoals hem dat goeddunkt. Het auteursrecht schept in deze zienswijze een verbodsrecht, niet slechts een vergoedingsrecht.

De Beaufort verwierp in 1909 al de gedachte dat het auteursrecht enkel op maatschappelijk nut is gebaseerd. Hij benadrukt dat er een algemeen rechtsgevoel is op grond waarvan het overnemen van andermans geestesproducten reeds onrechtmatig is.²⁵ Onlangs heeft Quaedvlieg er nog eens op gewezen dat sommige beschermingsvormen spontaan ontstaan en geëerbiedigd worden, zodat je bijna zou spreken van een ‘commercieel natuurrecht’.²⁶

Deze verschillen in rechtsgrond komen ook tot uiting in verschillende benaderingen van het rechtskarakter van het auteursrecht. Aan de ene kant van het continuüm staan degenen die het auteursrecht beschouwen als een eigendomsrecht *pur sang*. Een auteur kan het gebruik van zijn auteursrechtelijk beschermd werk aan banden leggen omdat het zijn eigendom is. Door zijn persoonlijkheid en/of arbeid toe te voegen aan een idee uit het publieke domein, verkrijgt hij een eigendomsrecht op de uitwerking van het idee. Deze zienswijze wordt doorgaans gebaseerd op de theorie van Locke over verkrijgende eigendom²⁷ en heeft een natuurrechtelijke basis.²⁸

Tegenover de eigendomstheorie met zijn natuurrechtelijke grondslag staat de monopolietheorie met stimulering als ratio. In deze optiek is het auteursrecht niet meer dan een door de wetgever gecreëerd monopolie met als doel de creatie van auteursrechtelijk beschermde werken te stimuleren.²⁹ Het auteursrecht dankt zijn bestaan dus enkel aan het ingrijpen van de wetgever.

25 H.L. de Beaufort, *Het auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht*, diss. Utrecht, Utrecht: Den Boer 1909, p. 93.

26 A.A. Quaedvlieg, “De maatschappelijke aanvaardbaarheid van het auteursrecht”, *Informatierecht/AMI* 1998/4, p. 53-58, p. 56.

27 W.J. Gordon, “A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property”, *The Yale Law Journal* 1993/102, p. 1533-1609.

28 F.W. Grosheide, *Auteursrecht op maat*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1986, p. 125-168.

29 J.A.L. Sterling, *World Copyright Law*, London: Sweet & Maxwell 1998, p. 55-60.

Beide theorieën zijn niet in staat alle aspecten van het auteursrecht te verklaren. De monopolietheorie houdt geen rekening met de argumenten van rechtvaardigheid, die onmiskenbaar aan het moderne auteursrecht ten grondslag liggen. Theoretisch zwakker is echter de eigendomsrechtelijke benadering gebaseerd op natuurrechtelijke overwegingen.

In de eerste plaats is een eigendomsrechtelijke benadering van het auteursrecht niet in overeenstemming met een economische benadering van eigendom. Een economische eigenschap van eigendom is dat het gebruik van de één het gebruik van de ander vermindert of uitsluit. Het gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken leidt er echter niet toe dat een ander er minder gebruik van kan maken. De eigenaar van een boek kan bijvoorbeeld voorkomen dat anderen zijn fysieke exemplaar lezen. De schrijver van het boek kan echter niet verhinderen dat zijn werk door duizenden mensen wordt gelezen.³⁰

In de tweede plaats valt een dergelijke zienswijze moeilijk te rijmen met het begrip eigendom zoals wij dat in het Nederlandse privaatrecht hanteren. Het Burgerlijk Wetboek omschrijft eigendom als het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben (artikel 5:1 lid 1 BW). Zaken zijn voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten (artikel 3:2 BW), terwijl het auteursrecht betrekking heeft op een immaterieel product.³¹

Verder zijn de eindigheid en de territoriale gebondenheid van het auteursrecht bezwaarlijk in overeenstemming te brengen met een natuurrechtelijk eigendomsrecht.³² In wezen druist iedere beperking op het auteursrecht in tegen de gedachte van een eigendomsrecht, terwijl beperkingen op het auteursrecht nooit ter discussie hebben gestaan. Zelfs in de meest fervente *droit moral* landen wordt het auteursrecht op tal van manieren beperkt.

Drahos heeft daarbij aangetoond dat de theorie van Locke geen bevredigende basis voor het auteursrecht vormt.³³ Saillant is overigens dat Locke zijn theorie nooit van toepassing heeft willen laten zijn op de intellectuele eigendom. Hierboven kwam al ter sprake dat Locke zich juist verzette tegen de monopolievorming die het drukkersprivilege in de hand werkte. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor het auteursrecht.³⁴

Het aantrekkelijke van de monopolietheorie met zijn stimuleringsratio is bovendien dat het auteursrecht wordt blootgesteld aan een economische analyse.³⁵ Er is een

30 L. Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, New York: Basic Books 2000, p. 129.

31 F.W. Grosheide, *Auteursrecht op maat*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1986, p. 167, noot 141.

32 C.A. Alberdingk Thijm, "Fair use: het auteursrechtelijk evenwicht hersteld", *Informatierecht/AMI* 1998/9, p. 145-154, p. 151.

33 P. Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Sydney: Dartmouth 1996.

34 R.V. Bettig, *Copyrighting Culture. The Political Economy of Intellectual Property*, Boulder: Westview Press 1996, p. 21.

35 E. Dommering, *Informatierecht. Fundamentele rechten voor de informatiesamenleving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2000, p. 451.

economisch natuurlijke grens aan de bescherming. Deze dient niet verder te gaan dan vereist is om de auteur tot het scheppen aan te zetten. Indien bewezen kan worden dat uitbreiding van de exclusieve rechten van de auteur niet zal leiden tot een evenredige stijging in de productiviteit van de auteur dient men niet tot deze uitbreiding over te gaan.³⁶

De benadering van het auteursrecht als natuurrechtelijk eigendomsrecht leent zich niet voor een dergelijke afbakening. In het geval van de overwegingen van rechtvaardigheid is geen grens aan te geven. Wat is rechtvaardig? Hoezeer moet een auteur beloond worden voor zijn creatieve arbeid? Het is niet mogelijk een eenduidig antwoord op deze vragen te geven. De verleiding om de monopolieleer als uitgangspunt te nemen is derhalve groot. Deze keuze resulteert echter onvermijdelijk in het eenvoudige verweer dat men met een te eenzijdige blik het auteursrecht analyseert.³⁷

We zien dus dat het auteursrecht zowel wat rechtsgrond als wat rechtskarakter betreft een mix is. Het auteursrecht heeft een dubbele moraal. Enerzijds is het gebaseerd op argumenten van billijkheid; anderzijds vormt het auteursrecht een stimulans voor het ontstaan van oorspronkelijke werken. Enerzijds is het een eigendomsrecht, anderzijds een wettelijk monopolie. Het eerste argument stelt de auteur op de voorgrond. Het tweede argument benadrukt het maatschappelijk nut van oorspronkelijke werken. De samenleving is bij het ontstaan van deze werken gebaat en daarom dient de creatie ervan te worden gestimuleerd.

Deze mix zal niet bij ieder werk hetzelfde zijn. Hij is afhankelijk van het karakter van het werk. Bij werken waarmee de auteur onlosmakelijk verbonden is, die, met andere woorden, een hoge mate van creativiteit vereisen zullen argumenten van rechtvaardigheid prevaleren. Bij minder oorspronkelijke werken, bijvoorbeeld sommige computerprogramma's, speelt innovatie een belangrijker rol. In de literatuur wordt in dit verband wel gesproken van 'zwakke' en 'sterke' werken.³⁸

Spoor en Verkade merken op dat deze twee verschillende benaderingen van het auteursrecht elkaar niet uitsluiten.³⁹ Problematisch is echter wel dat beide rechtsgronden in tegenovergestelde richting kunnen werken. Benadrukt men het maatschappelijk nut van het auteursrecht, dan ziet men aanleiding het recht te beperken indien het publieke belang daarbij gebaat is. "To avoid rigid application of the copyright statute when, on occasion, it would stifle the very creativity which that law is designed to foster.", zoals de Amerikanen het zo mooi zeggen.⁴⁰ Wie de auteur

36 S. Breyer, "The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies and Computer Programs", *Harvard Law Review* 1970/2, p. 281-351.

37 F.J. Frequin, "CPB verstrikt in economische benadering van het auteursrecht", *Informatierecht/AMI* 2000/5, p. 80-83.

38 C.A. Alberdingk Thijm, "Fair use: het auteursrechtelijk evenwicht hersteld", *Informatierecht/AMI* 1998/9, p. 145-154, p. 150.

39 J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 9.

40 Dit vaak terugkerende citaat is afkomstig uit de zaak *Iowa State Univ. Research Found., Inc. v. American Broadcasting Cos.*, 621 F.2d 57 (2d Cir. 1980).

op de voorgrond stelt, zal eerder voor uitbreiding van het recht pleiten. Er is dan eigenlijk geen reden het te beperken. Wettelijke beperkingen zijn slechts bij hoge uitzondering toelaatbaar.

Het aanvaarden van de twee tegenstrijdige verklaringen van het auteursrecht impliceert dat deze allebei tot hun recht moeten komen binnen het auteurswettelijke kader.

1.5 Auteursrechtelijk evenwicht

De term ‘auteursrechtelijk evenwicht’ wordt meestal gereserveerd voor het idee dat het auteursrecht zowel de belangen van de auteur als de belangen van het publiek behartigt.⁴¹ Dat er sprake dient te zijn van een balans is nimmer in twijfel getrokken, hetgeen, zoals gezegd, tevens de pleitbezorgers van het auteursrecht als eigendomsrecht *pur sang* aan geloofwaardigheid doet inboeten. Ricketson geeft aan dat er vanaf de eerste vergadering over de Berner Conventie consensus was over het feit dat er beperkingen op het auteursrecht moesten zijn in het belang van het publiek.⁴² Ook in de overwegingen bij het WIPO Auteursrechtverdrag wordt aangegeven dat dit evenwicht van belang is:

“Erkende dat het noodzakelijk is een evenwicht in stand te houden tussen de rechten van auteurs en de belangen van het grote publiek, met name wat betreft onderwijs, onderzoek en toegang tot informatie, zoals dit in de Berner Conventie tot uiting komt.”

In het auteursrechtelijk evenwicht komen eveneens de twee conflicterende visies met betrekking tot rechtskarakter en –grond van de exploitatierechten tot uiting. Het evenwicht kan worden beschouwd als een compromis tussen deze twee uitersten. Het is een middel om de twee tegenstrijdige opvattingen op het auteursrecht zoveel mogelijk met elkaar in overeenstemming te brengen.

De argumenten van rechtvaardigheid liggen met name ten grondslag aan de reikwijdte van de exploitatierechten van de auteur. Het gaat erom dat de auteur een ‘passende beloning’ voor het gebruik van werk ontvangt, zoals ook wordt overwogen in het voorstel voor een ‘Richtlijn van het Europese Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten’ (hierna: ‘richtlijnvoorstel’ of ‘voorstel’).⁴³ Argumenten van maatschappelijk nut liggen ten grondslag aan de beperkingen daarop. Deze kunnen

41 C.A. Alberdingk Thijm, “Fair use: het auteursrechtelijk evenwicht hersteld”, *Informatierecht/AMI* 1998/9, p. 145-154.

42 S. Ricketson, “International Conventions and Treaties,” presented at *The Boundaries of Copyright: its proper limitations and exceptions*, Cambridge 1998, p. 6.

43 Overweging 9 van het Gemeenschappelijk standpunt door de Raad vastgesteld op 28 september 2000, PbEG 2000, C344/1.

gevonden worden in de beperkte duur van het recht, de inhoud en omvang van het auteursrecht, alsmede in een aantal specifieke beperkingen op het auteursrecht.

Uit de notie van een evenwicht volgt dat het auteursrecht geen absoluut controlerecht is. Het kan niet zo zijn dat de auteur perfecte controle heeft over alle handelingen die met zijn werk worden verricht. De controle is beperkt. Om het evenwicht te bewaren zal iedere uitbreiding van het auteursrecht gecompenseerd dienen te worden met een gelijkwaardige beperking van het recht. Dit laatste is echter niet het geval.

1.6 Uitbreiding van het auteursrecht

Mede onder invloed van technologische vooruitgang is het auteursrecht in de loop der jaren steeds meer uitgebreid.⁴⁴ Verscheidene nieuwe technologieën die de reproductie van auteursrechtelijk beschermde werken vereenvoudigen hebben ertoe geleid dat de roep om extra bescherming toenam. De introductie van de magneetfoon, fotokopieerapparaat, cassette- en videorecorder, computerprogramma's en de elektronische databank hebben telkens tot gevolg gehad dat de rechten van de auteur werden versterkt of de beperkingen werden beperkt.

Dat verstoort niet per definitie de balans binnen het auteursrecht. Technologische vernieuwingen kunnen een reële bedreiging vormen voor de exploitatiemogelijkheden van de auteursrechthebbende. Voorzover aan deze bedreiging tegemoet kan worden gekomen door de rechten van de auteur te versterken of de beperkingen te beperken, met andere woorden, door het auteursrechtelijk evenwicht te herstellen, is ingrijpen van de wetgever terecht.

De belangrijkste stimulans voor de uitbreiding van het auteursrecht vormt echter de harmonisatiedrift van de Europese wetgever. In korte tijd is het auteursrecht op tal van gebieden uitgebreid, met als doel verstoringen op de Europese markt tegen te gaan. Hierbij is telkens geharmoniseerd naar het hoogste beschermingsniveau in de Europese Gemeenschap, aangezien de Europese wetgever in haar richtlijnen als uitgangspunt neemt dat 'verworven rechten' niet mogen worden aangetast. In het geval van de harmonisatie van de duur van het auteursrecht heeft had dat dus tot gevolg dat geharmoniseerd is naar de langste beschermingsduur, namelijk de 70 jaar na de dood van de auteur die ten tijde van de harmonisatie in Duitsland gold.⁴⁵ Deze redenering is niet helemaal sluitend: het is de wetgever tot op zekere hoogte

44 M. de Cock Buning, *Auteursrecht en informatietechnologie. Over de beperkte houdbaarheid van technologispecifieke regelgeving*, diss. Amsterdam (UvA), Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 1998.

45 Zie overweging 9 van 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. Publikatieblad nr L 290 van 24/11/1993 p. 0009 – 0013.

wel toegestaan hier in het algemeen belang inbreuk op te maken. Zelfs eigendom kan onteigend worden voorzover het publieke belang dit vordert.

De Europese harmonisatie lijkt zich ondertussen als een wijnvlek uit te breiden naar andere (Westerse) landen. Ook hier speelt het internationale handelsverkeer weer de rol van katalysator en wordt wereldwijd dezelfde mate van bescherming geïntroduceerd. De uitbreiding van de duur van het Amerikaanse auteursrecht is bijvoorbeeld nadrukkelijk gebaseerd op de Europese duurverlenging.⁴⁶ Bovendien vormen associatie-akkoorden of associatie-overeenkomsten tussen de EG en derde landen een belangrijke motor voor harmonisatie. Deze overeenkomsten zijn gebaseerd op artikel 238 EG en verplichten het desbetreffende derde land dezelfde mate van auteursrechtelijke bescherming te introduceren als in de EG.

De eerste loot aan de harmonisatieboom was de Europese Softwarerichtlijn.⁴⁷ Hiermee werd auteursrechtelijke bescherming verleend aan computerprogramma's, hetgeen formeel bevestigde dat computerprogramma's tot het auteursrechtelijke object behoren. Tevens werden tijdelijke reproducties onder het verveelvoudigingsrecht gebracht. Dit betekent *de facto* dat de rechthebbende het gebruik van een computerprogramma kan verbieden, tenzij er sprake is van een wettelijke beperking.⁴⁸ Veel gebruikshandelingen van een computerprogramma vereisen immers een verveelvoudiging, zoals de tijdelijke reproductie van het programma in het werkgeheugen van de computer.

De Verhuurrichtlijn⁴⁹ introduceerde vervolgens een tweetal nieuwe rechten, namelijk het verhuurrecht en het uitleenrecht. Deze rechten werden voorafgaand aan de richtlijn geacht te zijn uitgeput na de eerste verkoop of het anderszins verspreiden van de fysieke dragers van de werken in kwestie. De duur van het auteursrecht werd met de Duurrichtlijn⁵⁰ uitgebreid van vijftig tot zeventig jaar na de dood van de auteur. Sinds de Databankrichtlijn⁵¹ is het recht om tijdelijke reproducties te verbieden ook van toepassing op oorspronkelijke databanken.

Zoals gezegd, is uitbreiding van het auteursrecht niet in de eerste plaats bedoeld om het auteursrecht te versterken. Belangrijkste overweging is de totstandkoming van

46 J.H. Reichman, "The Duration of Copyright and the Limits of Cultural Policy", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 1996/2, p. 625.

47 Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's. Publikatieblad nr L 122 van 17/05/1991 p. 0042 - 0046.

48 M. de Cock Buning, *Auteursrecht en informatietechnologie. Over de beperkte houdbaarheid van technologiespecifieke regelgeving*, diss. Amsterdam (UvA), Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 1998, p. 51.

49 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. Publikatieblad nr L 346 van 27/11/1992 p. 0061 - 0066.

50 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. Publikatieblad nr L 290 van 24/11/1993 p. 0009 - 0013.

51 Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken. Publikatieblad nr L 077 van 27/03/1996 p. 0020 - 0028.

de eenvormige Europese markt.⁵² Dat de harmonisaties desondanks veel verder gaan dan nodig voor de eenwording lijkt te worden veroorzaakt door politieke factoren. De aanwezigheid en invloed van lobbygroepen in Brussel zijn de belangrijkste verklaring voor de versterking van het auteursrecht.

Koopmans heeft er terecht op gewezen dat het krachtenveld wat de politieke lobby betreft slecht is verdeeld.⁵³ Jarenlang zijn enkel de rechthebbenden actief geweest in Brussel. Laddie vraagt zich wanhopig af wie er tegen het uitdijende auteursrecht kan lobbyen. “Those who do are treated as pariahs and parasites.”⁵⁴ Tegenwoordig wordt enig tegenwicht geboden door de telecommunicatiebedrijven, internet service providers, elektronicafabrikanten en bibliotheken, die om uiteenlopende redenen niet gebaat zijn bij een overdadig auteursrecht.⁵⁵

1.7 Uitbreiding wordt gelegitimeerd met maatschappelijk nut

Opvallend is dat in de Europese richtlijnen vaak beschermd wordt met innovatie om vervolgens het auteursrecht flink uit te breiden. Zoals gezegd, zijn uitbreidingen van het auteursrecht moeilijk te rijmen met argumenten van maatschappelijk nut. Deze zullen hier enkel mee in overeenstemming gebracht kunnen worden, indien aangetoond wordt dat de uitbreiding leidt tot de creatie van meer auteursrechtelijk beschermde werken.

Het is op zijn zachtst gezegd twijfelachtig of dit het geval is. In de rechtseconomische literatuur wordt doorgaans gehakt gemaakt van deze redenering.⁵⁶ Het valt weliswaar te verdedigen dat auteursrechtelijke bescherming aanzet tot de creatie van oorspronkelijke werken, maar het is onwaarschijnlijk dat iedere uitbreiding van de bescherming leidt tot een *evenredige* stijging van de stimulans om te creëren. Er is geen sprake van een lineair verband tussen bescherming en de drang tot creatie. Indien dat wel het geval zou zijn, is er in wezen geen reden om het auteursrecht op enig niveau te beperken.⁵⁷

52 H. Cohen Jehoram, “The EC Copyright Directives, Economics and Authors' Rights”, *IIC* 1994/6, p. 821-839.

53 T. Koopmans, “Intellectuele eigendom, economie en politiek”, *Informatierecht/AMI* 1994/6, p. 107-111.

54 H. Laddie, “Copyright: Over-strength, Over-regulated, Over-rated?”, *EIPR* 1996/5, p. 253-260, p. 257.

55 P.B. Hugenholtz, “De WIPO-verdragen: Ongeregeld Goed”, *Informatierecht/AMI* 1997/4, p. 79-82, p. 79.

56 S.P. Calandrillo, “An Economic Analysis of Property Rights in Information: Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives to Generate Information, and the Alternative of a Government-Run Reward System”, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent.L.J.* 1998, p. 301-359.

57 J. Litman, *Digital Copyright*, New York: Prometheus Books 2001, p. 80.

Deze redenering komen we echter wel tegen in verschillende Europese richtlijnen. In de Verhuurrichtlijn⁵⁸ wordt overwogen dat het creatieve en artistieke werk van auteurs een passend inkomen noodzakelijk maakt als basis voor verder creatief en artistiek werk. In de tiende overweging van de Duurrichtlijn⁵⁹ wordt beklemtoond dat de bescherming van het auteursrecht het bewaren en de ontwikkeling van creativiteit garandeert.

Het richtlijnvoorstel Auteursrecht maakt het wat dat betreft helemaal bont. In overweging 4 wordt gesteld dat een hoge graad van bescherming leidt tot innovatie. Dat is een te eenvoudige voorstelling van zaken.

Het richtlijnvoorstel vormt een implementatie van het WIPO Auteursrechtverdrag, maar gaat veel verder dan dit verdrag voorschrijft.⁶⁰ Ook gaat het voorstel, dat inmiddels door het Europese Parlement is goedgekeurd, veel verder dan noodzakelijk is voor de totstandkoming van de interne markt.⁶¹ Het voorstel vormt een ambitieuze poging om bijna het gehele auteursrecht in de verschillende lidstaten te harmoniseren. Een belangrijk aspect dat echter buiten de harmonisatie blijft zijn de persoonlijkheidsrechten.

Het gevolg van de uitbreiding van het auteursrecht is dat het steeds meer de contouren van een controlerecht begint te krijgen. Het auteursrecht zal zich in steeds meer facetten van het dagelijks leven doen gevoelen. Gebruik van oorspronkelijke werken dat voorheen niet aan toestemming van de rechthebbende onderworpen was, kan in de toekomst verboden worden.

Dit heeft gevolgen voor fundamentele rechten en vrijheden van de gebruiker. In de literatuur is er menigmaal op gewezen dat een alom aanwezig auteursrecht de vrijheid van meningsuiting kan beknotten.⁶² Een fundamenteel recht dat eveneens in het gedrang kan komen, is het recht op privacy. Vooral in combinatie met technologische middelen waarmee het gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal kan worden gecontroleerd, zijn inbreuken op de privacy niet ondenkbeeldig.

58 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. Publikatieblad nr L 346 van 27/11/1992 p. 0061 - 0066.

59 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. Publikatieblad nr L 290 van 24/11/1993 p. 0009 – 0013.

60 E.J. Arkenbout, “Nieuw auteursrecht op komst”, *Informatierecht/AMI* 2000/7, p. 125-131, p. 125.

61 Commissie Auteursrecht, “Advies over auteursrecht, naburige rechten en nieuwe media”, Den Haag 1998, p. 26.

62 P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie*, diss. Amsterdam (UvA), Deventer: Kluwer 1989, p. 150.

1.8 Auteursrecht en privacy

Lange tijd heeft het auteursrecht zich buiten de privé-sfeer van de eindafnemer van auteursrechtelijk beschermde werken afgespeeld.⁶³ De exploitatierechten van de auteur knoopten aan bij handelingen die zich in de openbaarheid afspeelden. Om deze manier hield het auteursrecht automatisch rekening met de bescherming van bepaalde deelaspecten van het recht op privacy. Communicatie die beperkt bleef tot de beslotenheid van de woning bleef buiten het bereik van de rechthebbende. Het was als het ware in het recht geïncorporeerd.

Toen De Brauw in zijn NJV-advies van 1965 tot de slotsom kwam dat het gemene recht geen rekening houdt met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, kwam hem dat dan ook op scherpe kritiek van de Amsterdamse hoogleraar Hirsch Ballin te staan. Had De Brauw dan niets van het auteursrecht begrepen? Het rechtsgebied waarin ‘rechtsbegrippen zoals *domaine public*, *domaine privé*, *phase intime*, “eigen, besloten kring” centraal staan’, aldus Hirsch Ballin.⁶⁴

De exploitatierechten van de auteur geven hem enerzijds de mogelijkheid bepaalde handelingen met zijn werk te verbieden. Anderzijds wordt deze mogelijkheid beperkt door de *inhoud* van de exploitatierechten. Niet iedere handeling wordt gezien als een exploitatiehandeling. De begrippen verveelvoudigen en openbaar maken geven al aan dat de handeling waar geen verveelvoudiging of een openbaarmaking mee gepaard gaat buiten het bereik van de auteursrechtelijke vallen.

In het analoge tijdperk bracht dat met zich mee dat het lezen van een boek, het luisteren naar een muziekwerk en het bekijken van een kunstwerk geen exploitatiehandelingen waren. De exploitatierechten knoopten slechts aan bij de handelingen die dergelijk genot of consumptie van het werk mogelijk maakten. De auteur kon zijn verbodsrecht doen gelden ten aanzien van de reproductie van het boek, het ten gehore brengen van het muziekwerk en de tentoonstelling van het kunstwerk. Het auteursrecht regelde alleen de *communicatie* van het werk. Het richtte zich slechts op handelingen waardoor het werk voor het publiek waarneembaar wordt gemaakt.⁶⁵

Technologische ontwikkelingen hebben hier verandering in gebracht. Doordat veel consumptiehandelingen tevens een reproductie vereisen, kan het

63 L.A. Bygrave en K.J. Koelman, “Privacy, Data Protection and Copyright,” in: P.B. Hugenholtz, *Copyright and Electronic Commerce. Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 59-124, p. 100.

64 P.J.W. de Brauw, “Behoort de wetgever regelen te treffen ter bescherming van de individu tegen het doen, het gebruiken en het openbaarmaken van waarnemingen, diens persoonlijke sfeer betreffende?” in: *Behoort de wetgever regelen te treffen ter bescherming van de individu tegen het doen, het gebruiken en het openbaarmaken van waarnemingen, diens persoonlijke sfeer betreffende?*, Advies NJV, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1965, p. 1-74, p. 19.

65 J.H. Spoor, *Scripta manent. De reproductie in het auteursrecht*, diss. Amsterdam (VU), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 131-132.

verveelvoudigingsrecht worden aangegrepen om deze handelingen te verbieden. Het gevolg is dat het lezen, bekijken en beluisteren van auteursrechtelijk beschermde werken onder het verbodsrecht van de auteur wordt gebracht. Nu is het de vraag of dat in overeenstemming is met het wezen van het auteursrecht. Met andere woorden, vermengde het auteursrecht zich uit principe niet met de privé-sfeer of was het slechts toeval?

1.9 Technologische controle

Er zijn uiteenlopende manieren waarop een rechthebbende of een door hem ingeschakelde derde met behulp van de techniek het gebruik van zijn auteursrechtelijk beschermd materiaal kan controleren. In dit onderzoek wordt een viertal categorieën behandeld: controle aan de computer, controle door identificatie, controle door observatie, en controle door persoonsgegevens te verzamelen en te verwerken.

Dit is geen uitputtende lijst en de categorieën zijn evenmin nauwkeurig te scheiden. Dikwijls zal er sprake zijn van overlapping en cumulatie. De reden om een scheiding aan te brengen, schuilt in de verschillende implicaties voor de persoonlijke levenssfeer die de onderscheiden handelingen tot gevolg hebben. Bovendien kan dankzij de scheiding een aantal verschillende wettelijke regelingen apart worden behandeld.

Bij de eerste categorie moet men denken aan middelen waarmee toegang wordt verschaft tot de computer van de gebruiker van auteursrechtelijk beschermde werken. Dit kan bijvoorbeeld plaatsvinden door middel van speciale zoekrobots, zoals het Amerikaanse bedrijf Copyright.net deze hanteert. Copyright.net gebruikt een zoekrobot binnen peer-to-peer netwerken, zoals Napster en Gnutella, om auteursrechtinbreuken op te sporen. De zoekrobot, genaamd Copyright Agent, zoekt op het gedeelte van de harde schijf van de gebruiker dat deze heeft opengesteld voor andere gebruikers van het peer-to-peer netwerk. Als zich daar kopieën van auteursrechtelijk beschermde werken bevinden, wordt het IP-adres van de betreffende gebruiker genoteerd en doorgegeven. Op deze manier heeft Copyright Agent inmiddels een miljoen mogelijk inbreukmakende Roy Orbison liedjes opgespoord. Napster heeft op verzoek van Copyright.net al 60.000 gebruikers van de uitwisselingsdienst afgesloten.⁶⁶

Bij controle door *identificatie*, de tweede categorie, moet de gebruiker zijn identiteit prijsgeven in ruil voor het gebruik van beschermd materiaal. Steeds vaker zal een gebruiker in een digitale omgeving allerlei NAW-gegevens moeten opgeven voordat hij een auteursrechtelijk beschermd werk mag gebruiken. Het prijsgeven van de identiteit vormt dan onderdeel van de transactie tussen rechthebbende en gebruiker.

⁶⁶ *Business 2.0* "Copyright.net Fight May Get Ugly" d.d. 2 maart 2001, <<http://www.business20.com/content/channels/technology/2001/03/02/27329>>.

Deze vorm van controle komt veel voor bij Electronic Copyright Management, waarover Bygrave en Koelman uitvoerig hebben geschreven.⁶⁷

Controle door *observatie* kan plaatsvinden door de communicatie tussen gebruikers of individueel gebruik in de gaten te houden. Onderlinge communicatie op het internet kan gevolgd worden door een zogenaamde *packet sniffer*. Dit programma wordt geïnstalleerd op een computer en houdt het voorbijgaande dataverkeer in de gaten. De techniek wordt bijvoorbeeld toegepast in het omstreden programma Carnivore van de Amerikaanse FBI, waarmee e-mail- en dataverkeer wordt afgetapt.⁶⁸

Individueel gebruik kan onder meer worden geobserveerd door een klein computerprogramma aan te brengen op een auteursrechtelijk beschermd werk of de harde schijf van de gebruiker daarvan, dat bijhoudt hoe vaak en op welke wijze het werk wordt gebruikt. In internettermen worden deze programma's E.T.-technologieën genoemd, omdat ze hetzelfde doen als de buitenaardse kindervriend van Steven Spielberg: *phone home*. Iedere keer als de gebruiker van een werk zijn computer verbinding laat maken met het internet, doet het programma verslag van het kijk- luister- en leesgedrag van de gebruiker bij een speciaal daarvoor ingerichte internet server.

In het geval van de laatste categorie, controle door *persoonsgegevens* te verzamelen en te verwerken, wordt bijvoorbeeld een databank persoonsgegevens aangelegd en bewerkt om gebruikers te controleren. In het hierboven genoemde voorbeeld van Copyright.net worden bijvoorbeeld IP-adressen verzameld en doorgegeven. Dit zijn de nummers die worden toegekend aan computers met een internetaansluiting. Betoogd kan worden dat deze nummers onder het centrale begrip 'persoonsgegevens' van de Wet bescherming persoonsgegevens vallen.⁶⁹

1.10 Conclusie

In dit hoofdstuk hebben we gezien dat het auteursrecht, ondanks de naam, niet alleen auteurs of rechthebbenden beschermt. Het auteursrecht houdt van oudsher ook rekening met de rechten en belangen van het publiek. Dit houdt verband met de tweeledige ratio van het auteursrecht. Enerzijds garandeert het auteursrecht dat auteurs een rechtvaardige beloning voor hun creatieve arbeid toekomt; anderzijds is het auteursrecht een middel om het ontstaan van deze werken te stimuleren.

67 L.A. Bygrave en K.J. Koelman, "Privacy, Data Protection and Copyright," in: P.B. Hugenholtz, *Copyright and Electronic Commerce. Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 59-124.

68 *Wired* "Carnivore Eats Your Privacy" d.d. 11 juli 2000, <<http://www.wired.com/news/politics/0,1283,37503,00.html>>.

69 M.E. Heinemann, "Over IP-adressen en de Wbp: grenzen aan privacybescherming op Internet", *Privacy & informatie* 1999/4, p. 148-152.

Dankzij deze stimulans wordt de maatschappij in zijn geheel cultureel verrijkt en zijn individuele leden van het publiek beter in staat verder te leren en te creëren.

Door deze dubbele ratio heeft het auteursrecht altijd kenmerken van een evenwicht vertoont tussen de uiteenlopende belangen die het behartigt. De rechten van de auteur dienen niet zover te gaan dat zij de verspreiding van kennis en cultuur tegengaan of fundamentele rechten van anderen rudimentair maken.

Gebleken is echter dat recente uitbreidingen van het auteursrecht weinig tot geen rekening houden met deze rechten en belangen van het publiek en des te meer met de rechten van rechthebbenden. Hierdoor is het auteursrechtelijke evenwicht verschoven ten koste van fundamentele rechten en belangen van het publiek. Het auteursrecht begint steeds meer de contouren van een controlerecht te krijgen. Daardoor zal het een steeds grotere rol gaan spelen binnen de privé-sfeer van de eindgebruiker. Gebruik van oorspronkelijke werken dat voorheen niet aan toestemming van de rechthebbende onderworpen was, kan in de toekomst worden verboden.

Dit heeft gevolgen voor fundamentele rechten en vrijheden van de gebruiker. Bekend is dat de vrijheid van meningsuiting beknot kan worden. Een fundamenteel recht dat eveneens in het gedrang kan komen, is het recht op privacy. Vooral in combinatie met technologische middelen waarmee het gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal kan worden gecontroleerd, zijn inbreuken op de privacy niet ondenkbeeldig.

Deze botsing zal het derde hoofdstuk van dit onderzoek beheersen. Voordat over een botsing kan worden gesproken, zal echter eerst het recht op privacy worden geanalyseerd.

2. *Het recht op privacy*

2.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk hebben we gezien dat de uitbreiding van het auteursrecht leidt tot een toenemende controle op het gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken. In combinatie met bepaalde technieken om deze controle uit te voeren, vertoont het recht de neiging steeds meer binnen te dringen in de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker. In dit hoofdstuk wordt deze persoonlijke levenssfeer nader gedefinieerd. Dit hoofdstuk gaat dus over het recht op privacy.

Betoogd wordt dat privacybescherming op verschillende niveaus plaatsvindt. Het recht op privacy dringt op tal van plaatsen in ons recht door, soms expliciet, soms impliciet. Mede gezien deze vertakkingen van het recht op privacy in het positieve recht wordt het rechtsgoed in dit onderzoek als een algemeen rechtsbeginsel beschouwd. Een algemeen rechtsbeginsel dat ten grondslag ligt aan ons rechtstelsel als geheel. Het recht op privacy is gecodificeerd in de Grondwet en in specifieke wetgeving. Deze specifieke wetgeving vormt enerzijds een uitwerking van de Grondwettelijke bescherming van het recht, anderzijds vormt het een uitwerking van privacy als algemeen rechtsbeginsel.

Deze verschillende niveaus van privacybescherming zullen in dit hoofdstuk worden onderzocht. Doel is een beter inzicht te verkrijgen in de inhoud en omvang van het recht. Het zal duidelijk worden dat dit geen eenvoudige opgave is. Privacy is een glibberig begrip, dat als een stuk zeep uit je handen schiet wanneer je het wilt beetpakken. Aangetoond zal worden dat diverse factoren een rol spelen bij het bepalen van inhoud en omvang van het recht. Het varieert naar tijd, plaats en cultuur. Bovendien heeft de stand der techniek grote invloed op het denken over privacy. Ook zal blijken dat de hoedanigheid van de belanghebbenden een rol speelt. Het welslagen van een beroep op privacy is dus mede afhankelijk van het antwoord op de vraag wie zich op het recht beroept en tegenover wie het recht wordt ingeroepen.

Het recht op privacy is immers geen absoluut recht, maar kan worden beperkt. Daarbij is het van belang of de beweerdelijke privacyschender een eigen recht of belang heeft. De vrijheid van meningsuiting kan bijvoorbeeld onder bepaalde omstandigheden prevaleren boven het recht op privacy. In dit verband zal ook worden onderzocht in hoeverre het recht op privacy de verhouding tussen burgers onderling bepaalt.

Een belangrijke vraag, die mede de inhoud en reikwijdte van het recht op privacy bepaalt, is *waarom* privacybescherming bestaat. Deze vraag heeft te maken met de grondslag van het recht. Daarin, zo wordt hier betoogd, zijn vier stromingen te onderscheiden, die elkaar weer deels overlappen. Behandeld zullen worden privacy als vrijheid, privacy als menselijke (gelijk)waardigheid, privacy ter voorkoming van beeldvorming en privacy als democratisch fundament.

Uit de behandeling van de rechtsgrond van het recht zal blijken dat privacy eerst vooral als een afweerrecht werd beschouwd, maar tegenwoordig tevens als een ontwikkelings- of ontplooiingsrecht wordt gezien. Daarmee verschuift het accent van privacybescherming: niet alleen privacy ter afwering van bemoeienis van de buitenwereld (negatieve privacy), maar ook privacy ter ontwikkeling van de eigen persoonlijkheid (positieve privacy).

Voor een beter begrip van het glibberige recht op privacy is allereerst een beschrijving van de opkomst en ontwikkeling van het begrip noodzakelijk.

2.2 Ontwikkeling van het recht op privacy

Het recht op privacy is een betrekkelijk jong rechtsbegrip. De geboorte van het recht wordt toegeschreven aan de Amerikaanse juristen Warren en Brandeis. Aan het einde van de 19^e eeuw schrijven zij in een vlammend betoog in de *Harvard Law Review* dat het afgelopen moet zijn met het gegluur en bespioneren van de Amerikaanse roddelpers. Met name de komst van de fotojournalistiek, waarmee kan worden binnengedrongen in ‘the sacred precincts of private and domestic’, baart hen zorgen.⁷⁰ Zij pleiten voor de juridische erkenning van een recht op privacy dat het individu in bescherming neemt tegen de opdringerige roddelbladen.

Dit recht kan volgens hen afgeleid worden uit een algemeen persoonlijkheidsrecht, dat reeds besloten ligt in het (positieve) recht. De bescherming tegen mishandeling, hinder, laster, smaad en het recht van intellectuele eigendom zijn volgens Warren en Brandeis allemaal takken van de algemene privacyboom. Dit overkoepelende persoonlijkheidsrecht omschrijven zij als ‘the right to be let alone’. Het recht op privacy waar Warren en Brandeis voor pleiten moet dus gezien worden als een uitvloeisel van dit recht om met rust gelaten te worden.⁷¹

Het duurt een aantal decennia voordat dit *common law* recht in de Verenigde Staten volledig wordt erkend. Het ontwikkelt zich in eerste instantie als een portretrecht, dat in Europa sinds het begin van de twintigste eeuw in de meeste auteurswetten

⁷⁰ S. Warren en L.D. Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review* 1891/5, p. 193-220, p. 195.

⁷¹ P. Blok en A. Vedder, “Privacy in ontwikkeling,” in: J.E.J. Prins en J.M.A. Berkvens, *Privacyregulering in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer, 2000, p. 5-31, p. 14.

bescherming vindt.⁷² Het portretrecht wordt bijvoorbeeld in de Nederlandse Auteurswet van 1912 opgenomen. In 1902 wijst het Court of Appeals van New York dit recht op privacy nog expliciet van de hand in de *Roberson* zaak.⁷³

Drie jaar later erkent de Supreme Court van Georgia het recht op privacy wel. Het betreft weer het gebruik van andermans gelaat in een advertentie, ditmaal het gezicht van ene Pavesich door een verzekeringsmaatschappij.⁷⁴ Echte erkenning krijgt het recht op privacy pas in 1939. In dat jaar wordt het recht als *common law* opgenomen in de gezaghebbende *Restatement of the Law of Torts*. Daarmee gaat de nog weifelende rechtspraak definitief om, en erkennen bijna alle hogere rechtbanken van de Verenigde Staten het recht.⁷⁵

Het duurt tot na de Tweede Wereldoorlog voordat er in brede Europa aandacht voor de notie van privacy komt. Het recht wordt in 1950 erkend in artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Geïnspireerd door het EVRM wordt op 19 december 1966 door de Verenigde Naties het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) aangenomen. In artikel 17 IVBPR is eveneens het recht op privacy opgenomen.

De Nederlandse doctrine gaat zich pas in de zestiger jaren verdiepen in het recht op privacy. De eersten die zich aan een verkenning wagen, zijn De Brauw en Van Veen in hun preadviezen voor de Nederlandse Juristen-Vereniging (NJV). Een aantal jaren later is het Aubel die in zijn Nijmeegse proefschrift *Persoon en pers* aandacht vraagt voor privacybescherming.

Zowel bij De Brauw als bij Aubel wordt de kern van privacy gevormd door de woning en enige andere besloten ruimten.⁷⁶ Er wordt dus in eerste instantie aansluiting gezocht bij het al sinds 1798 beschermde huisrecht. De bescherming van de persoonlijke levenssfeer in deze fysiek te bepalen privé-sfeer is tamelijk absoluut. Daarbuiten is privacy meer relatief, dat wil zeggen, afhankelijk van verschillende factoren.⁷⁷ Aubel reserveert voor deze sfeer de term ‘privé-leven’.⁷⁸ Het beschermde rechtsgoed van dit buitenshuis gesitueerde privé-leven is intimiteit.

72 H.L. de Beaufort, *Het auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht*, diss. Utrecht, Utrecht: Den Boer 1909, p. 299.

73 S.H. Hofstadter, *The Development of the Right of Privacy in New York*, New York: The Grosby Press 1954, p. 10.

74 A.C. Breckenbridge, *The Right to Privacy*, Lincoln: University of Nebraska Press 1971, p. 6.

75 F. de Graaf, *Rechtsbescherming van persoonlijkheid, privéleven, persoonsgegevens*, diss. Utrecht, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1977, p. 17.

76 L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 193.

77 P.J.W. de Brauw, “Behoort de wetgever regelen te treffen ter bescherming van de individu tegen het doen, het gebruiken en het openbaarmaken van waarnemingen, diens persoonlijke sfeer betreffende?” in: *Behoort de wetgever regelen te treffen ter bescherming van de individu tegen het doen, het gebruiken en het openbaarmaken van waarnemingen, diens persoonlijke sfeer betreffende?*, Preadvies NJV, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1965, p. 1-74, p. 11.

78 C.P. Aubel, *Persoon en pers*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 1968, p. 37.

“De persoonlijke intimiteit zou men kunnen omschrijven als het bezit en de uitdrukking van de volstrekte eigenheid van iedere individuele mens in zijn gedachten, gevoelens, levensopvatting, zedelijk en religieus leven, seksualiteit en creativiteit; kortom, het eigen persoonlijke intieme leven en de uitdrukking daarvan.”⁷⁹

Eind jaren zestig verschuift de aandacht in het privacydebat van ruimtelijk te begrenzen plaatsen naar het verzamelen van gegevens over personen. De komst van computertechnologie, die het mogelijk maakt grote hoeveelheden persoonsgegevens te verzamelen en te koppelen, veroorzaakt een maatschappelijk onbehagen. Men vreest toenemende controle op het reilen en zeilen van individuen. In Nederland ontardt dat in een massaal verzet tegen de volkstelling van 1971, die dan ook jammerlijk mislukt en sindsdien niet meer zal plaatsvinden.⁸⁰

Met de introductie van het nieuwe object van bescherming krijgt de daaraan verleende bescherming ook een aparte benaming. Het gaat om *informatieele privacy*; in tegenstelling tot de *relationele privacy* van voorheen. Algemeen wordt de Amerikaan Westin als de grondlegger van de informatieele privacy beschouwd. Hij definieert informatieele privacy als de mogelijkheid van individuen, groepen of instellingen om te bepalen wanneer, hoe en in welke mate informatie over hen wordt geopenbaard.⁸¹

In Nederland brengt in 1976 de Staatscommissie Koopmans haar rapport *Privacy en persoonregistratie* uit. De Staatscommissie heeft met dit rapport de fundamentele principes voor de latere Wet persoonsregistraties (WPR), en behandelt derhalve hoofdzakelijk de informatieele privacy. De Staatscommissie hanteert een minder absolute norm dan Westin. In een aantal gevallen heeft men het nadeel verbonden aan een zekere beeldvorming door de registratie van persoonsgegevens te dulden. Het recht op privacy moet volgens de Staatscommissie worden afgewogen tegen andere maatschappelijke belangen.⁸² Voor de vraag hoever dit recht reikt, zijn de maatschappelijke opvattingen in belangrijke mate bepalend.⁸³

Deze maatschappelijke opvattingen zullen uiteraard van tijd tot tijd verschillen, hetgeen ook al blijkt uit de ontwikkeling van het recht op privacy. Privacy is een dynamisch rechtsbegrip. Er zijn tal van aspecten die de beleving van een persoonlijke levenssfeer beïnvloeden. De mate waarin men aan privacy hecht is

⁷⁹ C.P. Aubel, *Persoon en pers*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 1968, p. 33.

⁸⁰ F. Kuitenbrouwer, *Het recht om met rust gelaten te worden. Over privacy*, Amsterdam: Uitgeverij Balans 1991, p. 65-79.

⁸¹ A.F. Westin, *Privacy and Freedom*, London: The Bodley Head 1967, p. 7.

⁸² Staatscommissie Koopmans, “Eindrapport van de Staatscommissie bescherming persoonlijke levenssfeer in verband met persoonsregistratie”, Den Haag 1976, p. 22.

⁸³ Staatscommissie Koopmans, “Eindrapport van de Staatscommissie bescherming persoonlijke levenssfeer in verband met persoonsregistratie”, Den Haag 1976, p. 23.

deels cultureel gebonden, deels afhankelijk van maatschappelijke ervaringen. De Tweede Wereldoorlog bijvoorbeeld heeft op het vasteland van Europa diepe sporen achtergelaten in de conceptie van privacy. De Duitse bezetter toonde aan dat een verzameling persoonsgegevens gebruikt kan worden voor verschrikkelijke doeleinden, die niets te maken hebben met het oorspronkelijke doel van verzameling. Tot op de dag van vandaag wordt er in Europa stringenter over het verzamelen van persoonsgegevens gedacht dan in de Verenigde Staten.

Als er één constante factor is die het denken over privacy beïnvloedt, dan is het de voortschrijdende techniek. ‘De relationele en informatiele privacy ontwikkelen zich in het voetspoor van de technische vooruitgang’, observeert Dommering terecht in zijn handboek Informatierecht.⁸⁴ Technische ontwikkelingen maken het mogelijk om dieper en indringender binnen te dringen in andermans privé-leven. Onlangs heeft de Minister van Justitie dat nog eens herhaald in verband met de Wetgeving voor de elektronische snelweg. De Minister sluit niet uit dat het recht op privacy een heel nieuwe impact krijgt indien een groot deel van de menselijke communicatie via elektronische middelen plaatsvindt.⁸⁵

2.3 Wat is privacy?

Er is waarschijnlijk geen rechtsbegrip dat van zoveel uiteenlopende definities is voorzien als het recht op privacy. De vermeende ondefinieerbaarheid van het recht op privacy is legendarisch. Dat kan zowel de zwakte als de kracht van het recht zijn. In zijn advies over de eventueel in te voeren identificatieplicht verzucht Wiarda dat het begrip ‘private life’ van artikel 8 EVRM tot de allervaagste behoort die de Conventie kent[aangehaald bij Verhey, 1992 #56, p. 200]. Tijdens de parlementaire behandeling van de grondwetsherziening van 1983 geeft de regering aan dat de onbestemdheid van het begrip ‘persoonlijke levenssfeer’ tevens diens kracht is. Het geeft het rechtsgoed de mogelijkheid binnen een bepaalde marge te groeien en gestalte te krijgen.⁸⁶

Al deze verschillende definities ten spijt, hebben ze met elkaar gemeen dat uit wordt gegaan van een *kern* waarin de bescherming van de privacy gegarandeerd is. Een dergelijke gedachte vinden we al bij een Libertijn als Mill. Deze achttiende eeuwse rechtsfilosoof benadrukte reeds dat ieder mens behoefte heeft aan een privé-sfeer waarin hij zich kan terugtrekken. Indien deze wordt overschreden, zal het individu niet in staat zijn zichzelf te ontwikkelen.

84 E. Dommering, *Informatierecht. Fundamentele rechten voor de informatiesamenleving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2000, p. 493.

85 *Kamerstukken II* 25 880 1998/99, p. 10.

86 L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992 p. 199.

In zijn beroemde essay *On Liberty* schetst Mill de kwalijke consequenties van een leven zonder deze persoonlijke vrijheid. Bij gebreke aan een vrije markt van gedachten zal er geen waarheidsvinding zijn, geen spontaniteit, geen originaliteit, en geen genialiteit. Ieder mens heeft behoefte aan wat Mill noemt een ‘domain of consciousness’.⁸⁷

Blok en Vedder spreken in dit verband van de conceptuele kern van privacy.⁸⁸ Er is een persoonlijke levenssfeer die in beginsel onschendbaar is. Binnen deze kern is een individu tot op zekere hoogte gevrijwaard van controle door anderen.

Bij de *relationele* privacy gaat het om de controle over de eigen ruimte of omgeving, waardoor het individu tot op zekere hoogte zelf kan bepalen of het met rust gelaten wil worden of niet. Het gaat hier niet enkel om fysiek te begrenzen plaatsen. De persoonlijke levenssfeer kan bijvoorbeeld ook betrekking hebben op intimiteit. Het is het recht op selectieve contactlegging, met als meest extreme variant het recht om met rust gelaten te worden. *Informationele* privacy is het recht op selectieve openbaarmaking. De nadruk ligt hier op de controle over de eigen gegevens, informatie en de beslissingen die daarop zijn gebaseerd.

In beide gevallen staat de zelfcontrole centraal. Materieel kan privacy dus beschouwd worden als dat gebied waarover men zelfcontrole heeft; formeel het gebied waarover men zelfcontrole zou moeten hebben.⁸⁹

In de Nederlandse opvattingen over privacy impliceert deze controle geen zelfbeschikkingsrecht. In navolging van de Commissie Koopmans heeft de regering geen recht op informatiele zelfbeschikking willen formuleren, zoals men dat bijvoorbeeld in Duitsland kent. Het recht op privacy zal dus altijd afgewogen moeten worden tegenover de rechten en belangen van anderen. Het gaat dan bijvoorbeeld om de informatievrijheid van anderen.

Ook de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk geeft in haar onlangs verschenen rapport aan dat zij niet een dergelijk vergaand recht in Nederland wil introduceren, hetgeen Kuitenbrouwer in zijn bespreking van het rapport betreurt.⁹⁰ Het kabinet volgt de Commissie Franken in dit opzicht in haar kabinetsstandpunt over het rapport d.d. 16 oktober 2000, maar sluit invoering van een recht op informatiele zelfbeschikking in de toekomst niet uit[70, p. 30-31]. De mate van

87 R. Holmes, “Privacy: philosophical foundations and moral dilemma's,” in: P. Ippel, G. de Heij en B. Crouwers, *Privacy disputed*, Den Haag: SDU, 1995, p. 15-29, p. 17.

88 P. Blok en A. Vedder, “Privacy in ontwikkeling,” in: J.E.J. Prins en J.M.A. Berkvens, *Privacyregulering in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer, 2000, p. 5-31, p. 7. Wel te onderscheiden van de door Van der Hoeven bepleitte gedachte van kernrechten. Zie hierover M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 95-98.

89 J. Holvast, “ISDN, digitale snelweg en de consument”, *Computerrecht* 1994/6, p. 226-230, p. 228.

90 F. Kuitenbrouwer, “Hoe sterk zijn de digitale grondrechten?”, *Computerrecht* 2000/4, p. 172-176, p. 174.

privacybescherming in een concreet geval blijft dus als het aan de Commissie en het kabinet ligt altijd het resultaat van de afweging van verschillende belangen.⁹¹

Om deze afweging te kunnen maken, is het van belang de *waarden* waarop het recht op privacy is gestoeld te benoemen. De keuze voor een bepaalde grondslag zal gevolgen hebben voor de reikwijdte van het recht op privacy.⁹²

Door veel rechtswetenschappers wordt het recht op privacy beschouwd als een vrijheidsrecht. ‘De vrijheid om zichzelf te zijn’, aldus Gutwirth.⁹³ Deze vrijheid is noodzakelijk voor een ieders ontwikkeling en ontplooiing.⁹⁴ Meer specifiek beschrijft Simmel privacy als voorwaarde voor creativiteit. Een eigen ruimte waarin de mens zich kan terugtrekken, is volgens hem essentieel voor het ontstaan van creatieve scheppingen.⁹⁵ Ook voor De Graaf vormt de ontplooiing van individuele mogelijkheden de grondslag van privacy.

“[D]e vrijheid om, binnen het kader van de wettelijke en maatschappelijke mogelijkheden tot ontplooiing van individuele mogelijkheden zelf inhoud en inrichting van het privé-leven te bepalen. Inmenging, de ongevraagde bemoeiing ermee, is dan te omschrijven als het beperken van de keuzemogelijkheden ten aanzien van de inrichting van het privé-leven.”⁹⁶

Naast vrijheid kunnen respect en menselijke waardigheid genoemd worden als grondslagen van privacybescherming.⁹⁷ Lessig spreekt in zijn recente werk *Code and other laws of cyberspace* over ‘privacy as dignity’. Privacy moet gerespecteerd worden omdat het respectloos is die te schenden. Lessig geeft het voorbeeld van een huiszoeking. Dit zal iemand wellicht niet direct last bezorgen, maar het is menonterend om zonder toestemming iemands woning te doorzoeken.⁹⁸ In de Duitse Grondwet wordt deze achterliggende waarde expliciet benoemd. Niet alleen het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid wordt gewaarborgd (artikel 2 lid 1), maar ook de menselijke waardigheid (artikel 1 lid 1).

91 Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, “Rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk”, Den Haag 2000, p. 126.

92 Vgl. J.M. de Meij, A.W. Hins, A.J. Nieuwenhuis en G.A.I. Schuijt, *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijke perspectief*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2000, p. 39.

93 S. Gutwirth, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Den Haag: Rathenau Instituut 1998.

94 C.P. Aubel, *Persoon en pers*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 1968, p. 34.

95 Geciteerd bij J. Holvast, *Op weg naar een risicoloze maatschappij? De vrijheid van de mens in het informatietijdperk*, diss. Leiden, Den Haag: Academic Service 1986, p. 15.

96 F. de Graaf, *Rechtsbescherming van persoonlijkheid, privéleven, persoonsgegevens*, diss. Utrecht, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1977, p. 101.

97 L.A. Bygrave en K.J. Koelman, “Privacy, Data Protection and Copyright,” in: P.B. Hugenholtz, *Copyright and Electronic Commerce. Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 59-124, p. 64.

98 L. Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, New York: Basic Books 2000, p. 147.

Deze twee grondslagen, privacy ter bescherming van de individuele vrijheid en privacy als garantie voor menselijke waardigheid, zijn vaak in het geding bij een schending van de *relationele* privacy. Bij de bescherming van de *informatie* privacy is het voornaamste doel (onjuiste) beeldvorming tegen te gaan. Door de verzameling van bepaalde gegevens kan iemand in een ongewenste hoek geplaatst worden, terwijl men juist de mogelijkheid moet hebben zich te kunnen onttrekken aan bepaalde rolverwachtingen. Schreuders heeft het in dit verband over het recht om onvoorspeld te zijn. Een ieder moet de mogelijkheid hebben zichzelf als een uniek individu te profileren en niet behandeld te worden als een persoon wiens gedrag al voorspeld is.⁹⁹

Deze grondslagen van het recht op privacy liggen uiteraard in elkaars verlengde. Beeldvorming leidt ertoe dat men minder vrij is in het maken van keuzes en daardoor minder mogelijkheden heeft zichzelf te ontplooien. Ook respect en menselijke waardigheid zijn van belang voor een mens om zich in vrijheid te kunnen ontwikkelen. Het is evenmin ondenkbaar dat deze verschillende grondslagen in een bepaalde situatie alledrie een rol spelen. Een overlapping van grondslagen maakt dat aan het beschermen van het rechtsgoed privacy extra gewicht toegekend zal moeten worden.

Een laatste opmerking over de inhoud van het recht op privacy. Privacy is een relationeel begrip: de relatie en hoedanigheid waarin partijen tegenover elkaar staan is van belang. De inhoud en omvang van het begrip zijn afhankelijk van het antwoord op de vraag door wie en tegenover wie het recht wordt ingeroepen. De Brauw constateert in zijn preadvies al dat er verschillende graden van bescherming zijn, die verband houden met de aard van het contact dat plaatsvindt tussen individu en samenleving.¹⁰⁰

Het is bijvoorbeeld van belang of privacybescherming wordt geclaimd door een patiënt ten opzichte van zijn arts, een werknemer ten opzichte van zijn werkgever of een consument ten opzichte van een grootgrutter. Omgekeerd maakt het uit of een beroep op privacy wordt gedaan ten opzichte van de Staat of de pers. De pers zal zich in het belang van vrije nieuwsgaring en de vrijheid van meningsuiting verdergaande inperkingen van andermans privacy mogen veroorloven dan de Staat.

Bovendien heeft niet iedereen recht op dezelfde mate van privacybescherming. Hoge bomen vangen veel wind, is een in dit verband veel geciteerd gezegde.¹⁰¹ Mensen die vanwege hun beroep publieke bekendheid genieten, hebben vrijwillig

99 E. Schreuders, "Waarden en regels: over privacy en de Wet bescherming persoonsgegevens", *Pe&I* 1998/1, p. 22-25, p. 24.

100 P.J.W. de Brauw, "Behoort de wetgever regelen te treffen ter bescherming van de individu tegen het doen, het gebruiken en het openbaar maken van waarnemingen, diens persoonlijke sfeer betreffende?" in: *Behoort de wetgever regelen te treffen ter bescherming van de individu tegen het doen, het gebruiken en het openbaar maken van waarnemingen, diens persoonlijke sfeer betreffende?*, Preadvies NJV, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1965, p. 1-74, p. 11.

101 G.A.I. Schuijt, "Hinderlijk volgen ofwel: hoge bomen vangen veel wind," in: P.B. Hugenholtz, *Recht in de kijker. Het recht en de media*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1990.

een deel van hun privacy opgegeven en hebben dus ook een minder vergaand recht op bescherming daarvan.

Het is niet ongebruikelijk om een onderscheid te maken tussen verschillende aspecten van de persoonlijke levenssfeer die door het recht op privacy worden beschermd.¹⁰² Verhey maakt een onderscheid tussen de woning, het eigen lichaam, het vrijelijk aangaan van relaties met anderen, het vrijelijk communiceren met anderen en het uitoefenen van invloed op registratie en gebruik van de eigen persoonsgegevens.¹⁰³

In het eerste hoofdstuk hebben we gezien dat de techniek de controle van auteursrechthebbenden op het gebruik van hun beschermde materiaal vergroot. Daarbij wordt binnengedrongen in een aantal van voornoemde privacysferen.

Bij controle aan de computer wordt de beslotenheid van de woning geschonden. In het geval van controle door identificatie wordt inbreuk gepleegd op de anonimiteit en de informationele zelfbeschikking. Controle door observatie beperkt de mogelijkheid om vrijelijk te communiceren en controle door persoonsgegevens te verzamelen en te verwerken ten slotte resulteert in een verminderde invloed op registratie en gebruik van de eigen persoonsgegevens. Bij de eerste en derde categorie gaat het om relationele privacy, terwijl bij de tweede en vierde categorie de informationele privacy in het gedrang komt.

In de volgende paragrafen zal in een breed kader worden onderzocht in hoeverre Nederlandse en internationale regelgeving bescherming verleent aan deze privacysferen.

2.4 Wettelijke bescherming van privacy

De persoonlijke levenssfeer vindt in de Nederlandse wetgeving in eerste instantie bescherming in de Grondwet. Artikel 10 lid 1 Gw bevat een algemene norm, die gevolgd wordt door een aantal meer specifieke normen. Deze specifieke normen strekken ter bescherming van de aspecten van de persoonlijke levenssfeer. Daartoe worden in ieder geval gerekend: de bescherming van persoonsgegevens (artikel 10 lid 2 en 3), de onaantastbaarheid van het lichaam (artikel 11), de onschendbaarheid van de woning (artikel 12) en het brief-, telefoon- en telegraafgeheim (artikel 13).¹⁰⁴

De algemene norm is van redelijk recente datum. Pas sinds 1983 wordt het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer door artikel 10 lid 1 Gw beschermd.

102 J.A. Hofman, J.W. Sap en I. Sewandono, *Grondrechten in evenwicht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 93.

103 L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 206.

104 J.A. Hofman, J.W. Sap en I. Sewandono, *Grondrechten in evenwicht*, Deventer: Kluwer 1995

Het begrip ‘persoonlijke levenssfeer’ wordt in de regel ruim uitgelegd.¹⁰⁵ Bij de introductie van het recht op privacy in de Nederlandse Grondwet stelt de regering dat in elk geval tot de persoonlijke levenssfeer moeten worden gerekend: de woning, bepaalde vormen van communicatie, sommige gewoonten, gedragingen en contacten, abonnementen, lidmaatschappen, alsmede bepaalde aspecten van het gezinsleven. De regering merkt in dit verband expliciet op dat privacy niet ruimtelijk te begrenzen is. Ook de lichamelijke en geestelijke integriteit behoren volgens de regering tot de persoonlijke levenssfeer.¹⁰⁶

Het eerste lid van artikel 10 Gw heeft directe werking, terwijl burgers aan de daaropvolgende leden geen rechtstreeks afdwingbare rechten kunnen ontleen. Het tweede en derde lid van artikel 10 Gw instrueren de wetgever specifieke regels te stellen op het gebied van de informationele privacy. Dat is gebeurd in de Wet persoonsregistraties (WPR), die per 3 juli 2000 is vervangen door de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP).¹⁰⁷

Het is niet zo dat privacy voor 1983 niet grondwettelijk werd beschermd. Integendeel, de bescherming van een aantal deelaspecten van het recht op privacy behoren tot de oudste van de Grondwet. Het huisrecht van artikel 12 Gw was bijvoorbeeld al aanwezig in de Burgerlijke en Staatskundige regels van 1798.¹⁰⁸ Het eerste lid van het artikel bepaalt dat het binnentreden in een woning tegen de wil van de bewoner alleen geoorloofd is in gevallen bij of krachtens de wet bepaald, door hen die daartoe krachtens de wet zijn aangewezen. Het tweede lid, op grond waarvan een aantal vormvoorschriften in acht moet worden genomen, kan gezien worden als een beperkingsclausule.

Het briefgeheim van artikel 13 Gw kent evenals het huisrecht een rijke historie. Dankzij de persoonlijke inspanningen van Thorbecke vond het grondrecht al in 1848 zijn weg in de Grondwet. Er was in het Parlement in eerste instantie weinig animo voor de constitutionele regeling van het briefgeheim.¹⁰⁹

Het andere rechtsgoed waar artikel 13 bescherming aan verleent, het telefoon- en telegraafgeheim, is in 1983 in de Grondwet opgenomen. Belangrijkste overweging om daartoe over te gaan vormt de wens de privé-sfeer van telefoongesprekken te beschermen. Het telegraafgeheim, waarbij privacy-overwegingen wegens het open

105 T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en J.P. Loof, “50 jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht - ontwikkelingen en vooruitzichten,” in: R.A. Lawson en E. Myjer, *50 jaar EVRM*, Leiden: NJCM, 2000, p. 328-408, p. 360.

106 L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 199.

107 De WBP is echter nog steeds niet in werking getreden. Dat gebeurt naar verluidt in september 2001.

108 A.Q.C. Tak, *Het huisrecht*, diss. Utrecht, Hoederloo: Hoenderloo's Uitgeverij en Drukkerij 1973, p. 149.

109 E.J. Dommering, “De Grondwet in de informatiemaatschappij,” in: M.C.e.a. Burkens, *Gelet op de Grondwet*, Deventer: Kluwer, 1998, p. 110-123, p. 116.

karakter van de communicatie een minder grote rol spelen, is er volledigheidshalve aan toegevoegd.¹¹⁰

Deze grondrechtelijke bescherming van het recht op privacy is uitgewerkt in uiteenlopende wetgeving. Hierboven kwam de Wet bescherming persoonsgegevens al ter sprake, die het verzamelen en verwerken van persoonsgegevens reguleert.

Het huisrecht komt bijvoorbeeld terug in de Algemene wet op het binnentreden van 1 oktober 1994. De wet poogt de verscheidenheid aan binnentredingsbepalingen in verschillende wetten enigszins te harmoniseren. Er is sprake van een aanscherping ten opzichte van artikel 12 Gw. Op grond van de wet is binnentreden alleen mogelijk met een bijzondere last en ‘met toestemming van de bewoner’.¹¹¹

Verder wordt de beslotenheid van het huis beschermd in het verbod op huisvredebreuk van artikel 138 Wetboek van Strafrecht (Sr) en het daarop gebaseerde verbod op computervredebreuk (artikel 138a Sr). Het communicatiegeheim van artikel 13 Gw op zijn beurt, ziet men terug in de Telecommunicatiewet en in een aantal strafrechtbepalingen die het afluisteren en aftappen aan banden leggen (artikelen 139a Sr e.v.).

2.5 Internationale bescherming van het recht op privacy

De Raad van Europa wordt wel de bakermat van de internationale privacyregulering genoemd.¹¹² Hierboven kwam al ter sprake dat in dat verband het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) is opgericht, waarin bijzondere bescherming wordt verleend aan de persoonlijke levenssfeer. De Verenigde Naties hebben zich hierdoor laten inspireren in het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR).

Aangezien de Nederlandse rechter op grond van het toetsingsverbod van artikel 120 de rechter niet mag oordelen over de grondwettigheid van formele wetten, wordt vaak uitgeweken naar artikel 8 EVRM. Dit artikel is een ‘een ieder’ verbindende verdragsbepaling in de zin van artikelen 93 en 94 Gw. De Nederlandse rechter is blijkens artikel 94 Gw verplicht (rechts)handelingen die hiermee in strijd zijn ongeldig of onrechtmatig te verklaren.

110 L.F. Asscher, *Constitutionele convergentie van pers, omroep en telecommunicatie*, Deventer: Kluwer 1999, p. 62-68.

111 P.W.C. Akkermans, C.J. Bax en L.F.M. Verhey, *Grondrechten. Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 104.

112 F.A.M. van der Klaauw-Koops en J.E.J. Prins, “Internationale privacyregulering: belangen, problemen en mogelijkheden,” in: J.E.J. Prins en J.M.A. Berkvens, *Privacyregulering in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer, 2000, p. 449-473, p. 449.

In tegenstelling tot de bescherming van het recht op privacy in de Nederlandse Grondwet bevat artikel 8 EVRM een algemene privacynorm, die niet verder is uitgewerkt in specifieke verdragsbepalingen. Op grond van artikel 8 lid 1 heeft een ieder recht op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling. Het tweede lid schept een beperkte mogelijkheid inbreuken op dit recht te plegen:

“Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van ’s lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

Artikel 8 lid 1 EVRM is een ruime bepaling en de formulering bestrijkt alle privacyaspecten waaraan in de Nederlandse Grondwet aandacht wordt besteed. Enerzijds lijkt artikel 8 EVRM minder ver te gaan dan de artikelen 10 tot 13 Gw, anderzijds lijkt het artikel privacy weer beter te beschermen. De Grondwet vereist bijvoorbeeld een wet in formele zin om het recht te beperken, terwijl artikel 8 EVRM van het ruimere ‘the law’ spreekt. In artikel 10 leden 2 en 3 worden aan de wetgever positieve verplichtingen opgelegd om het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens te beschermen. Het binnentreden van woningen wordt in onze Grondwet vergaand geregeld. Ten slotte zijn inbreuken op het briefgeheim van artikel 13 slechts mogelijk op grond van een last van de rechter.

Artikel 8 EVRM lijkt in een aantal opzichten ook weer verder te gaan. Zo heeft een ‘right to respect for his home’ niet alleen betrekking op het binnentreden van een woning, maar ook op na het binnentreden uitgeoefende handelingen ter opsporing en controle. Bovendien is het ‘right to respect for his correspondance’ techniekonafhankelijk geformuleerd. Ten slotte kunnen het huisrecht en het briefgeheim van artikel 8 EVRM ook worden toegepast in de verhouding tussen burgers onderling, terwijl dat met betrekking tot artikel 12 en 13 Gw waarschijnlijk niet het geval is.¹¹³

Voor de interpretatie van artikel 8 EVRM zijn we in grote mate aangewezen op de rechtspraak van het Europese Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) te Straatsburg. Het voert te ver om deze hier uitvoerig te bespreken. Volstaan wordt met de vaststelling dat het begrip ‘private life’ doorgaans ruim wordt geïnterpreteerd door het Hof.

113 J. de Boer, “Art. 8 EVRM. Algemeen” in: *Artikel 8 EVRM*, Preadvies NJV, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 5-84, p. 19. Zie ook hieronder § 2.7.

Afgezien van artikel 8 EVRM (en artikel 17 IVBP) is een aantal internationale regelingen van belang die specifieke aspecten van de persoonlijke levenssfeer beogen te beschermen. De op 23 september 1980 door de Raad van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) aangenomen Aanbevelingen betreffende de bescherming van de privacy en grensoverschrijdend verkeer van persoonsgegevens schept bijvoorbeeld een internationaal kader voor de bescherming van persoonsgegevens.¹¹⁴ De Aanbevelingen zijn niet juridisch bindend, maar leggen toch enige morele druk op de aangesloten landen om aan implementatie van de aanbeveling bij te dragen.¹¹⁵

In OESO-verband zijn onlangs de ‘Guidelines for Consumer protection in the Context of Electronic Commerce’ aangenomen. In artikel VII van de op 9 december 1999 door de Raad van de OESO goedgekeurde Guidelines worden de Aanbevelingen van toepassing verklaard op elektronische handel.

Ten slotte mag een recent voorstel voor een Europese Richtlijn betreffende het verwerken van persoonsgegevens en het beschermen van privacy in de elektronische communicatiesector niet onvermeld blijven.¹¹⁶ Artikel 5 van het voorstel biedt bijzondere bescherming tegen het afluisteren of anderszins observeren van communicatie en de daarop betrekking hebbende verkeersgegevens. Het verbod op ‘listening, tapping, storage or other kinds of surveillance of communications and the related traffic data’ is van toepassing op personen, niet zijnde gebruikers van de dienst, die geen toestemming tot het verrichten van deze handelingen van de betreffende gebruikers hebben. Op grond van artikel 15 van de Richtlijn kan een uitzondering op deze regel gemaakt worden in het geval van ‘criminal offences’.

2.6 Privacy als algemeen rechtsbeginsel

Hierboven hebben we gezien dat het recht op privacy in de Nederlandse Grondwet is opgenomen, alsmede is gecodificeerd in een groot aantal specifieke wetten. Daarnaast wordt het recht op privacy internationaal beschermd in tal van verdragen, aanbevelingen en richtlijnen. Al deze vertakkingen van het recht op privacy geven al aan dat het om een belangrijk rechtsgoed gaat. Uit jurisprudentie van de Hoge Raad valt op te maken dat de bescherming van de levenssfeer zelfs zo urgent is dat het gezien moet worden als een algemeen rechtsbeginsel. Het maakt onderdeel uit van het algemene persoonlijkheidsrecht, dat aan onze rechtsorde als geheel ten grondslag ligt.

114 OECD Document C(80)58(final) October 1, 1980.

115 F.A.M. van der Klaauw-Koops en J.E.J. Prins, “Internationale privacyregulering: belangen, problemen en mogelijkheden,” in: J.E.J. Prins en J.M.A. Berkvens, *Privacyregulering in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer, 2000, p. 449-473, p. 452.

116 COM(2000) 385, 12 July 2000.

Dat de inhoud van het recht op privacy niet enkel bepaald wordt door artikel 10 Gw en artikel 8 EVRM blijkt al uit het Edamse bijstandsmoeder-arrest van de Hoge Raad.¹¹⁷ In deze uitspraak, die hieronder in § 2.7 uitvoeriger wordt besproken, neemt de Hoge Raad het bestaan van een recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer aan, dat naar zijn inhoud *mede* wordt bepaald door artikel 8 EVRM (artikel 10 Gw was ten tijde van het arrest nog niet in werking getreden). Het woordje ‘mede’ geeft al aan dat het recht op privacy zijn bestaansrecht niet enkel aan artikel 8 EVRM ontleent.

Waar het recht op privacy dan op gebaseerd wordt, geeft de Hoge Raad aan in het Valkenhorst-arrest.¹¹⁸ In dat arrest gaat de Hoge Raad ervan uit dat aan de bescherming van privacy in onze Grondwet een algemeen persoonlijkheidsrecht ten grondslag ligt. Het ging in deze zaak ging om de vraag of een vrouw, die als buitenechtelijk kind was ondergebracht in tehuis Valkenhorst, het recht heeft te weten wie haar moeder is. Bij de beoordeling van het geschil neemt de Hoge Raad als uitgangspunt het:

“[A]n grondrechten als het recht op respect voor het privé leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting ten grondslag liggende algemene persoonlijkheidsrecht (...).”

Daarmee lijkt de Hoge Raad Scholten te volgen, die reeds in 1935 verkondigde dat grondrechten uitingen zijn van het persoonlijkheidsbeginsel.¹¹⁹ Evengoed is het, zoals annotator Verhey terecht opmerkt, een opvallende stellingname van de Hoge Raad. De Graaf had in zijn proefschrift *Rechtsbescherming van persoonlijkheid, privéleven, persoonsgegevens* nog omstandig betoogd dat er in het Nederlandse recht geen sprake is van een algemeen persoonlijkheidsrecht.¹²⁰ In tegenstelling tot het Duitse recht, waarop de Hoge Raad zich in deze zaak mede lijkt te baseren, is het leerstuk van persoonlijkheidsrechten in Nederland zwak ontwikkeld. Groot verschil is dat een algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland in de Grondwet is verankerd. Artikel 2 lid 1 Grundgesetz luidt:

“Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.”

117 HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928 m.nt. EAA (*Edamse bijstandsmoeder*).

118 HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 m.nt. WH-S, *NJCM* 1994, 19-6, p. 652 m.nt. Verhey.

119 P. Scholten, “Rechtsbeginselen,” *Verzamelde geschriften*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1980, p. 395-, p. 406.

120 F. de Graaf, *Rechtsbescherming van persoonlijkheid, privéleven, persoonsgegevens*, diss. Utrecht, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1977, p. 89.

Nu een grondwetsbepaling niet als grondslag voor het uitgangspunt van de Hoge Raad kan dienen, zal er dus sprake moeten zijn van een algemeen persoonlijkheidsrecht dat aan de rechtsorde als geheel ten grondslag ligt. Dit algemene persoonlijkheidsrecht omvat het recht op privacy, maar ligt ook ten grondslag aan andere rechten en beginselen. De Hoge Raad noemt het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting.

Dit persoonlijkheidsrecht is niet absoluut. Het moet wijken voor rechten en vrijheden van anderen, wanneer deze in het gegeven geval zwaarder wegen. In het onderhavige geval prevaleert het algemene persoonlijkheidsrecht echter boven het recht op privacy. Het recht op privacy van de moeder dient volgens de Hoge Raad te wijken voor het persoonlijkheidsrecht van het kind om te weten van wie zij afstamt. Desalniettemin volgt wel uit het arrest dat het recht op privacy — als onderdeel van het algemene persoonlijkheidsrecht — algemene gelding heeft. Het feit dat het recht op privacy hier geformuleerd wordt als algemeen rechtsbeginsel heeft consequenties voor de mogelijkheid het recht te laten gelden tussen burgers onderling, zoals uit de navolgende paragraaf zal blijken.

2.7 Horizontale werking

Zoals hierboven reeds is uiteengezet, is het recht op privacy in Nederland primair als grondrecht geformuleerd. Nu zijn grondrechten in de eerste plaats bedoeld om de burger een bepaalde bescherming te bieden ten opzichte van de centrale overheid, niet ten opzichte van medeburgers. Het recht op privacy behoort in de Nederlandse systematiek tot de zogenaamde klassieke grondrechten (in tegenstelling tot de sociale grondrechten): het is een waarborgnorm die de burger een staatsvrije sfeer moet garanderen. Het is dus de vraag of dit grondrecht ook tussen burgers onderling kan werken. Dit is het vraagstuk van de horizontale werking van grondrechten.

Het regeringsstandpunt met betrekking tot de horizontale werking van het recht op privacy is bekend. Volgens de grondwetgever van 1983 heeft het recht op privacy zoals dat is geformuleerd in artikel 10 Gw horizontale werking. Dit mag gezien het bovenstaande gerust een opvallende zienswijze genoemd worden. Het is daarom jammer dat de regering ondanks herhaalde oproepen daartoe haar standpunt niet heeft verduidelijkt.¹²¹ Het is bijvoorbeeld onduidelijk op wat voor een wijze deze horizontale werking volgens de regering gestalte moet krijgen.

In de wordt doctrine doorgaans een onderscheid gemaakt tussen *directe* en *indirecte* horizontale werking van grondrechten. Bij directe horizontale werking past de rechter een grondrecht rechtstreeks toe en toetst daarbij aan de eventuele

121 L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 211.

uitzonderingen op het grondrecht. In het geval van indirecte doorwerking gebruikt de rechter een grondrecht als inspiratiebron bij de interpretatie van privaatrechtelijke begrippen.¹²²

Alkema constateert dat in de rechtspraak directe doorwerking nauwelijks wordt toegepast.¹²³ Volgens hem zou een dergelijke doorwerking ook in strijd zijn met de door de grondwetgever gevolgde systematiek. De keuze van de wetgever voor specifieke beperkingsgronden in plaats van algemene moet er zijns inziens toe leiden dat algemeen geformuleerde grondrechten andere rechten, waaronder andere grondrechten, niet kunnen beperkingen.

Aangezien de ‘rechten van anderen’ of vergelijkbare doelcriteria niet in de Grondwet als mogelijke beperkingsgrond worden genoemd, is de beperking van grondrechten door andere grondrechten in horizontale verhoudingen niet mogelijk volgens het systeem van de Grondwet.¹²⁴ Met de toepassing van de grondrechtbepalingen in horizontale verhoudingen dreigt enerzijds dat de beperkingsclausules worden opgerekt, anderzijds dat de grondrechten restrictief worden uitgelegd. Het gevaar is dan dat deze beperkte uitleg doorwerkt in de verticale verhouding tussen overheid en burger.¹²⁵

Ook Verhey meent dat er van directe doorwerking van grondrechten niet echt sprake is. Dat geldt niet alleen voor artikel 10 Gw, maar eveneens voor artikel 8 EVRM dat hetzelfde rechtsgoed beschermt. Ook dat artikel lijkt in de beperkingsclausule alleen ruimte te geven aan toepassing in de verticale verhouding tussen overheid en burgers. Anders dan bijvoorbeeld artikel 10 EVRM geeft artikel 8 lid 2 EVRM aan dat ‘inmenging van enig openbaar gezag’ slechts is toegestaan onder de in dat artikel genoemde voorwaarden. Daarmee wordt inmenging van burgers dus uitgesloten.

Verhey wijst directe horizontale werking van het recht op privacy dus af in zijn belangwekkende proefschrift over datzelfde onderwerp. Hij constateert echter dat er een toenemende tendens is grondrechten *indirect* te laten doorwerken. Zoals gezegd, laat de rechter zich in dat geval inspireren door grondrechten en de waarden die ze vertegenwoordigen. Zodoende kan het recht op privacy worden betrokken in een belangenafweging, zonder directe toetsing aan het grondrecht. Het is bijvoorbeeld mogelijk de maatschappelijke betamelijkheid van artikel 6:162 BW nader in te vullen met het recht op privacy. Hetzelfde geldt voor andere open normen in het Burgerlijk Wetboek, zoals het leerstuk misbruik van recht van artikel 3:13 BW.

122 L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 188.

123 E.A. Alkema, “De reikwijdte van fundamentele rechten - de nationale en internationale dimensies” in: *De reikwijdte van fundamentele rechten*, Handelingen NJV, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 5-129, p. 29.

124 E.A. Alkema, “De reikwijdte van fundamentele rechten - de nationale en internationale dimensies” in: *De reikwijdte van fundamentele rechten*, Handelingen NJV, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 5-129, p. 31.

125 L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 146.

Dat lijkt ook het geval te zijn in het Edamse bijstandsmoeder-arrest van de Hoge Raad. In zijn uitspraak heeft de Hoge Raad vastgesteld dat het in de betrokken rechtsbetrekking geldende recht mede wordt bepaald door artikel 8 EVRM.¹²⁶ In deze zaak had de Adjunct-directeur van de Gemeentelijke Sociale Dienst (GSD) zijn buurvrouw bespied. De aldus verkregen informatie speelde hij door naar de GSD, die vervolgens besloot de uitkering van de vrouw te beëindigen. Nadat deze beslissing bij de bestuursrechter was vernietigd, spande de vrouw een procedure op grond van onrechtmatige daad aan tegen de buurman. De Hoge Raad overweegt:

“Vooropgesteld moet worden dat (...) een recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer moet worden aanvaard, dat aansluit bij vergelijkbare ontwikkelingen in andere landen en dat naar zijn inhoud *mede* wordt bepaald door art. 8 EVRM, waarvan moet worden aangenomen, dat het ook werking heeft tussen burgers onderling (cursivering — CATH).”

Het is niet waarschijnlijk dat de Hoge Raad hier directe doorwerking van het recht op privacy heeft geaccepteerd. Verhey rubriceert de toepassing van het hoogste rechtscollege als een vorm van indirecte doorwerking, aangezien de Hoge Raad artikel 8 EVRM hanteert als medebepalende factor, niet als exclusief beoordelingskader.¹²⁷ Ook Burkens leidt uit het gebruik van het woordje ‘mede’ af dat er niet echt sprake is van directe horizontale werking.¹²⁸

De Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk sluit zich hierbij aan. In haar recente rapport schrijft zij dat van rechtstreekse toetsing door de rechter aan artikel 10 Gw in horizontale verhoudingen nimmer sprake is geweest. Wel constateert de Commissie dat de rechter het privacybelang mee laat wegen bij de invulling van privaatrechtelijke begrippen. Hetzelfde geldt volgens de Commissie voor artikel 8 EVRM. Dit artikel heeft evenmin aanleiding gegeven tot directe toepassing tussen burgers onderling.¹²⁹

Verhey geeft echter aan dat de algemene beperkingsclausule van artikel 8 lid 2 EVRM wel een beter aanknopingspunt voor indirecte horizontale werking biedt dan artikel 10 Gw.¹³⁰ Dat laatste artikel gaat weliswaar uit van een ruime beperkingsbevoegdheid (inclusief de mogelijkheid van delegatie), maar beperkingen moeten volgens de grondwetgever van 1983 wel specifiek zijn en herleidbaar tot het

126 HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 m.nt. EAA (*Edamse bijstandsmoeder*).

127 L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 425.

128 M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 192.

129 Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, “Rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk”, Den Haag 2000, p. 118.

130 L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 160.

grondwetsartikel.¹³¹ De voorwaarde van artikel 8 EVRM dat een beperking ‘bij de wet’ moet zijn voorzien, is in de private verhouding van burgers onderling beter toepasbaar dan het competentievoorschrift uit de Grondwet. Open geformuleerde wetgeving, zoals die binnen het Nederlandse privaatrecht veel voorkomt, of zelfs ongeschreven recht kunnen als beperkingsgrondslag dienen.

Gutwirth sluit zich hierbij aan. Hij ziet met name in de subsidiariteits-, proportionaliteits- en noodzakelijkheidscriteria van artikel 8 lid 2 EVRM een aantal handvaten waarmee de rechter kan toetsen of een inbreuk op het recht op privacy in verhouding staat tot het erdoor nagestreefde doel.¹³²

Hierboven hebben we echter gezien dat het recht op privacy als rechtsbeginsel algemene gelding heeft. Dat heeft consequenties voor de horizontale werking. Rechtsbeginselen werken immers niet primair tussen overheid en burgers, maar tegenover iedereen. Als algemeen rechtsbeginsel wordt de inhoud van het recht op privacy mede gevormd door de artikelen 8 EVRM en 10 Gw. Dat betekent nog niet dat in horizontale verhoudingen aan deze bepalingen wordt getoetst. Privacy als grondrecht geldt immers niet als rechtsbeginsel, maar het rechtsbeginsel werkt door in het grondrecht.¹³³ Dat privacy als rechtsbeginsel mogelijk directe horizontale werking heeft, kan worden afgeleid uit een tweetal arresten van de Hoge Raad.

In het Driessen/Van Gelder-arrest merkt de Hoge Raad onomwonden op dat het recht op eerbieding van de persoonlijke levenssfeer werking heeft tussen burgers onderling.¹³⁴ Hierbij valt op dat de Hoge Raad artikel 8 EVRM of artikel 10 Gw niet noemt. De Hoge Raad lijkt hier dus privacy als rechtsbeginsel te bedoelen. Dat is het recht dat directe horizontale werking heeft.

In het Van Gasteren-arrest lijkt de Hoge Raad privacy als algemeen directe werking toe te kennen.¹³⁵ In deze zaak stonden de vrijheid van meningsuiting van Het Parool en de persoonlijke levenssfeer van cineast Van Gasteren tegenover elkaar. Parool-journalist Bart Middelburg had Van Gasteren ervan beschuldigd in de Tweede Wereldoorlog een ‘ordinaire roofmoord’ op een joodse onderduiker te hebben gepleegd. De Hoge Raad oordeelde dat de berichtgeving zich niet kon verdragen met het recht op privacy van Van Gasteren.

“Daarbij verdient aantekening dat in dit geval niet enkel de goede naam van Van Gasteren in het geding is, maar tevens en zelfs in de eerste plaats diens — uit zijn algemene persoonlijkheidsrecht af te leiden —

131 L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 27 en 204.

132 S. Gutwirth, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Den Haag: Rathenau Instituut 1998, p. 50.

133 L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 302.

134 HR 16 oktober 1987, NJCM 13-7, p. 639 m.nt.Verhey (*Driessen/Van Gelder*).

135 HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422, m.nt. EJD (*Het Parool/Van Gasteren*).

recht om niet, meer dan 40 jaar nadat hij voor het ombrengen van Oettinger werd veroordeeld, zijn straf ter zake had ondergaan en voor het overige gratie had gekregen, in het openbaar wederom met deze (...) daad te worden geconfronteerd (...).”

Opvallend is dat de Hoge Raad de vrijheid van meningsuiting baseert op artikel 10 EVRM, maar het recht op privacy niet stoelt op 8 EVRM. Het recht van Van Gasteren om met rust gelaten te worden vloeit, net als in het Valkenhorst-arrest, voort uit zijn algemene persoonlijkheidsrecht. Het is dan ook privacy als rechtsbeginsel dat botst met 10 EVRM. In dit geval moet de vrijheid van meningsuiting wijken. Dat zal echter niet altijd het geval zijn. Indien het recht op privacy als rechtsbeginsel botst met de vrijheid van meningsuiting, zal in het gegeven geval door afweging van alle bijzonderheden moeten worden onderzocht welk van de fundamentele rechten het zwaarste weegt.¹³⁶

2.8 Reikwijdte tussen burgers onderling

In horizontale verhoudingen zien we dus twee situaties: het recht op privacy als grondrecht werkt indirect door; het recht als algemeen rechtsbeginsel werkt direct door. In dat laatste geval staat tegenover het recht of belang van de ene burger het recht op privacy van de ander. Dit recht zal mede ingekleurd worden door artikel 10 Gw en artikel 8 EVRM. Met name de in artikel 8 lid 2 EVRM geformuleerde criteria bieden een goede mogelijkheid om bij aan te knopen. Indien de grondrechten indirect doorwerken zullen zij door de rechter gebruikt worden om open begrippen uit het privaatrecht in te vullen. In het leerstuk der onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW kan bijvoorbeeld gedacht worden aan invulling van de maatschappelijke betamelijkheid.

Daarnaast is er nog een *derde* manier waarop het recht op privacy gelding kan vinden in de rechtsverhouding tussen burgers onderling, namelijk als subjectief recht. Inbreuk op een subjectief recht is, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW. Doorgaans worden vermogensrechten en persoonlijkheidsrechten tot de subjectieve rechten gerekend.

Tot de persoonlijkheidsrechten worden tal van vrijheidsrechten gerekend, zoals het recht op lichamelijke integriteit, op eer en goede naam, het recht op leven en het recht op privacy. Het recht op privacy als subjectief persoonlijkheidsrecht dient te worden onderscheiden van het recht op privacy als algemeen rechtsbeginsel. Een subjectief recht is in theorie sterker dan een rechtsbeginsel. Dat is ook de reden

¹³⁶ H.A. Groen, “De reikwijdte van fundamentele rechten in burgerlijke zaken” in: *De reikwijdte van fundamentele rechten*, Preadvies NJV, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 135-173, p. 158.

waarom niet iedereen het eens is met de typering van het recht op privacy als subjectief recht.

Gutwirth bestrijdt deze zienswijze bijvoorbeeld met kracht. Typisch voer voor civilisten die niet aan directe horizontale werking willen, zo betoogt hij. Een goedbedoelde, maar onjuiste classificatie van het recht op privacy. Hij wijst privacy als subjectief recht af, omdat een subjectief recht een duidelijk object moet hebben en privacy niet te definiëren is.¹³⁷

Om deze reden verzet ook Aubel zich fel tegen het rubriceren van het recht op privacy als subjectief recht. De pijn zit hem voor beiden in de consequentie die privacy als subjectief recht heeft voor de toepassing van het leerstuk van de onrechtmatige daad. Indien iedere inbreuk op een recht per definitie, zonder nadere belangenafweging, in een onrechtmatige daad resulteert, zou deze rubricering er dus toe leiden dat iedere inbreuk op het recht van privacy een onrechtmatige daad oplevert. Dat gaat Gutwirth en Aubel te ver.¹³⁸

Wat men onder een subjectief recht beschouwt is natuurlijk een kwestie van definiëren. De klassieke definitie van Meijers luidt: een bijzondere door het recht iemand toegekende bevoegdheid, die hem verleend wordt om zijn belang te dienen.¹³⁹ Meijers rekent zowel vermogensrechten als persoonlijkheidsrechten tot de subjectieve rechten.¹⁴⁰ Het recht op privacy wordt in literatuur en rechtspraak weer tot de persoonlijkheidsrechten gerekend.¹⁴¹ De lijn van Gutwirth en Aubel doortrekkend, zou dat dus betekenen dat een schending van persoonlijke levenssfeer *eo ipso* een onrechtmatige daad is. Er is dan geen sprake van de bij privacyvraagstukken zo belangrijke belangenafweging.

De soep wordt echter om een aantal redenen niet zo heet gegeten als hij wordt opgediend. Allereerst kan een belangenafweging plaatsvinden bij de inbreukvraag. Het antwoord op de vraag of er sprake is van een schending van de persoonlijke levenssfeer, zal mede afhankelijk zijn van de rechten en belangen van de beweerdelijke inbreukmaker.¹⁴²

In de tweede plaats is de *eo ipso*-leer, op grond waarvan een inbreuk op een subjectief recht per definitie onrechtmatig is, tamelijk op zijn retour. Ondanks het

137 S. Gutwirth, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Den Haag: Rathenau Instituut 1998.

138 S. Gutwirth, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Den Haag: Rathenau Instituut 1998, p. 51 en C.P. Aubel, *Persoon en pers*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 1968, p. 53.

139 E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire pers Leiden 1948, p. 86.

140 E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire pers Leiden 1948, p. 266.

141 H.A. Groen, "De reikwijdte van fundamentele rechten in burgerlijke zaken" in: *De reikwijdte van fundamentele rechten*, Preadvies NJV, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 135-173 p. 145.

142 H.A. Groen, "De reikwijdte van fundamentele rechten in burgerlijke zaken" in: *De reikwijdte van fundamentele rechten*, Preadvies NJV, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 135-173, p. 146.

feit dat de wetgever duidelijk heeft aangegeven de *eo ipso*-leer te huldigen, wordt hij door steeds meer schrijvers afgewezen.¹⁴³

Schut spreekt van een ‘verkeerd gekozen uitgangspunt dat tot verkeerde resultaten moet leiden’.¹⁴⁴ De *eo ipso*-leer kijkt enkel naar de rechtspositie van de getroffen(e), niet naar die van de inbreukmaker. Onrechtmatigheid is echter een relatief begrip, dat iets zegt over een verhouding. Er kan dus niet enkel naar één kant van die verhouding gekeken worden, aldus Schut. Hierin klinkt de in de jaren veertig door Smits verkondigde leer door. Naast de vraag of er een inbreuk op een anders recht heeft plaatsgevonden, dient men volgens de leer-Smits ook te onderzoeken of de handeling in kwestie in strijd was met de normen van de maatschappelijke zorgvuldigheid.¹⁴⁵

Verhey concludeert dan ook terecht dat de notie van subjectieve rechten in het privaatrecht aan betekenis heeft ingeboet. Het gaat in de oordeelsvorming van de rechter tegenwoordig veel meer om een afweging van belangen dan om een het toepassen van een subjectief recht. Het recht op privacy mag dan wel als een persoonlijkheidsrecht beschouwd worden, maar dat betekent niet dat er per definitie sprake zal zijn van een onrechtmatige daad bij schending van het recht op privacy. Deze vraag zal beantwoord moeten worden aan de hand van een aan de maatschappelijke zorgvuldigheid gerelateerde belangenafweging.¹⁴⁶

Bovendien — de derde relativering — biedt de vraag of de beweerdelijke inbreukmaker zich kan beroepen op een rechtvaardigingsgrond ook nog plaats voor het meenemen van diens belangen. Een rechtvaardigingsgrond ontnemt immers het onrechtmatige karakter van de schending van het recht.¹⁴⁷

Ook als subjectief recht zal het recht op privacy dus afhankelijk blijven van een belangenafweging. Die belangenafweging kan op drie verschillende niveau’s plaatsvinden: bij de inbreukvraag, bij de toetsing aan de maatschappelijke zorgvuldigheid conform de leer Smits en ten slotte bij de vraag of er sprake is van een rechtvaardigingsgrond. Indien de beweerdelijke inbreukmaker zich kan beroepen op een wettelijke grondslag zal de rechter bij de belangenafweging te rade kunnen gaan of in casu voldaan is aan de criteria van artikel 8 lid 2 EVRM. De inbreuk op de privacy moet in dat geval noodzakelijk zijn in een democratische samenleving ter bescherming van de rechten en vrijheden van de beweerdelijke inbreukmaker.

In horizontale verhoudingen zal sneller worden aangenomen dat de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving. Particulieren mogen immers tot

143 C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, Deventer: Kluwer 1996, p. 28.

144 G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 53.

145 J.M. van Dunné, *Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen*, Deventer: Kluwer 1997, p. 189.

146 L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 84.

147 C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, Deventer: Kluwer 1996, p. 34.

op zekere hoogte opkomen voor hun eigen belangen, zonder daarbij rekening te houden met maatschappelijke noden. Wel zal het noodzakelijkheids criterium als evenredigheidstoets kunnen gelden in horizontale verhoudingen.¹⁴⁸ Hoe zo'n toets er in de praktijk kan uitzien, blijkt uit een arrest van het Hof Amsterdam.

In de Anne Frank-zaak moest het Hof Amsterdam beslissen of de publicatie in Het Parool van een aantal niet eerder openbaar gemaakte dagboekvelletjes van Anne Frank strijdig was met het daarop rustende auteursrecht van het Anne Frank Fonds.¹⁴⁹ Ondanks zijn bevestigende oordeel houdt het Hof rekening met de vrijheid van meningsuiting conform artikel 10 lid 2 EVRM van Het Parool. Daarin treft men dezelfde criteria aan als in artikel 8 lid 2 EVRM. Het Hof acht een aantal factoren van belang bij deze belangenafweging.

Allereerst het *karakter* van het werk. Het betrof in casu een niet eerder openbaar gemaakt werk. In de tweede plaats dat de openbaarmaking van een dergelijk werk behoort tot de *normale exploitatie* bevoegdheden van de auteur. In de derde plaats het morele recht van het Anne Frank Fonds zelf te mogen bepalen wanneer hij het werk voor het eerst openbaar zou maken (het zogenaamde *droit de divulgation*). En ten slotte het *doel* van de openbaarmaking zijdens Het Parool. De openbaarmaking van de dagboek aantekeningen vertegenwoordigde op dat moment grote nieuws waarde. Daarnaast meende het Hof dat er een commercieel doel in het spel was, namelijk de promotie van een biografie over Anne Frank.

Hierbij valt op dat het Gerechtshof niet in abstracto nagaat of het auteursrecht noodzakelijk is, maar de uitoefening van het recht in concreto toetst. Dat is ook terecht. Het behoort niet tot de taak van het Hof het bestaan van het internationaal erkende auteursrecht in twijfel te trekken. Met de factoren die het Hof hierbij hanteert dient ook ingestemd te worden. Hierin lijkt de van regeringszijde voorgestelde 'auteursrechtelijke hardheidsclausule' door te klinken.¹⁵⁰ In een brief aan de Tweede Kamer d.d. 10 mei 1999 heeft de regering voorgesteld de beperkingen op het auteursrecht uit te breiden met een open norm, waaraan de rechter in een concreet geval kan toetsen of het gebruik toegestaan is gelet op het doel van het gebruik, het karakter van het beschermde werk en de mate waarin dat gebruik de potentiële markt kan beïnvloeden.¹⁵¹

2.9 Privacy in een digitale omgeving

Hierboven is de invloed van de techniek op de inhoud en omvang van het recht op privacy beschreven. Geconstateerd werd dat naarmate technologische middelen het

148 L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 165.

149 Hof Amsterdam 8 juli 1999, *Informatierecht/AMI* 1999-7, p. 116 m.nt. Hugenholtz.

150 *Kamerstukken II* 1999/00, nr. 1, p. 7.

151 C.A. Alberdingk Thijm, "Brief naar het front: nieuws en fair use", *Informatierecht/AMI* 1999/9, p. 143-147.

vereenvoudigen om een inbreuk op het recht op privacy te maken de roep op privacy bescherming toeneemt.

De overheid houdt deze ontwikkeling naar eigen zeggen nauwgezet in de gaten en sluit niet uit de wettelijke bescherming van de privacy evenredig met de technologische ontwikkelingen wordt uitgebreid.¹⁵² Desondanks ziet zij thans geen aanleiding de bescherming van de privacy in een digitale omgeving met meer waarborgen te omkleden dan de analoge privacy. Het adagium wat off-line geldt, dient ook on-line te gelden, blijft dus onverkort van toepassing.

Het credo ‘wat off-line geldt, moet ook on-line gelden’ is verleidelijk door zijn eenvoud. Er wordt mee uitgedrukt dat het internet geen vrijhaven mag zijn voor allerlei handelingen die in de analoge wereld niet zijn toegestaan. In zoverre heeft het zijn waarde. Wanneer het adagium echter wordt gehanteerd om de situatie in cyberspace gelijk te schakelen aan de situatie in de niet-digitale wereld, streeft het zijn doel voorbij.

De techniek maakt inbreuken op de privacy in een digitale omgeving veel eenvoudiger dan off-line. Terecht spreken Schreuders en Blok van een omslag in het omgaan met identiteit en persoonsgegevens.¹⁵³ On-line is dus niet hetzelfde als off-line.¹⁵⁴ In een digitale omgeving is het veel eenvoudiger gedrag te observeren, te controleren en te registreren. E-mailberichten kunnen worden geopend en gelezen, het surfgedrag kan worden gevolgd, aankopen op internet kunnen eenvoudig worden geregistreerd.¹⁵⁵ Dit alles zonder dat de betrokkene er weet van heeft.

Het gevaar waaraan de persoonlijke levenssfeer wordt blootgesteld door deze technologieën is evident. Op termijn is het dan ook onvermijdelijk dat bescherming wordt geboden tegen deze dreigende inbreuken op de privacy. Dat kan uiteraard door middel van de techniek, maar deze techniek zal nooit een volledige garantie leveren. Aangezien de potentiële privacyschenders daarbij veelal een op grond van de WBP gerechtvaardigd bedrijfsbelang zullen hebben, dient naast de ontwikkeling van technologische beschermingsmiddelen tevens specifieke wetgeving geïntroduceerd te worden die in juridische bescherming voorziet.

Vreemd genoeg, lijkt de tijd voor dat laatste nog niet te zijn angebroken. Bij de wetgever is een tendens waarneembaar om zich te verzetten tegen het invoeren van specifieke wetgeving. Zelfregulering wordt veelal als oplossing aangedragen, maar daarvoor lijkt privacybescherming minder geschikt.

152 *Kamerstukken II 1998/99*, 25 880, nr. 3, p. 10; en Kabinet, “Kabinetsstandpunt op het advies van de Commissie ‘Grondrechten in het digitale tijdperk’”, Den Haag 2000, p. 31.

153 E. Schreuders en P. Blok, “Privacyregels en de Wbp op het internet,” in: J.E.J. Prins en J.M.A. Berkevens, *Privacyregulering in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer, 2000, p. 401-423, p. 405.

154 L.F. Asscher, “Niemand als consument. Naar een evenwichtig grondrecht op anonimiteit,” in: J.E.J. Prins, *De e-Consument. Consumentenbescherming in de nieuwe economie*, Den Haag: Elsevier Juridisch, 2000, p. 7-20, p. 9.

155 S. Nouwt, *Privacyregels voor Internetberichten*, Deventer: Kluwer 1999, p. 4-5.

Het beschermen van de persoonlijke levenssfeer is een paternalistische bezigheid. Juist op het terrein van de privacy wordt de burger in bescherming genomen tegen zichzelf. Het opgeven van de privacy is eenvoudig, maar de gevolgen daarvan zijn niet altijd op voorhand te voorspellen. Wat dat betreft, is zelfregulering een minder geschikt middel.

Gevaarlijker is het indien de overheid uit handelingen van burgers afleidt dat deze minder behoefte hebben aan privacybescherming. Dat burgers massaal gebruik maken van het internet, betekent niet dat zij daarmee hun privacy willen opgeven. Dat lijkt niettemin wel het uitgangspunt dat de Commissie Franken in haar onlangs verschenen rapport inneemt.

“[H]et [lijkt] dat veel mensen minder belang hechten aan de bescherming van hun privacy dan tot nog toe werd aangenomen.”¹⁵⁶

Dit is een gevaarlijke stellingname. Vooral indien het bewijs hiervoor wordt geleverd door het gebruik van loyaltysystemen waarmee het koopgedrag van consumenten wordt geregistreerd en geanalyseerd, zoals de AH-bonuskaart. Evenmin zijn gratis internetabonnementen in ruil voor registratie van het surfgedrag een bewijs voor verminderde interesse in de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, zoals de Commissie Franken lijkt te suggereren. De consument heeft simpelweg geen idee hoe vergaand hij zijn privacy prijsgeeft.

Bovendien tonen verschillende onderzoeken aan dat consumenten zich weldegelijk zorgen maken over hun privacy, met name in een digitale omgeving. Het Amerikaanse onderzoeksbureau Forrester stelt dat slechts 6 % van de internetgebruikers het gevoel heeft dat hun privacy is gewaarborgd in een on-line omgeving. Volgens Forrester zullen internetgebruikers steeds meer waarde gaan hechten aan hun privacybescherming.

"Anyone who thinks the privacy issue has peaked is greatly mistaken. We are in the early stages of a sweeping change in attitudes that will fuel years of political battles and put once-routine business practices under the microscope."¹⁵⁷

156 Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, "Rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk", Den Haag 2000, p. 33.

157 Forrester "Companies Must Adopt a Whole-View Approach to Privacy, According to Forrester Research" d.d. 5 maart 2001, <<http://www.forrester.com/ER/Press/Release/0,1769,514,00.html>>.

2.10 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn verschillende facetten van het recht op privacy beschreven. Hieruit blijkt dat het recht op privacy een ingewikkeld rechtsgebied is. Er bestaat weinig overeenstemming over de definiëring van het rechtsgoed dat de persoonlijke levenssfeer dient te beschermen. Wel is er zekere consensus over de achterliggende waarden van het recht op privacy. Het is eerst en vooral een vrijheidsrecht. Het recht op privacy garandeert een zekere privé-sfeer waarbinnen men zich kan terugtrekken. Aldus wordt de mogelijkheid gecreëerd voor een mens zich te ontwikkelen en te ontplooiën.

Naast vrijheid kunnen respect en menselijke waardigheid worden genoemd als grondslagen van het recht. In deze optiek is het een mens onwaardig om zijn privé-sfeer te schenden. Ten slotte dient het recht op privacy beeldvorming te voorkomen. Het gaat hier om het recht om 'onbepaaldheid' te zijn, dat met name een rol speelt bij de informationele privacy.

De laatste jaren ligt de nadruk op die laatste achterliggende waarde. In internationale, Europese en nationale wetgeving zijn diverse regels geïmplementeerd die het verzamelen en verwerken van persoonsgegevens aan banden leggen. Dat zijn ook relatief eenvoudige regels om te maken. Opgepast moet echter worden dat daarmee de andere achterliggende waarden van het recht op privacy niet uit het oog worden verloren. Privacy is meer dan een persoonsgegeven.

Het gaat dan echter om abstracte begrippen als 'vrijheid' en 'menselijke waardigheid', die in iedere situatie weer een andere lading hebben. Er ligt een belangrijke taak voor de rechter om invulling te geven aan deze begrippen. Voorzover hij inderdaad oordeelt dat de privacy wordt geschonden, zal hij moeten beschouwen of de schending in het gegeven geval noodzakelijk is in een democratische samenleving ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Eén van deze rechten is het auteursrecht. Het recht op privacy kan op verschillende manieren botsen met het auteursrecht. We hebben gezien dat er tenminste drie manieren zijn waarop het recht op privacy in horizontale verhoudingen kan doorwerken. In de eerste plaats werkt kan het recht op privacy als grondrecht *indirecte* werking hebben. Hierbij gebruikt de rechter het grondrecht als inspiratiebron en leidraad bij de inkleuring van open geformuleerde privaatrechtelijke begrippen. In de tweede plaats kan het recht op privacy als algemeen rechtsbeginsel *direct* doorwerken. In dat geval staat tegenover het recht of het belang van de ene burger het recht op privacy van de ander. Ten slotte kan het recht op privacy ook beschouwd worden als subjectief recht, waardoor het een rol speelt binnen het leerstuk van de onrechtmatige daad..

In al deze gevallen is het recht op privacy niet absoluut, maar afhankelijk van verschillende factoren en de omstandigheden van het geval. Dat is in mindere mate

het geval wanneer het auteursrecht botst met privacy die gecodificeerd is in specifieke wetgeving. Daarom is er voor gekozen in het laatste hoofdstuk enkel te kijken naar de wisselwerking tussen het auteursrecht en specifieke privacywetgeving. Duidelijk is dat daarmee de analyse nog niet compleet is.

3. *Privacy vs. auteursrecht*

3.1 Inleiding

In het eerste hoofdstuk hebben we beschreven hoe het auteursrecht zich aan het ontwikkelen is tot een controlerecht. Mede ten gevolge van Europese en internationale initiatieven tot harmonisatie van het auteursrecht verkrijgen rechthebbenden steeds verdergaande bevoegdheden om controle over hun werk uit te oefenen. De inhoud en omvang van de exploitatierechten zijn uitgebreid, de wettelijke beperkingen zijn verder beperkt en rechthebbenden hebben betere mogelijkheden verkregen om hun recht te handhaven. ‘Copyright today is less about incentives or compensation than it is about control.’ concludeert Litman dan ook terecht.¹⁵⁸

Na invoering van het huidige richtlijnvoorstel Auteursrecht wordt deze controle nog sterker dankzij de introductie van technologische en verbintenisrechtelijke controlemechanismen. Het voorstel introduceert een juridisch beschermingsregime voor technologische voorzieningen (artikel 6 van het voorstel), dat volgens critici het auteursrechtelijk evenwicht ernstig zal verstoren.¹⁵⁹ Bovendien wordt gesuggereerd dat partijen bij overeenkomst kunnen afwijken van de wettelijke regeling van het auteursrecht, hetgeen er toe kan leiden dat wettelijke beperkingen bij overeenkomst worden uitgesloten (overweging 29bis van het voorstel).¹⁶⁰

Door dit alles dreigt het auteursrechtelijk evenwicht te verworden tot een relikwie uit het papieren tijdperk. De traditioneel binnen het auteursrecht verdisconteerde belangen van het publiek zullen steeds meer worden veronachtzaamd.

Een direct gevolg zal zijn dat het auteursrecht eerder zal botsen met de rechten en belangen van anderen, die hun regeling vinden buiten het auteursrecht. Het recht op privacy behoort daartoe. In het vorige hoofdstuk hebben wij privacy mede omschreven als de mogelijkheid van een individu de controle van anderen op de eigen ontplooiing te beperken. Nu auteursrechthebbenden steeds meer controle over hun werk krijgen, zal dit vaker botsen met het recht op privacy. In het tweede hoofdstuk is aangetoond dat het recht op privacy verschillende verschijningsvormen

158 J. Litman, *Digital Copyright*, New York: Prometheus Books 2001

159 K.J. Koelman, “Bescherming van technische voorzieningen”, *AMI* 2001/1, p. 16-27

160 L.M.C.R. Guibalt, “Contracts and Copyright Exemptions,” in: P.B. Hugenholtz, *Copyright and Electronic Commerce. Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 125-163

kent. Het is een algemeen rechtsbeginsel, een grondrecht, gecodificeerd in specifieke wetgeving en een privaatrechtelijk persoonlijkheidsrecht. Door deze wijdverbreide vertakking van het recht op privacy is de kans dat botsing op enig niveau plaatsvindt groot.

Deze botsing staat centraal in dit hoofdstuk. Bekeken zal worden in hoeverre het auteursrecht rekening houdt met deze botsing. Met andere woorden, of er binnen het systeem van het auteursrecht reeds een afweging is gemaakt tussen enerzijds het auteursrecht en anderzijds het recht op privacy. Het gaat dan om wat wij hier *interne* privacycorrectie zullen noemen, aangezien in dat geval de inhoud en de reikwijdte van het auteursrecht binnen het systeem van het auteursrecht zelf worden beperkt.

Indien kan worden aangetoond dat het recht op privacy ten grondslag ligt aan de beperking van de inhoud van het recht of aan specifieke beperkingen op het auteursrecht, geeft dat mede aan wat het gevolg zal zijn van het verwaarlozen van deze grondslag. Uitbreidingen van het auteursrecht die het recht buiten zijn natuurlijke oevers brengen en in het drassige weiland van het recht op privacy doen belanden, zullen tot spanningen leiden. Niet alleen zal het auteursrecht en de uitoefening daarvan botsen met de rechten van anderen, maar het recht zal bovendien strijdig zijn met zijn eigen rechtsgrond.

In het geval van *externe* privacycorrectie wordt de handhaving en controle door auteursrechthebbenden van buitenaf gecorrigeerd door het recht op privacy. De handhaving en controle maakt dan inbreuk op het recht op privacy van de gebruikers van auteursrechtelijk beschermde werken.

Een aantal facetten van deze controle zal worden behandeld: controle aan huis en computer, controle door identificatie en observatie, en controle door persoonsgegevens te verzamelen en te verwerken. Hierbij wordt enkel specifieke privacywetgeving behandeld, aangezien in die gevallen reeds een keuze is gemaakt door de wetgever. Indien handhaving en controle door de auteursrechthebbende botst met specifieke privacyregels dient deze achterwege te blijven. Hoe botsing met meer algemene privacynormen dient te worden opgelost, hangt af van verschillende factoren, zoals in hoofdstuk 2 is aangetoond.

3.2 Interne privacycorrectie

3.2.1 Inleiding

Het auteursrecht wordt op verschillende niveaus beperkt. Het meest in het oog springende niveau is de beperkte *duur* van het auteursrecht. Een auteursrechtelijk beschermd werk verlaat op grond van de Nederlandse Auteurswet 1912 (artikel 37) zeventig jaar na de dood van de auteur het private domein en wordt onderdeel van

het publieke domein. De oorspronkelijke rechthebbende kan dan niet langer verhinderen dat anderen zijn werk verveelvoudigen en openbaar maken. Daarnaast kent iedere auteurswet een groot aantal specifieke wettelijke beperkingen op het auteursrecht, die uiteenlopende belangen dienen. Bijvoorbeeld het citaatrecht.

Op het niveau van de *omvang* en *inhoud* wordt het auteursrecht ook beperkt. De omvang van het recht geeft aan welke objecten op grond van welke criteria voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Dit is bijvoorbeeld afhankelijk van de vereiste oorspronkelijkheid of de mate waarin bescherming wordt verleend aan ideeën. De *inhoud* van het recht omvat alle handelingen waardoor een werk waarneembaar kan worden gemaakt en die tot de exclusieve rechten van de rechthebbende behoren.¹⁶¹

In deze interne beperkingen op het auteursrecht komt het in het eerste hoofdstuk beschreven auteursrechtelijke evenwicht tot uiting. Dankzij de beperkingen kan het auteursrecht niet alleen rekening houden met het belang van de auteur om beloond te worden voor zijn creatieve arbeid, maar ook met de belangen van het publiek.

Deze belangen zijn deels principieel van aard. Een belangrijke principiële beperking van het auteursrecht is de vrijheid van meningsuiting of informatievrijheid. De uitsluiting van informatie van het auteursrechtelijke object, wat de Amerikanen ook wel de *idea/expression dichotomy* noemen, is bijvoorbeeld onmiskenbaar op de informatievrijheid gebaseerd. De inhoud van een auteursrechtelijk beschermd werk onttrekt zich aan de bescherming; slechts de zintuiglijk waarneembare vorm is beschermd. Hierdoor blijven de in het werk vervatte ideeën, feiten en principes vrij toegankelijk.

De informatievrijheid ligt ook ten grondslag aan enkele belangrijke wettelijke beperkingen. Een beperking die bijna iedere auteurswet kent is bijvoorbeeld het recht om te citeren.¹⁶²

In deze paragraaf zal worden onderzocht of aan de interne beperkingen op het auteursrecht privacyoverwegingen ten grondslag liggen. Op het eerste gezicht komen duur en omvang van het auteursrecht daar niet voor in aanmerking. Deze beperkingen lijken eerder (deels) gebaseerd op de informatievrijheid. Bestudering van de inhoud van het auteursrecht en de specifieke wettelijke beperking van artikel 16b Aw, de beperking voor eigen oefening, studie of gebruik, is wat dat betreft interessanter.

Wat de inhoud van het auteursrecht betreft, zal allereerst de vraag onderzocht moeten worden of er überhaupt principiële overwegingen aan de interne beperking ten grondslag liggen. Indien dat immers niet het geval is, kan het recht op privacy

161 J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 141.

162 L.M.C.R. Guibalt, "Contracts and Copyright Exemptions," in: P.B. Hugenholtz, *Copyright and Electronic Commerce. Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 125-163, p. 130.

niet de grondslag vormen van de beperking. Om de eventuele principiële beperkingen van de inhoud van het auteursrecht te onderzoeken, zal eerst een antwoord moeten worden verkregen op de vraag wanneer er sprake is van een auteursrechtelijk relevante exploitatiehandeling.

3.2.2 *Wat is een exploitatiehandeling?*

Om de inhoud van de exploitatierechten te bepalen, dient eerst onderzocht te worden wat een exploitatiehandeling is. Er kunnen talloze handelingen met een werk worden verricht (lezen van een boek, het kopiëren van een computerprogramma, het uitvoeren van een muziekstuk), maar niet iedere handeling valt onder de exploitatierechten, het verveelvoudigingsrecht en het openbaarmakingsrecht. Vraag is dus wanneer er sprake is van een auteursrechtelijk relevante exploitatiehandeling.

De Auteurswet 1912 blijft het antwoord hierop verschuldigd. In tegenstelling tot veel buitenlandse wetgevers, heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen geen uitputtende opsomming te geven van handelingen die worden aangemerkt als exploitatiehandelingen. In de Nederlandse wet worden in respectievelijk artikel 12 en artikel 13 slechts aangegeven wat ‘mede’ onder een openbaarmaking en een verveelvoudiging wordt verstaan. Hierdoor bezit de wet het voordeel van flexibiliteit, waardoor nieuwe exploitatiewijzen onder de exclusieve rechten van de auteur kunnen worden gebracht. Het nadeel is echter dat de rechter en wetgever geen criteria worden gegeven waarmee zij kunnen toetsen of een exploitatiehandeling auteursrechtelijk van belang is.

Duidelijk is dat ‘exploitatiehandeling’ een *dynamisch* begrip is. In de loop der jaren is een aanzienlijk aantal handelingen aan het scala van exploitatiehandelingen toegevoegd. Het verhuren en het (openbaar) uitlenen van exemplaren worden bijvoorbeeld pas sinds 29 december 1995 door de Auteurswet 1912 aangemerkt als vormen van openbaar maken. In de aan deze wetswijziging ten grondslag liggende EG-Richtlijn¹⁶³ worden verhuren en uitlenen als ‘new forms of exploitation’ beschouwd (overweging 6). Het gaat hier dus om een wijze van exploiteren die voorheen niet bestond, althans niet als auteursrechtelijk relevant werd beschouwd.

In een digitale omgeving zijn eveneens ‘new forms of exploitation’ ontstaan. Dankzij technologische ontwikkelingen is de rechthebbende in staat de toegang tot zijn werk te reguleren. Met behulp van een digitaal, beveiligd hek rond zijn werk bepaalt de rechthebbende wie het werk mag gebruiken en wie niet. Het maakt de exploitatie per gebruikshandeling mogelijk (pay per use of pay per view). Ginsburg

¹⁶³ 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. Publikatieblad nr L 346 van 27/11/1992 p. 0061 - 0066.

heeft onlangs betoogd dat het verschaffen van toegang ook een exploitatiehandeling is en derhalve onder het exclusieve recht van de auteur dient te vallen.¹⁶⁴

“Even if an ‘access’ right does not precisely correspond to either of the traditional copyright rights of reproduction or public performance, it does respond to what is becoming the dominant way in which works are in fact exploited in the digital online environment.”¹⁶⁵

Daarmee geeft Ginsburg al een eerste beperking van auteursrechtelijk relevante exploitatiehandelingen: ze zijn bij de wet beperkt tot bepaalde handelingen. Op grond van de Nederlandse wet zijn dat verveelvoudigen en openbaar maken. Met andere woorden, een handeling kan weliswaar schadelijk voor de exploitatie van een werk kan zijn, maar indien hij niet gepaard gaat met een verveelvoudiging of openbaarmaking, resulteert het niet in een relevante exploitatie op grond van de Auteurswet 1912.

Bevatten deze begrippen verder nog een bepaalde *norm*? Is iedere feitelijke of technische verveelvoudiging of openbaarmaking tevens een juridisch relevante openbaarmaking? Of is dat enkel het geval indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan?

Hugenholtz meent dat de exploitatierechten van de auteur inderdaad normatieve begrippen zijn.¹⁶⁶ Hij wijst erop dat het instrumentele karakter van het auteursrecht geen andere conclusie rechtvaardigt. Wanneer je ervan uit gaat dat het auteursrecht en — daarmee de exploitatierechten — een bepaald doel dient, dan zal je de reikwijdte van dit recht ook moeten bepalen overeenkomstig dat doel.

De Commissie Auteursrecht heeft deze redenering ten aanzien van het verveelvoudigingsrecht overgenomen in haar belangwekkende rapport.¹⁶⁷ Aangenomen mag worden dat de Commissie Hugenholtz’ opvatting ook deelt met betrekking tot het openbaarmakingsrecht. Daarmee bestaat er binnen de Nederlandse auteursrechtdoctrine redelijke overeenstemming over de interpretatie van de exploitatierechten van de auteur.

Voorzover bekend, heeft in Nederland alleen Seignette gepleit voor een technologische benadering van het verveelvoudigingsrecht. Onder verwijzing naar

164 J. Ginsburg, “From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law”, *Social Science Research Network Paper Collection* 2000, <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=222493>

165 J. Ginsburg, “From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law”, *Social Science Research Network Paper Collection* 2000, <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=222493>, p. 8.

166 P.B. Hugenholtz, “Adapting Copyright to the Information Superhighway,” in: P.B. Hugenholtz, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Den Haag: Kluwer Law International, 1996, p. 81-102, p. 87.

167 Commissie Auteursrecht, “Advies over auteursrecht, naburige rechten en nieuwe media”, Den Haag 1998, p. 11.

het proefschrift van Spoor betoogt zij dat het begrip ‘verveelvoudigen’ geen inherente beperking kent, aangezien het doel van de verveelvoudiging irrelevant is.¹⁶⁸ Naar onze mening gaat zij hierbij echter uit van een verkeerde lezing van Spoor's dissertatie. Hij behandelt de vraag of het voor de inhoud van het verveelvoudigingsrecht van belang is of een reproductie voor een commercieel doel vervaardigd wordt.¹⁶⁹ Dat doel acht hij niet relevant. Het verveelvoudigingsrecht is echter ook bij Spoor een normatief begrip:

“M.i. is niet de toegepaste techniek beslissend voor de vraag of de vastlegging voldoende duurzaam is om als reproductie te gelden, maar gaat het om de vraag of de vastlegging geschikt is om het werk opnieuw waarneembaar te maken.”¹⁷⁰

Als de exploitatierechten normatieve begrippen zijn, wat is dan de norm? Met andere woorden, wanneer is er sprake van een rechtens relevante verveelvoudiging of openbaarmaking? Hiervoor kan in de eerste plaats steun worden gezocht bij de ratio van het auteursrecht.

Zoals in hoofdstuk 1 is betoogd, houdt het auteursrecht niet alleen rekening met de belangen van de auteur, maar ook met de rechten en belangen van het publiek. De belangen van de auteur komen uiteraard tot uiting in de reikwijdte van de exploitatierechten. Deze zullen er toe moeten strekken de auteur te belonen. Vraag is alleen tot hoever deze beloning moet gaan.

Deze vraag is mogelijk te beantwoorden door aan te sluiten bij normen uit het internationale auteursrecht.¹⁷¹ De reikwijdte van de exploitatierechten wordt nader aangegeven in de zogenaamde drietrapsraket of driestappentoets van artikel 9 lid 2 van de Berner Conventie (BC), die in ietwat gewijzigde bewoordingen is overgenomen in artikel 13 van het TRIPs verdrag en artikel 10 van het WIPO Auteursrechtverdrag. Ook het richtlijnvoorstel Auteursrecht bevat een variant op de drietrapsraket.

Op grond van de drietrapsraket is het de landen die bij deze internationale verdragen zijn aangesloten toegestaan beperkingen op de exclusieve rechten van de auteur te formuleren, mits voldaan is aan een drietal voorwaarden. Eén daarvan is dat de beperking geen afbreuk doet aan een ‘normale exploitatie’ van het werk. Het

168 J.M.B. Seignette, “Openbaarmaking en verveelvoudiging op het Internet: back to basics”, *Informatierecht/AMI* 1999/5, p. 69-73, p. 70.

169 J.H. Spoor, *Scripta manent. De reproductie in het auteursrecht*, diss. Amsterdam (VU), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 28.

170 J.H. Spoor, *Scripta manent. De reproductie in het auteursrecht*, diss. Amsterdam (VU), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 51.

171 Zo ook Hugenholtz: Handelingen, “Verslag van de op 12 juni 1998 te Rotterdam gehouden algemene vergadering over: Recht en Internet” in: *Recht en Internet*, Preadvises NJV, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 63-83, p. 80.

bijvoeglijke naamwoord ‘normale’ wijst er al op dat de rechthebbende niet voor iedere wijze van exploiteren een vergoeding mag verwachten¹⁷², maar enkel voor de gebruikelijke exploitatie.

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 9 lid 2 BC blijkt dat het hier gaat om de exploitatie waarvoor de rechthebbende onder normale omstandigheden een vergoeding verwacht te ontvangen. Met andere woorden, in die gevallen waarin de rechthebbende normaal gesproken het werk zelf zou exploiteren.¹⁷³ Ricketson meent dat de *aard* van het werk en het *doel* waarvoor het gebruikt wordt, bij deze afweging betrokken moet worden.¹⁷⁴

In een recente beslissing van een arbitragecommissie van de World Trade Organization (WTO) is de betekenis van deze voorwaarde diepgaand onderzocht.¹⁷⁵ Aanleiding tot de procedure is een Amerikaanse beperking op het openbaarmakingsrecht met betrekking tot muziekwerken. Volgens de Europese Commissie is deze in strijd met de drietrapsraket.

De arbitragecommissie meent dat gekeken dient te worden naar de gevolgen die het gebruik c.q. de beperking op de potentiële markt van het werk heeft. Indien het gebruik op grond van de beperking tot gevolg heeft dat het concurreert met de wijze waarop rechthebbenden normaal gesproken een vergoeding voor het gebruik van hun auteursrechtelijk beschermde werk bedingen, zal de beperking niet zijn toegestaan. Gebruik waarvoor de rechthebbende dus normaliter geen inkomsten verwacht, is geen ‘normale exploitatie’.¹⁷⁶ Het gaat hierbij niet alleen om het feitelijke gebruik, maar ook om het potentiële gebruik in de nabije toekomst.

Aldus is de reikwijdte van de exploitatierechten gedefinieerd wat de belangen van de auteur betreft. Dat is slechts één kant van de auteursrechtelijke medaille. De andere kant, de rechten en belangen van het publiek, komt hier niet in tot uiting. Het auteursrechtelijk evenwicht is echter onvolledig als niet ook met de rechten en belangen van het publiek rekening wordt gehouden.

Op een aantal plaatsen treden de exploitatierechten van de auteur traditiegetrouw terug voor bepaalde rechten en belangen van het publiek. Een goed voorbeeld daarvan is het beginsel van uitputting. Op grond hiervan is het openbaarmakingsrecht ten aanzien van de verdere verspreiding van reeds rechtmatig

172 T. Heide, “The Berne Three-Step Test and the Proposed Copyright Directive”, *EIPR* 1999/3, p. 105-109, p. 106.

173 WIPO, “Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm,” presented at Intellectual Property Conference, Stockholm 1967, p. 857.

174 S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1886*, Deventer: Kluwer 1987, p. 483.

175 Report of the Panel of 5 May 2000, WT-DS160-R, 15 June 2000, zie hierover uitgebreid P.B. Hugenholtz, “De wettelijke beperkingen beperkt. De WTO geeft de driestappentoets tanden”, *Informatierecht/AMI* 2000/10, p. 197-203

176 P.B. Hugenholtz, “De wettelijke beperkingen beperkt. De WTO geeft de driestappentoets tanden”, *Informatierecht/AMI* 2000/10, p. 197-203, p. 201.

in het verkeer gebrachte exemplaren uitgeput. Dit beginsel kan worden gebaseerd op de vrijheid van handel of het eigendomsrecht.¹⁷⁷

Hieronder zullen we een tweetal andere inherente beperkingen op de exploitatierechten behandelen, die mogelijk gebaseerd zijn op het recht op privacy. Allereerst het beginsel dat de consumptie van auteursrechtelijk beschermde werken niet onder het verbodsrecht van de auteur valt. Hiervoor zullen we het vereenvoudigingsrecht en het openbaarmakingsrecht onderzoeken. In de tweede plaats zullen we de ondergrens van het openbaarmakingsrecht analyseren, namelijk die handelingen die niet in de openbaarheid plaatsvinden, en derhalve niet onder de reikwijdte van het openbaarmakingsrecht vallen.

3.2.3 *Consumptief gebruik*

Met consumptief gebruik wordt hier bedoeld de handelingen die inherent zijn aan het *genot* van het auteursrechtelijk beschermde werk. Het gaat dus bijvoorbeeld om het lezen van een boek, het aanschouwen van een toneelstuk, het kijken naar een schilderij of het luisteren naar muziek. Het gaat om *vind*gebruik. Het gebruik dat plaatsvindt door de consument van auteursrechtelijk beschermde werken.

Die consument heeft nooit zoveel van het auteursrecht gemerkt. De rechten van de auteur knoopten aan bij handelingen die boven in de distributieketen plaatsvonden. Litman:

“[T]raditionally, copyright owners have had control over the sorts of uses typically made by commercial and institutional actors and little control over the consumptive uses made by individuals.”¹⁷⁸

In het eerste hoofdstuk is aangegeven hoe het auteursrecht zich heeft ontwikkeld vanuit het drukkersprivilege. Een boek was de typische drager van een auteursrechtelijk beschermd werk. De auteur verkreeg het recht zijn werken ‘door den druk gemeen te maken’. Het drukken van boeken vormde aldus een goed aanknopingspunt voor het exploitatierecht van de auteur. Het was een noodzakelijke, controleerbare handeling, die aan de communicatie van het werk vooraf ging.¹⁷⁹ Daardoor bleef het auteursrecht buiten de privé-sfeer van de gebruiker. Het drukken van boeken speelde zich immers in de openbaarheid af. Afgezien van een auteursrechtelijke prijsopslag op het werk, merkte de consument weinig van het auteursrecht.

177 [Zie verder: J.H. Spoor, “Zijn de kalenders rechtmatig in het Koninkrijk gewijzigd?”, *BIE* 1985, p. 242-246, H. Cohen Jehoram, “Uitputting in het auteursrecht”, *Informatierecht/AMI* 1987/2, p. 27 en P.B. Hugenholtz, “Adapting Copyright to the Information Superhighway,” in: P.B. Hugenholtz, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Den Haag: Kluwer Law International, 1996, p. 81-102, p. 96.

178 J. Litman, *Digital Copyright*, New York: Prometheus Books 2001, p. 18.

179 D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang*, diss. Leiden, 's-Gravenhage: VUGA 1997, p. 41.

Door de technologische voortgang is daar langzamerhand verandering in gekomen. Na de Tweede Wereldoorlog deden het fotokopieerapparaat en de magnetofoon hun intocht, spoedig gevolgd door de cassette- en videorecorder. Hierdoor werd de gebruiker in staat gesteld zelf auteursrechtelijk beschermde werken te reproduceren. Niettemin bleef het voor de rechthebbende mogelijk elders in de distributieketen zijn rechten te doen gelden. Op grond van artikel 16c Aw bijvoorbeeld wordt de fabrikant of de importeur van cassette- en videorecorders verplicht een vergoeding te betalen aan de rechthebbende.

Een belangrijk kenmerk van het internet is echter dat die distributieketen kan verdwijnen. Auteurs kunnen hun werken rechtstreeks aan consumenten aanbieden. Stephen King haalde eind juli 2000 de voorpagina's door zijn nieuwste werk *The Plant* enkel en alleen via zijn website www.stephenking.com te exploiteren. Tegen betaling van een paar dollar konden zijn lezers het werk on-line lezen en downloaden. De mogelijkheid van direct contact tussen de maker van auteursrechtelijk beschermde werken en de consument leidt er volgens sommigen toe dat de exploitatie van auteursrechtelijk beschermde werken in een digitale omgeving wezenlijk verschilt van de exploitatie in een analoge omgeving.

Volgens Ginsburg bijvoorbeeld worden initiatieven à la King in de toekomst de belangrijkste exploitatievorm van auteursrechtelijk beschermde werken. Het gaat volgens haar niet meer om het bezit van een werk, maar om het genot daarvan. Indien een werk op het internet wordt geëxploiteerd, gaat het juist om het lezen, luisteren of anderszins consumeren van het werk.¹⁸⁰ Deze consumptie wil zij onder het exclusieve recht van de auteur brengen door middel van een recht op toegang. Daaronder verstaat Ginsburg het recht om de wijze waarop gebruikers het werk consumeren te reguleren.¹⁸¹

De verschuiving die Ginsburg constateert 'from having copies to experiencing works' is niet helemaal terecht. Het genot van het werk is altijd de reden geweest om het aan te schaffen, niet zozeer het bezit. Het genot kan zelfs gezien worden als de grondslag voor de exploitatierechten.¹⁸² Maar dat wil nog niet zeggen dat bij het genot aangeknoopt moet worden voor een vergoeding. Het genot hoeft niet belast te worden, als die belasting ook op een ander niveau in de distributieketen kan plaatsvinden.

180 J. Ginsburg, "From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law", *Social Science Research Network Paper Collection* 2000, <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=222493>, p. 2.

181 J. Ginsburg, "From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law", *Social Science Research Network Paper Collection* 2000, <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=222493>, p. 7.

182 V.v.A. Studiecommissie, "Geluidskopieën", *Auteursrecht* 1977/4, p. 68-76, p. 70.

Traditioneel valt het consumptieve gebruik niet onder de exploitatierechten van de auteur.¹⁸³ De Duitse auteursrechtgeleerde De Boor zei dat al in 1954: ‘Die Afnahme des Werkes, der receptive Genuß ist frei.’¹⁸⁴ Voor het Duitse auteursrecht is dit kleine elf jaar geleden ook expliciet door het Bundesgerichtshof uitgemaakt:

“Im übrigen 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.”¹⁸⁵

Dat betekent echter niet dat het consumptieve gebruik niet onder het verbodsrecht van de auteur geschaard *kan* worden. Zoals hierboven is aangegeven, is de inhoud van de exploitatierechten aan verandering onderhevig. De Europese wetgever heeft in een aantal richtlijnen het consumptieve gebruik onder de exploitatierechten gebracht. In de Softwarerichtlijn¹⁸⁶ zijn tijdelijke reproducties van een computerprogramma onder het verveelvoudigingsrecht geschaard, hetgeen ook als zodanig is geïmplementeerd in artikel 45i Aw. Het laden, het in beeld brengen, de uitvoering, de transmissie en de opslag, met andere woorden allerlei consumptiehandelingen, worden allemaal als verveelvoudiging aangemerkt.¹⁸⁷ Deze lijn is ten aanzien van databanken doorgetrokken in de Databankrichtlijn.

Hoe verhoudt deze zienswijze zich met de in paragraaf 3.2.2 geformuleerde criteria voor een exploitatiehandeling? Onderzocht zal moeten worden of de consumptie van het werk plaatsvindt op de (potentiële) markt van het werk. Met andere woorden, zal de gebruiker het desbetreffende werk niet meer aanschaffen indien deze het kan consumeren? In een digitale omgeving valt daar wel wat voor te zeggen. Indien een individuele gebruiker on-line een werk kan bekijken of er naar luisteren, bestaat er een reële kans dat hij het niet meer zal aanschaffen.

De rechthebbende heeft er dus belang bij dat de consumptie van zijn werk aan banden kan leggen. Dit zal echter niet zijn toegestaan indien daarmee rechten en belangen van het publiek worden geschonden, die prevaleren boven de rechten en belangen van de auteur.

183 P.B. Hugenholtz, “Het Internet: het auteursrecht voorbij?” in: *Recht en Internet*, Preadvies NJV, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 199-260, p. 208.

184 H.O. de Boor, “Vervielfältigung zum persönlichen Gebrauch”, *GRUR* 1954/10, p. 440-447, p. 444.

185 BGH 4 oktober 1990, *GRUR* 1991, 449.

186 Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's. Publikatieblad nr L 122 van 17/05/1991 p. 0042 - 0046.

187 L.A. Bygrave en K.J. Koelman, “Privacy, Data Protection and Copyright,” in: P.B. Hugenholtz, *Copyright and Electronic Commerce. Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 59-124, p. 104.

In de Nederlandse jurisprudentie komt dit beginsel tot uiting in het *Wasserij De Zon*-arrest.¹⁸⁸ Daar was de vraag aan de orde of de werknemster van een wasserij muziek openbaar maakt, indien zij deze uitsluitend ten behoeve van haarzelf ten gehore brengt. Maakt, met andere woorden, het gegeven dat haar collega's mee kunnen luisteren de handeling tot een openbaarmakingshandeling?

Advocaat-Generaal Ten Kate worstelt zichtbaar met deze vraag. Enerzijds merkt hij op dat de werknemer die naar zijn radio luistert op zijn werk daarmee op zichzelf nog geheel binnen zijn privé-sfeer blijft; anderzijds zoekt hij naar een geobjectiverde maatstaf waarmee hij de grens van openbaar en privé kan markeren. De intentie van degene die openbaar maakt rekent hij daar in ieder geval niet toe. De Hoge Raad heeft daar echter minder moeite mee.

“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 hijzelf naar de muziek kunnen luisteren.”

Een andere zienswijze acht de Hoge Raad een te vergaande bescherming van het muziekauteursrecht ‘ten koste van de vrijheid van de individuele burger’. Indien een burger iedere keer dat hij buiten zijn privé-kring muziek ten gehore brengt daardoor lastiggevallen kan worden door auteursrechthebbenden wordt er inbreuk gepleegd op zijn recht om met rust gelaten te worden. Deze inbreuk is in het geval dat hij de muziek uitsluitend ten eigen genoegen ten gehore brengt, zonder daarbij een economisch belang te hebben, zo groot dat het auteursrecht per definitie moet wijken voor het recht op privacy.

Door consumptief gebruik onder het verbodsrecht van de auteur te scharen wordt de privacyvrijheid volgens Visser per definitie geschonden.¹⁸⁹ Het consumeren van auteursrechtelijk beschermde werken is inderdaad dermate vergroeid met ons dagelijks bestaan, dat een verbod daarop diep zou ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer. Het gaat hier in het met name om de relationele privacy, die in het geding komt. Achterliggende waarden van het rechtsgoed privacy die hierbij een rol spelen, zijn respect, menselijke waardigheid en, meer in het algemeen, vrijheid.

188 HR 1 juni 1979, *NJ* 1979, 470 m.nt. LWH.

189 D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang*, diss. Leiden, 's-Gravenhage: VUGA 1997, p. 33.

Het gaat hier niet alleen om de vrijheid met rust gelaten te worden, maar ook om de vrijheid om je te ontwikkelen. Het gaat om privacy als vrijheid.¹⁹⁰ De Boor heeft het mooi uitgedrukt:

“Der rezeptive Genuss ist frei und muss frei sein, wenn nicht das Urheberrecht zu einer unerträglichen Fessel des geistigen Lebens werden soll.”¹⁹¹

In tegenstelling tot de Europese wetgever lijkt de Nederlandse wetgever deze opvatting te delen. Op 10 december 1996 heeft de Tweede Kamer naar aanleiding van de WIPO-verdragen een motie Wagenaar aangenomen, waarin ze aangeeft dat consumptief gebruik een principiële beperking op de exploitatierechten van de auteur is:

“[O]verwegende, dat een auteursrechtelijk verbodsrecht op consumptief gebruik en privé-communicatie op gespannen voet staat met de aard en ratio van het auteursrecht, met de privacy- en ontplooiingsbelangen van de consument, en de informatievrijheid en de ontwikkeling van de elektronische snelweg belemmert.”

Bovendien is het ook onnodig de consumptie of het genot van auteursrechtelijk beschermde werken aan een verbodsrecht onderhevig te maken. Ook in een digitale omgeving kan de exploitatie van het werk op een ander niveau binnen de distributieketen plaatsvinden dan bij de eindgebruiker. Bijvoorbeeld bij de houder van de website, waarop auteursrechtelijk beschermde werken worden aangeboden. Of bij degene die het computerprogramma aanbiedt waarmee muziekwerken kunnen worden uitgewisseld. Ook is het denkbaar dat de exploitatie plaatsvindt op het niveau van de internet service provider of bij de fabrikant of importeur van hardware waarmee bepaald internet gebruik mogelijk wordt. Wij zijn het dus niet met Ginsburg eens dat het genot of de consumptie de belangrijkste exploitatievorm is in een on-line omgeving.

Om bovenstaande redenen kan betoogd worden dat het zowel principieel onwenselijk als praktisch onnodig is consumptiehandelingen onder het exploitatierecht van de auteur te scharen. Ook in een digitale omgeving kan de consumptievrijheid derhalve een beperking blijven die inherent is aan het auteursrecht.

190 Ook zal een auteursrechtelijk gebruiksrecht alras in strijd komen met de door de artikel 10 EVRM gegarandeerde ontvangstvrijheid. Als het aan het kabinet ligt, zal ook de in artikel 7 Gw gegarandeerde vrijheid van meningsuiting aangevuld worden met een recht informatie te ontvangen. Kabinet, “Kabinetsstandpunt op het advies van de Commissie ‘Grondrechten in het digitale tijdperk’”, Den Haag 2000, p. 13.

191 Noot onder BGHZ 17, 42 in *Juristenzeitung* 1955, p. 749. Aangehaald door V.v.A. Studiekommissie, “Geluidskopieën”, *Auteursrecht* 1977/4, p. 68-76, p. 70.

3.2.4 Openbaarmakingsrecht en de besloten kring

Hierboven werd vastgesteld dat de Europese wetgever door het verveelvoudigingsrecht ruim te interpreteren, gebruiks- en consumptiehandelingen daaronder heeft gebracht. Daardoor vertoont het verveelvoudigingsrecht steeds meer de neiging door te sijpelen in de privé-sfeer van de gebruiker. De ondergrens van het recht werd jarenlang bepaald door het consumptieve gebruik buiten het bereik van de rechthebbende te houden, maar dat uitgangspunt lijkt op de helling gezet. De weinige bescherming van de privacy die het recht daardoor inherent met zich meebracht, zal daardoor gaan verdwijnen. Waar het recht op privacy door de uitoefening van het auteursrecht geschonden dreigt te worden, kan enkel externe privacycorrectie worden toegepast.

Met het openbaarmakingsrecht is het op het eerste gezicht minder somber gesteld. Dit exploitatierecht lijkt bij uitstek geschikt om de privé-sfeer te beschermen. Het recht knoopt immers aan bij de openbaarheid en biedt daarmee automatisch een zekere bescherming aan de privé-sfeer. In reactie op De Brauws NJV-advies had Hirsch Ballin al gewezen op begrippen als de *phase intime* en de eigen, besloten kring, die onlosmakelijk met het openbaarmakingsrecht verbonden zijn.

De ondergrens van het openbaarmakingsrecht lijkt dus een goede waarborg voor bepaalde deelaspecten van het recht op privacy. Maar wat is die ondergrens? Voor de vaststelling van de reikwijdte van het begrip openbaar maken is het van belang om te bepalen wat ‘publiek’ en/of ‘openbaar(heid)’ is. De Berner Conventie geeft hierover geen indicatie en heeft de betekenis van het begrip openbaar(heid) aan de wetgevers van de Unie landen overgelaten.

“In the absence of clear conventional guidelines, the precise demarcation between ‘public’ and ‘private’ remains a matter for determination by national legislation (...).”¹⁹²

De Auteurswet kent slechts één nader gedefinieerd openbaarheids criterium, namelijk de omschrijving van art. 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.”

¹⁹² S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1886*, Deventer: Kluwer 1987, p. 433.

In het GAI-arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat voor de bepaling of er sprake is van een openbaarmaking, aangesloten kan worden bij het openbaarheids criterium van art. 12 lid 4 en dat dit criterium ook van belang is met betrekking tot de andere openbaarmakingsvormen.¹⁹³ De Hoge Raad oordeelde dat met betrekking tot het uitzenden via kleine kabelnetten aansluiting dient te worden gezocht bij het ‘familie- en vriendenkring’-criterium.

“Bij gebreke van een andere hanteerbare en voldoende met de belangen van auteursrechthebbenden rekening houdende maatstaf, dient aansluiting te worden gezocht bij de in art. 12 tweede lid Auteurswet 1912 neergelegde uitzondering, zoals uitgelegd in HR 9 maart 1979, NJ 1979, 341. Dit leidt tot de slotsom dat slechts dan sprake is van een niet als ‘communication publique’ in de zin van art. 11bis lid 1 onder 2 Berner Conventie resp. openbaarmaking in de zin van art. 1 en 12 Auteurswet 1912 aan te merken en derhalve niet aan het toestemmingsvereiste onderworpen doorgifte, indien de door de gemeenschappelijke antenne-inrichting ontvangen uitzendingen uitsluitend worden doorgeleid naar een kring van personen tussen wie familiebanden, banden van vriendschap of andere, nauwelijks minder hechte, banden van persoonlijke aard bestaan.”

In zijn proefschrift heeft Visser de ondergrens van het openbaarmakingsrecht in Duitsland, Amerika en Nederland uitvoerig onderzocht. Hij komt net als de Hoge Raad in bovenstaand arrest tot de slotsom dat de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring de Nederlandse ondergrens van openbaarheid is.¹⁹⁴

Nu aannemelijk is dat de ondergrens van het openbaarmakingsrecht de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring is, rijst de vraag of deze grens van principiële aard is en, zo ja, of dit principe het recht op privacy is.

De wetsgeschiedenis van artikel 12 lid 4 Aw biedt geen uitsluitel. De familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring stamt uit 1972. Daarvoor was slechts sprake van een ‘besloten kring’. Dit begrip vond de regering te ruim, aangezien concerten door openbare instellingen of ondernemingen aangeboden aan een groot aantal genodigden eronder zou kunnen vallen, evenals mechanische muziekuivoeringen in bedrijfsruimten en kantines.

Een dergelijk ruime interpretatie miskende volgens de regering de auteur in beginsel tegen elk ongeautoriseerd gebruik van zijn werk beschermd hoort te zijn, tenzij er

¹⁹³ HR 24 december 1993, NJ 1994, 641, m.nt.JHS.

¹⁹⁴ D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang*, diss. Leiden, 's-Gravenhage: VUGA 1997, p. 132.

een sociale noodzaak of behoefte bestaat zijn recht bij de wet te beperken.¹⁹⁵ Aanvankelijk had de regering voorgesteld de besloten kring te beperken tot de familie-, vrienden- of kennissenkring, maar de Kamer vond op instigatie van de Buma/Stemra deze kring nog steeds te ruim. Een amendement Roethof verving deze kring door de familie-, vrienden of daaraan gelijk te stellen kring.¹⁹⁶ Ten aanzien van deze kring bestaat er dus in de woorden van de regering ‘een sociale noodzaak of behoefte’ het openbaarmakingsrecht te beperken.

In het Duitse Tonband-arrest ging het Bundesgerichtshof ervan uit dat voor het Duitse recht de ondergrens van het openbaarmakingsrecht niet van principiële aard is.¹⁹⁷ Aan de omstandigheid dat het uitvoeringsrecht beperkt blijft tot de openbare uitvoering kwam volgens het Hof geen principiële betekenis toe, want ‘dies erklärt sich allein daraus, dass bei der Eigenart dieser Werknutzung keine wesentliche Einbusse des Urhebers zu befürchten steht’. In Duitsland is de ratio van de ondergrens dus dat er binnen een bepaalde kring geen sprake van een exploitatiehandeling meer is.

Ricketson meent dat de term ‘public’ in de Berner Conventie eveneens enkel wordt gehanteerd om de scheidslijn tussen daadwerkelijke exploitatie en *de minimis* exploitatie aan te geven.¹⁹⁸

Er is echter reden aan te nemen dat het in het Nederlandse auteursrecht meer is dan enkel een economische verklaring. De reikwijdte van de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring wordt in de Nederlandse rechtspraak niet bepaald door de exploitatiemogelijkheden van de rechthebbende, maar door de *band* die de mensen in de kring verbindt. In het Willem Dreeshuis-arrest¹⁹⁹ ging het om de vraag of een groep bejaarden die in de gemeenschappelijke ruimte van hun tehuis muziek beluisteren als een familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring is aan te merken. De Hoge Raad overwoog op grond van de wetsgeschiedenis dat dat alleen het geval is indien de band tussen de bejaarden nauwelijks minder hecht is dan familiebanden en banden van vriendschap.

Door deze band voorop te stellen, lijkt het hier inderdaad om privacybescherming te gaan. Het is immers niet onaannemelijk dat de groep waarmee men een dergelijke band heeft zo aanzienlijk is dat openbaarmaking binnen deze groep gevolgen heeft voor de (potentiële) markt van de rechthebbende.²⁰⁰ Dit exploitatiebelang moet het echter afleggen tegen de principiële grens van de privacy.

195 L. de Vries, *Parlementaire geschiedenis van de Auteurswet 1912 zoals sedertdien gewijzigd*, 's-Gravenhage: SDU 1989, p. 12.7.

196 L. de Vries, *Parlementaire geschiedenis van de Auteurswet 1912 zoals sedertdien gewijzigd*, 's-Gravenhage: SDU 1989, p. 12.39.

197 BGH 18 mei 1955, GRUR 1955, 492 (*Tonband*).

198 S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1886*, Deventer: Kluwer 1987, p. 453.

199 HR 9 maart 1979, NJ 1979, 341 m.nt. LWH.

200 Vgl. noot Verkade onder HR 6 maart 1998, NJ 1999, 113 m.nt. DWFV. (*Hille vs. Buma*).

Ook Visser meent dat het hier om een vorm van privacybescherming gaat.²⁰¹ Hij verwijst daarbij naar de door artikel 8 lid 2 beschermde kring, waarover hij opmerkt dat het zeker geen toeval is dat deze omschrijving van de door het recht op privacy beschermde kring vrijwel gelijk is aan die van de kring die de (beneden)grens vormt van het openbaarmakingscriterium in het auteursrecht. Een mooie parallel, maar ons inziens niet helemaal overtuigend. Voorzover er in artikel 8 lid 2 sprake is van een beschermde kring, dan bestaat deze uit het begrip ‘family life’, wat echter alleen duidt op een band tussen familieleden, met name tussen (pleeg)ouders en kinderen.²⁰² Beter lijkt het de beschermde kring in de Auteurswet te zien als een uitvloeisel van privacy als algemeen rechtsbeginsel. Het zou dan om een vorm van groepsprivacy gaan.

Het gevolg van deze vaststelling is dat communicatie die zich beperkt tot de vrienden-, familie- of daaraan gelijk te stellen kring, oftewel de privé-kring, niet resulteert in een openbaarmaking in de zin van de Auteurswet. Het per e-mail verzenden van een auteursrechtelijk beschermd werk naar een persoon binnen de privé-kring kan dus bijvoorbeeld niet als een openbaarmaking aangemerkt worden.²⁰³ Opgemerkt zij dat artikel 16b lid 5 Aw in dit verband slecht geredigeerd is. Op grond van dat artikel is het afgeven aan derden van verveelvoudigingen gemaakt ten behoeve van eigen oefening, studie of gebruik niet toegestaan. De gedachte zal zijn dat de kopieën daarmee openbaar gemaakt worden. Dat is echter alleen juist indien de derden waaraan ze worden afgegeven zich buiten de privé-kring bevinden.

3.2.5 Specifieke wettelijke beperkingen: de privé-kopie

In de inleiding bij deze paragraaf kwam al naar voren dat ook de specifieke wettelijke beperkingen principiële doeleinden kunnen dienen. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het citaatrecht dat gebaseerd is op de informatievrijheid. De meeste auteurswetten bevatten bovendien een beperking op het verveelvoudigingsrecht, die de verveelvoudiging voor privé-gebruik toestaat. De Nederlandse Auteurswet 1912 kent een dergelijke bepaling in de artikelen 16b, 16c en 17. In de literatuur is wel betoogd dat deze beperking op privacyoverwegingen is gebaseerd.²⁰⁴

De Auteurswet 1912 maakt met betrekking tot privé-kopieën een onderscheid naar de drager van het werk en naar het type gebruiker. Werken op een papieren drager mogen op grond van artikel 16b Aw vergoedingsvrij worden verveelvoudigd, terwijl voor de verveelvoudiging op een geluid- of beelddrager een heffing moet worden betaald (artikel 16c Aw). Laatstgenoemde bepaling wordt ook wel de

201 D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang*, diss. Leiden, 's-Gravenhage: VUGA 1997, p. 132.

202 J. de Boer, “Art. 8 EVRM. Algemeen” in: *Artikel 8 EVRM*, Preadvies NJV, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 5-84, p. 43.

203 De vraag of er niettemin sprake is van een auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging wordt buiten beschouwing gelaten.

204 J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 189.

thuis kopiëregeling genoemd.²⁰⁵ Voorts dient een onderneming ingevolge artikel 17 Aw voor het verveelvoudigen van geschriften eveneens te betalen.

Als de thuis kopiëregeling en artikel 17 Aw van principiële aard zijn, waarom moet de gebruiker dan een vergoeding betalen? Voor principes hoeft men doorgaans niet af te rekenen. Dat is bijvoorbeeld ook niet het geval met het citaatrecht van artikel 15 Aw. De mogelijkheid om te citeren wordt niet afhankelijk gesteld van het voldoen van enige betaling. Dat zou ook onjuist zijn.

Zoals hierboven bij de exploitatierechten is besproken, kan een exploitatiehandeling op principiële gronden beperkt worden. Het feit dat er sprake is van exploitatie van het werk doet daar niet aan af. De principes stijgen uit boven de beloning van de auteur. Wat voor de inhoud van de exploitatierechten geldt, geldt *mutatis mutandis* ook voor de specifieke wettelijke beperkingen op het auteursrecht.²⁰⁶

Wat het citaatrecht betreft, heeft de Hoge Raad in het Zienderogenkunst-arrest²⁰⁷ de mogelijkheid om te citeren niettemin afhankelijk gesteld aan de vraag of het citaat wezenlijk afbreuk doet aan de exploitatie van het werk. Met andere woorden, citeren mag, mits het geen afbreuk doet aan de belangen van de auteur. Met annotator Spoor zijn wij van mening dat de Hoge Raad hier een verkeerde maatstaf hanteert. Men mag aan citaten niet de eis stellen dat ze de exploitatie van de geciteerde werken niet wezenlijk mogen schaden, omdat het citaatrecht gebaseerd is op een eigen, principiële grondslag.²⁰⁸

Kort en goed, betekent het voorgaande dat de artikelen 16c en 17 Aw naar wij menen niet op een principiële grondslag gebaseerd kunnen zijn. Indien dat het geval zou zijn, zou men de rechthebbende niet behoeven te compenseren voor zijn gemis aan inkomsten. Dat betekent dat de artikelen 16c en 17 Aw niet op het recht op privacy gebaseerd kunnen zijn. Blijft over artikel 16b Aw, die we verder de ‘privé-kopie’ zullen noemen.

Het is van belang de privé-kopie nauwkeurig van het hierboven beschreven consumptief gebruik te onderscheiden. Bij het privé-kopiëren wordt een auteursrechtelijk beschermd werk verveelvoudigd op een wijze die geschikt is om het werk opnieuw waarneembaar te maken. Dat is niet het geval met consumptie van het werk, wat *eind*gebruik is.

Bij de introductie van de privé-kopie in de Nederlandse Auteurswet werd de beperking niet van principiële aard geacht. Uit het voorlopig verslag blijkt dat het artikel controversieel was vanwege diens ruime bewoordingen.

205 D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang*, diss. Leiden, 's-Gravenhage: VUGA 1997, p. 46.

206 Vgl. Unesco, “Copyright and Access to Information in the Digital Environment”, Paris 2000, p. 13-17.

207 HR 22 juni 1990, NJ 1991, 268 m.nt. JHS.

“Verscheidene leden waren van oordeel, dat het eerste lid van dit artikel eene te grootte vrijheid geeft. Eene verveelvoudiging tot eigen ‘oefening’ of ‘studie’ moge veroorloofd zijn, de beperking van het auteursrecht gaat te ver, indien men ook voor eigen ‘gebruik’ tot namaak gerechtigd is.”²⁰⁹

In hun antwoord konden Ministers Regout en De Waal Malefijt zich wel vinden in de kritiek voorzover die betrekking had op ‘kunstwerken in den engeren zin van het woord, schilderijen, beeldhouwwerken, tot werken ‘tot de fraaie letteren’ behorende’. Maar nu het auteursrecht ook bescherming biedt aan de mindere producten van intellectuele schepping, bijvoorbeeld brieven, voorwerpen van kunstnijverheid en tuinarchitectuur, menen de Ministers dat de eigen gebruik beperking onmisbaar is om onschuldige verveelvoudigingen te maken.

Dat het niet om een principiële beperking zou gaan, wordt onderschreven door Cohen Jehoram, die observeert dat de achtergrond van de privé-kopie niet was om ‘princiepelijk een privé sfeer te beschermen’.²¹⁰ Spoor leidt eveneens uit wetsgeschiedenis van artikel 16b af dat het slechts een praktische regeling is, zonder principiële grondslag.

“Bij de recente wijziging van de Auteurswet zijn in art. 16b (...) zoveel nuances en restricties aangebracht, dat de gehele regeling duidelijk niet meer is dan een samenspel van praktijkgerichte maatregelen waaraan geen auteursrechtelijke principes ten grondslag liggen.”²¹¹

Gerbrandy ziet in de privé-kopie een uitloeiing van het *de minimis*-beginsel. Het gaat volgens hem om een beperking die ‘strikt genomen’ onder het verbodsrecht van de auteur valt, maar die in de praktijk geen kwaad kan.²¹²

Van pragmatische zijde wordt verder als argument voor de eigen gebruik beperking genoemd dat het privé-kopiëren toch niet rendabel valt te exploiteren. De daarmee gepaard gaande kosten zouden veel hoger zijn dan de opbrengsten. Indien de rechthebbende met iedere individuele gebruiker over gebruiksvoorwaarden in onderhandelingen moet treden, zal de opbrengst daarvan schil afsteken tegenover de transactiekosten. Dit argument is gebaseerd op falende marktwerking.²¹³

208 Anders: Cohen Jehoram in zijn noot onder het arrest in *Ars Aequi*, *AA* 1991/9, p. 672.

209 *Kamerstukken II* 1911-12, 227, nr. 4, aangehaald bij R. du Bois, “Eigen oefening, studie of gebruik”, *Auteursrecht* 1981/2, p. 35-40, p. 35.

210 H. Cohen Jehoram, “Vallen en opstaan met het reproductie”, *Auteursrecht* 1981/3, p. 59-62, p. 59.

211 J.H. Spoor, *Scripta manent. De reproductie in het auteursrecht*, diss. Amsterdam (VU), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 30.

212 S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 242.

213 W.J. Gordon, “Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors”, *Columbia Law Review* 1982, p. 1600-1657.

Al met al, komt de meerderheid van de doctrine tot de slotsom dat er geen principiële grond aan de eigen gebruik beperking te ontleen is. Dat idee wordt bevestigd door het feit dat lange tijd slechts weinig landen een dergelijke beperking in hun auteurswetten hadden opgenomen. Begin twintigste eeuw ging alleen Duitsland ons vooraf in een eigen gebruik beperking. In internationale conventies werd evenmin ruimte ingebouwd voor de privé-kopie.

Pas toen het fotokopieerapparaat zijn intocht deed, werd in de Berner Conventie aandacht besteed aan de privé-kopie. De overheersende mening op de conferentie van Stockholm in 1967 was dat een algemene beperking op het verveelvoudigingsrecht voor privé-gebruik de belangen van de auteur te veel zou schaden. Ook de voorstellen van Nederland en Frankrijk het privé-gebruik te beperken tot ‘individual or family use’ haalde het niet.²¹⁴ In plaats daarvan werd een nieuw artikel 9 lid 2 — inmiddels wereldberoemd als de ‘drietrapsraket’ of de ‘driestappentoets’ — geïntroduceerd, dat de lidstaten tot zekere hoogte de ruimte moest geven zelf beperkingen op het verveelvoudigingsrecht te formuleren.

Het artikel bepaalt dat verveelvoudigingen slechts in ‘bijzondere gevallen’ zijn toegestaan, mits deze geen afbreuk doen aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de auteur niet op ongerechtvaardigde wijze schaden. De verwijzing naar de normale exploitatie van het werk geeft aan dat privé-kopiëren inderdaad *de minimis* werden geacht. Zodra het kopiëren echter grootschalige vormen begint aan te nemen en daardoor de normale exploitatie van het werk negatief kan beïnvloeden, kan geen beroep op de beperking worden gedaan. Als de privé-kopie inderdaad van principieel belang zou zijn, zou dit niet opgaan. Zoals hierboven opgemerkt, dient het belang van de auteur dan te wijken voor het principe.

Volgens sommigen zou het feit dat auteurswetten een beperking voor eigen gebruik bevatten, een aanwijzing zijn dat de privé-kopie principieel niet onder het verveelvoudigingsrecht valt. Flume meent bijvoorbeeld dat de beperking voor eigen gebruik in de Duitse Auteurswet een logisch vervolg is op de ‘Grundgedanken’ van het auteursrecht dat het individuele genot van het werk auteursrechtelijk gezien irrelevant is.²¹⁵

Als dit inderdaad het geval zou zijn, kan men zich afvragen waarom de wetgever überhaupt voor een specifieke wettelijke beperking op het verveelvoudigingsrecht heeft gekozen. Als er geen sprake zou zijn van een rechtens relevante verveelvoudiging dient deze evenmin in een specifiek wetsartikel beperkt te worden. Er is immers ook geen specifieke beperking die bepaalt dat de consumptie van werken is toegestaan.

214 WIPO, “Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm,” presented at Intellectual Property Conference, Stockholm 1967, p. 1144.

215 W. Flume, “Die private Vervielfältigung zum persönlichen Gebrauch durch Uebertragung auf Tonträger und das Urheberrecht”, *Ufita* 1963/39, p. 1-32, p. 17-18.

Hefermehl meent echter ook dat de door de Duitse wetgever gecreëerde mogelijkheid om voor eigen gebruik verveelvoudigen te maken, een bevestiging is van de gedachte dat de privé-sfeer vrij blijft van auteursrechtelijke aanspraken. De wetgever heeft zijns inziens niet gewild dat de privé-sfeer wordt blootgesteld aan hinderlijke controles. Het zou dus om een exploitatiehandeling gaan waar per definitie niet bij aangeknoopt kan worden. De wetgever heeft de afweging gemaakt tussen een ‘Kontrolle des geistigen Lebens’ en het recht van de auteur op een billijke vergoeding, en heeft meer waarde toegekend aan de persoonlijke levenssfeer.²¹⁶ Volgens Hefermehl is het verveelvoudigen enkel een voorbereidingshandeling, die geïnterpreteerd moet worden in het licht van het doel van de handeling. Eigen gebruik is een geoorloofd doel.²¹⁷

Net als Hefermehl heeft Visser onlangs in zijn proefschrift ervoor gepleit dat het verveelvoudigingsrecht slechts als een voorbereidingshandeling op de openbaarmaking moet worden beschouwd. Visser meent dat het verveelvoudigingsrecht als zelfstandig exploitatierecht zijn betekenis heeft verloren.²¹⁸ In zijn visie dient eigen gebruik buiten het auteursrechtelijke verbodsrecht valt. Visser stelt dat de controle op eigen gebruik per definitie dient te wijken voor het recht op privacy.

Medio jaren vijftig is deze stelling door het Duitse Bundesgerichtshof onderzocht. De collectieve rechten organisatie GEMA — de Duitse zusterorganisatie van de Buma/Stemra — had Grundig aangesproken op diens reclamecampagne voor bandrecorders.²¹⁹ Grundig prees haar waar aan door op de mogelijkheid van radio- en grammofoonopnames te wijzen. Aangezien het op grond van de Duitse Auteurswet was toegestaan kopieën voor persoonlijk gebruik te maken, vormde de ratio van de Duitse eigen gebruik beperking een belangrijk aspect van de zaak. Was er sprake van een principiële beperking, die uiting geeft aan de gedachte dat de privé-sfeer gevrijwaard dient te blijven van auteursrechtelijke aanspraken?

Het Duitse Bundesgerichtshof (BGH) meende van niet.

“Eine echte, in der Natur der Sache liegende Grenze des Ausschliesslichkeitsrechts des Urhebers würde vorliegen, wenn die Ansicht des Beklagten zuträfe, dass die Rechte des Urhebers stets vor dem Interesse des Einzelnen an einer Freihaltung seiner privaten Sphäre von urheberrechtlichen Ansprüchen zurücktreten müssten. Ein solcher

216 W. Hefermehl, “Magnetton-Aufnahmen urheberrechtlich geschützter Werke zum persönlichen Gebrauch”, *Ufita* 1957/24, p. 56-92, p. 73.

217 W. Hefermehl, “Magnetton-Aufnahmen urheberrechtlich geschützter Werke zum persönlichen Gebrauch”, *Ufita* 1957/24, p. 56-92, p. 75.

218 D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang*, diss. Leiden, 's-Gravenhage: VUGA 1997, p. 197.

219 BGH 18 mei 1955, *GRUR* 1955, 492 (*Tonband*).

Grundsatz kann aber in dieser Allgemeinheit dem Urheberrecht nicht entnommen werden.²²⁰

In tegenstelling tot Visser oordeelt het Bundesgerichtshof dat waar er een belangenconflict is tussen enerzijds de bescherming van de privacy van de gebruiker en anderzijds het belang van de auteur een vergoeding voor het gebruik van zijn werk te innen, het belang van de auteur voor dient te gaan. Een belangrijke reden hiervoor acht het Hof dat zonder de auteur het werk überhaupt niet had bestaan.

Dit argument overtuigt ons inziens niet. Het ontnemt de grond voor iedere beperking op de exploitatierechten, hetzij inherent daaraan, hetzij geformuleerd in specifieke wettelijke bepalingen. Uit het bestaan van deze laatste categorie beperkingen blijkt juist dat de rechten en belangen van anderen soms dienen te prevaleren boven het belang van de auteur zijn werk uit te kunnen baten. Ook Visser spreekt in dit verband van een schijnargument.²²¹

Met zijn stelling dat de privacy van de gebruiker per definitie dient te prevaleren boven het belang van de auteur, slaat Visser echter weer te ver door naar de andere kant. Het recht op privacy kan op voorhand geen absolute gelding hebben, tenzij de schending van de privacy evident is. Hierboven zagen we dat dat het geval is met consumptief gebruik en gebruik binnen de vrienden, familie of daaraan gelijk te stellen kring. In andere gevallen zal het recht op privacy van de gebruiker moeten worden afgewogen tegen de rechten van de auteur.

3.2.6 Conclusie

In deze paragraaf hebben we onderzocht in hoeverre het recht op privacy geïncorporeerd is binnen het auteursrecht. Hierbij is gekeken naar de exploitatierechten van de auteur en een specifieke wettelijke beperking, de privé-kopie.

Een tweetal handelingen die traditiegetrouw niet onder de exploitatierechten vallen, is de revue gepasseerd: consumptiehandelingen en handelingen die beperkt blijven tot de familie-, vrienden of daaraan gelijk te stellen kring. Gekeken is of deze inherente beperkingen op het auteursrecht van principiële aard zijn, en zo ja, of deze op het recht op privacy zijn gebaseerd.

Naar onze mening zijn deze beperkingen inderdaad van principiële aard en kunnen ze (mede) op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer worden gebaseerd. Dit betekent dat zodra de (Europese) wetgever deze grens overschrijdt, hij in strijd

²²⁰ Zie over deze uitspraak ook: D.J.G. Visser, "Copyright Exemptions Old and New: Learning from Old Media Experiences," in: P.B. Hugenholtz, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Den Haag: Kluwer Law International, 1996, p. 49-56.

²²¹ D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang*, diss. Leiden, 's-Gravenhage: VUGA 1997, p. 32.

handelt met het recht op privacy van de gebruiker. Het auteursrecht zal dan buitenwettelijk beperkt moeten worden.

Na analyse van de beperking voor eigen oefening, studie of gebruik zijn we tot de slotsom gekomen dat deze *niet* op overwegingen van privacy is gebaseerd. Wel kan de controle van de rechthebbende op de gebruiker in strijd komen met het recht op privacy van de laatste. In geval gaat het om *externe* privacycorrectie, die in de volgende paragraaf zal worden onderzocht.

3.3 Externe privacycorrectie

3.3.1 Inleiding

In het kader van de *interne* privacycorrectie hebben wij de Duitse Tonband-uitspraak besproken. Mede op grond van deze uitspraak kwamen we tot de slotsom dat de eigen gebruik beperking van artikel 16b Aw geen privacyrechtelijke grondslag heeft.

Dat betekent niet dat het privé-kopiëren van auteursrechtelijk beschermde werken binnen de persoonlijke levenssfeer altijd binnen het bereik van de auteursrechthebbende ligt. Het recht op privacy stelt grenzen aan de controle en handhaving door auteursrechthebbenden. Het eigen gebruik *an sich* is wellicht niet van principiële aard, de controle daarop roept wel principiële vragen op. In zekere zin kan het Tonband-arrest dan ook een Pyrrusoverwinning worden genoemd.²²²

Het privé-kopiëren is in de praktijk moeilijk afdwingbaar, vanwege de mogelijk daarmee gepaard gaande schending van de privacy. 'Jeder Privatman muß sich wie ein Dieb vorkommen, der von der Polizei sistiert wird, wenn plötzlich Kontrolleure vor der Tür stehen.', aldus Haeger in 1962 over de implicaties van handhaving in de privé-sfeer. Het is volgens Haeger onverenigbaar met de 'Menschenwürde'. Hij benoemt hier de achterliggende waarden respect en menselijke waardigheid van het recht op privacy; dezelfde waarden waarover Lessig het heeft als hij 'privacy as dignity' beschrijft.²²³

In deze paragraaf beschouwen wij hoe het recht op privacy als extern recht kan botsen met het auteursrecht. Een aantal facetten van de controle en handhaving van het auteursrecht zal — niet uitputtend — worden besproken. Aan bod komen: controle aan huis en computer, controle door identificatie en observatie, en controle door persoonsgegevens te verwerken.

²²² D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang*, diss. Leiden, 's-Gravenhage: VUGA 1997, p. 45.

²²³ L. Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, New York: Basic Books 2000, p. 147.

Het gaat hier om een aantal preventieve maatregelen die een rechthebbende kan treffen in combinatie met de daadwerkelijke opsporing van inbreuken op zijn auteursrecht. Net als ieder ander heeft de rechthebbende rekening te houden met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker van zijn werken. We zullen hierbij met name op zoek gaan naar grondwettelijke normen, die gecodificeerd zijn in specifieke privacywetgeving en zich mogelijk verzetten tegen een dergelijke controle en handhaving. In die gevallen heeft de wetgever immers al een afweging ten gunste van de privacybescherming gemaakt.

Dat betekent niet dat indien bepaalde handelingen ter controle en handhaving op grond van specifieke wetgeving niet onrechtmatig zijn, deze daarmee rechtmatig zijn. In het tweede hoofdstuk is het recht op privacy omschreven als een ruim recht, dat niet alleen in specifieke wetgeving is gecodificeerd, maar ook in de Grondwet en internationale verdragen. Daarnaast kan het recht op privacy beschouwd worden als een algemeen rechtsbeginsel en een subjectief persoonlijkheidsrecht. In hoeverre de handelingen van de rechthebbende zich verdragen met dit meer algemeen geformuleerde recht op privacy, hangt af van de omstandigheden van het specifieke geval. Rekening zal moeten worden gehouden met de bijzondere regels ten aanzien van horizontale werking en de mogelijke beperkingen op het recht op privacy, zoals deze zijn geformuleerd in het vorige hoofdstuk.

3.3.2 *Controle aan huis en computer*

Mag een rechthebbende huizen en computers doorzoeken op inbreukmakend materiaal? Indien rechthebbenden willen onderzoeken of individuele gebruikers van hun werken daarop inbreuk plegen, kunnen zij langs de huizen gaan om te controleren of de bewoners inbreuk op hun rechten hebben gepleegd. Een dergelijke controle is mogelijk strijdig met het recht op privacy van de gebruiker.

In het digitale tijdperk is het tevens mogelijk om de harddisk van de gebruiker te bezoeken om te kijken of daarop auteursrechtelijk beschermd werken zijn gekopieerd. Ook dit kan echter een inbreuk op het recht op privacy inhouden. In deze paragraaf bekijken wij in hoeverre dergelijke handelingen zich verdragen met privacynormen in de Grondwet en in specifieke regelgeving.

De woning vormt van oudsher de kern van het recht op privacy. De eersten die in Nederland serieus aandacht aan het recht op privacy besteedden, De Brauw en Aubel, geven de woning en enige andere besloten ruimtes een verdergaande bescherming dan de overige elementen van de persoonlijke levenssfeer. Het in artikel 12 van de Grondwet verankerde huisrecht is dan ook één van de oudste grondrechten. Het recht was al aanwezig in de Burgerlijke en Staatskundige regels van 1798.²²⁴

224 A.Q.C. Tak, *Het huisrecht*, diss. Utrecht, Hoenderloo: Hoenderloo's Uitgeverij en Drukkerij 1973, p. 149.

Het eerste lid van het artikel bepaalt dat het binnentreden in een woning tegen de wil van de bewoner alleen geoorloofd is in gevallen bij of krachtens de wet bepaald, door hen die daartoe krachtens de wet zijn aangewezen. Het tweede lid, op grond waarvan een aantal vormvoorschriften in acht moet worden genomen, kan gezien worden als een beperkingsclausule. Voorafgaand aan binnentreden dient men zich te legitimeren en het doel van het binnentreden medegedeeld te worden. Na afloop heeft de bewoner recht op een schriftelijk verslag.

Het huisrecht geldt primair in de verhouding tussen overheid en burger. Het is niet waarschijnlijk dat bij of krachtens de wet gevallen worden bepaald, waarbij de ene burger tegen de wil van de ander mag binnendringen. De aanwezigheid van procedurevoorschriften geeft dat mede aan.²²⁵ Deze hebben in de verhouding tussen burgers onderling weinig belang. Het is duidelijk dat ze niet voor horizontale rechtsbetrekkingen geschreven zijn, maar een instructienorm jegens de overheid zijn. Het gaat om ambtenaren die bepaalde overheidstaken moeten uitvoeren.

Indirect kan het grondrecht wel van belang zijn. In dat geval wordt bij de interpretatie van privaot- of strafrechtelijke begrippen rekening gehouden met de waarde die de grondwetgever kennelijk in de bescherming van het huisrecht aan de huisvrede heeft willen toekennen.²²⁶

Het huisrecht is eveneens in de Duitse Grondwet opgenomen. Ook daar kan het slechts indirect een rol spelen in horizontale verhoudingen.²²⁷ Dat deed het in een procedure tussen de Duitse collectieve rechtenorganisatie GEMA en de verkopers van opnameapparatuur. De GEMA was voornemens huiscontroles uit te gaan voeren om te achterhalen of de bewoners wel een licentie voor het gebruik van hun opnameapparatuur hadden. Daarvoor eiste ze de namen en adressen van de klanten van de verkopers. De verkoper zou de klant om een persoonsbewijs moeten verzoeken, op grond waarvan GEMA zou kunnen controleren of de desbetreffende klant een licentie heeft om met zijn aangeschafte apparaat geluidsopnamen van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken te maken.

Het Bundesgerichtshof oordeelde in zijn beslissing d.d. 29 mei 1964 dat de GEMA geen belang had bij deze vordering.²²⁸ Ook al zouden de verkopers de namen en adressen verschaffen, dan zou de GEMA daar niets mee kunnen beginnen. Het Bundesgerichtshof meende dat een controle aan huis zich slechts verdraagt met 'die Unverletzlichkeit des häuslichen Bereichs', oftewel het grondwettelijk gegarandeerde huisrecht (artikel 13 Grundgesetzes).

225 L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 148.

226 P.J.J. Zoontjens, "Het huisrecht," in: A.A. Koekkoek, W. Konijnenbelt en F.C.L.M. Crijns, *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*, Nijmegen, 1982, p. 265-278, p. 274.

227 W. Schmitt Glaeser, "Artikel 13 und 10 GG als Einzelgewährleistungen des Rechts auf private Lebensgestaltung," in: J. Isensee en P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1989, p. 68-84, p. 68.

228 BGH 29 mei 1964, GRUR 1965/2, p. 104.

Het Nederlandse huisrecht is in een aantal verschillende wetten gecodificeerd. De Algemene Wet op het binnentreden (AWB) van 1 oktober 1994 vormt een harmonisatie van de verscheidenheid aan binnentredingsbepalingen in verschillende wetten. Ten opzichte van artikel 12 Gw is er sprake van een aanscherping. Op grond van de Grondwet is binnentreden ‘tegen de wil’ van de bewoner niet mogelijk, terwijl de AWB het heeft over binnentreden ‘zonder toestemming’. De politieagent die door een openstaande deur naar binnen wandelt, handelt niet tegen de wil van de bewoner, maar wel zonder diens toestemming.

De AWB biedt dus meer bescherming aan het huisrecht dan de letter van de Grondwet eist.²²⁹ De AWB is echter duidelijk alleen van toepassing op opsporingsambtenaren, niet op gewone burgers. De Opsporingsdienst van de Buma/Stemra²³⁰ is er dus weliswaar aan gebonden, maar particulieren niet. In horizontale verhoudingen zal men dus weer op het algemene huisrecht moeten terugvallen, dat een geringere mate van bescherming biedt. Een aanhangig wetsvoorstel moet deze discrepantie oplossen.²³¹

De strafrechtelijke pendant van het huisrecht biedt echter weer minder bescherming. Op grond van artikel 138 Sr is er pas van huisvredebreuk sprake indien men ‘wederrechtelijk binnendringt’. Daarvoor is vereist dat men tegen de verklaarde wil van de bewoner naar binnengaat. Deze kan blijkens de jurisprudentie kenbaar worden gemaakt door woorden (een bordje verboden toegang) of daden (de deur is op slot).

In een digitale omgeving is het verbod op *computervredebreuk* van belang. Dit verbod is gebaseerd op artikel 138 Sr, maar stelt stringentere eisen aan de verklaarde wil van de eigenaar van de computer. Een bordje verboden toegang is in het geval van artikel 138a Sr niet voldoende. Er is pas sprake van binnendringen indien de hacker enige beveiliging doorbreekt.²³² De bescherming van de privacy van de eigenaar van de computer wordt aldus afhankelijk gemaakt van de beveiliging. Indien de computer niet beveiligd is, geniet de gebruiker daarvan geen (strafrechtelijke) privacy. Met de beveiliging zou de gebruiker pas kenbaar maken dat deze prijsstelt op een ‘privé-terrein’ in plaats van een voor ieder toegankelijk terrein.²³³

Er zal dus sprake zijn van computervredebreuk indien een rechthebbende bij de controle op het gebruik van zijn werk enige beveiliging doorbreekt. Het is niet lastig om deze eis te omzeilen door gebruik te maken van speciale technologieën. Een werk dat on-line aangeschaft wordt, kan bijvoorbeeld voorzien zijn van een

229 M.L.W.M. Viering, “Tussen praktijk en recht: het huisrecht,” in: J.B.J.M. ten Berge en e.a., *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, p. 169-183, p. 178.

230 Deze dienst zal binnenkort waarschijnlijk worden overgeheveld naar de overheid: *Kamerstukken II* 26955 1999/00, nr. 1, p. 8.

231 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 442.

232 C.H. van Dijk en J.M.J. Keltjens, *Computercriminaliteit*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 93.

233 H. Franken, H.W.K. Kasperen en A.H. de Wilde, *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 1997, p. 380.

computerprogramma dat nauwkeurig bijhoudt hoe vaak het werk wordt gelezen of gekopieerd.²³⁴ Duidelijk is dat dit programma geen beveiliging hoeft te doorbreken om zich op de harde schijf van de gebruiker te nestelen.

Daarmee vormt het verbod op computervredebreuk niet altijd een adequate bescherming tegen de controle van rechthebbenden van het gebruik dat van hun werken wordt gemaakt. In dit geval zal de gebruiker ter afweer van deze controle moeten terugvallen op de algemene bescherming uit hoofde van artikel 10 Gw en artikel 8 EVRM. Ook kan hij een beroep doen op het recht op privacy als algemeen rechtsbeginsel en als subjectief recht.

3.3.3 Controle door identificatie

In het analoge tijdperk was het mogelijk om in betrekkelijke rust auteursrechtelijk beschermde werken aan te schaffen. In het geval van een boek ging men naar de boekhandel, kocht het boek en nam het mee naar huis om het daar te lezen. In een digitale omgeving wordt die rust verstoord doordat men bij transacties op het internet vaak gedwongen wordt de eigen identiteit prijs te geven. In de enkele plaats waar men zich wel moest identificeren, de bibliotheek, leidde dit tot felle discussies, getuige de in de inleiding bij dit onderzoek beschreven introductie van de 'Chipper' in bibliotheken.

Indien een werk echter via het internet wordt aangeschaft, geeft men in beginsel allerlei persoonlijke gegevens vrij. Deze kunnen vervolgens weer met anderen gedeeld worden. Amazon.com heeft bijvoorbeeld korte tijd een zoekprogramma aangeboden waarmee bezoekers van de site konden zien wie allemaal een bepaald boek had aangeschaft. Na kritische reacties ingegeven door de bescherming van de privacy werd de dienst weer snel geschrapt.²³⁵ Belangrijke vraag is dus of de consument gedwongen kan worden bij een transactie deze gegevens prijs te geven, of dat hij zich kan beroepen op een recht op anonimiteit.

In de Grondwet wordt geen recht op anonimiteit gegarandeerd. Desalniettemin wordt het belang om anoniem transacties te verrichten door zowel de Europese Commissie als de Nederlandse overheid erkend. Dat geldt met name voor transacties in cyberspace. De Europese Commissie heeft al in 1997 een aanbeveling gepubliceerd, waarin ze aangeeft dat anonimiteit op internet een belangrijke garantie is om controle op individueel gedrag te voorkomen. Ze acht het dan ook van essentieel belang dat de consument anonimiteit kan kiezen als hij dat wenst.²³⁶ De

234 Greenleaf, "IP, phone home. ECMS, (c)-tech, and protecting privacy against surveillance by digital works," presented at International Conference on Privacy and Personal Data Protection, Hong Kong 1999 <http://www2.austlii.edu.au/~graham/ip_privacy/>.

235 *Wired* "Big Brother, Big 'Fun' at Amazon" d.d. 25 augustus 1999.

236 Groep voor de bescherming van personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens, Aanbeveling 3/97 van 3 december 1997.

Nederlandse regering heeft in de nota Wetgeving voor de elektronische snelweg gesteld dat anonimiteit bij het handelen op de elektronische snelweg het uitgangspunt moet zijn.²³⁷

Onlangs heeft de Commissie Digitale Grondrechten, ook wel naar de voorzitter de Commissie Franken genoemd, echter in haar belangwekkende rapport een ander geluid laten horen. De Commissie Franken zegt kortweg dat anonimiteit op internet een illusie is en dat je hem daarom ook niet moet garanderen. Een grondrecht op anonimiteit wordt dan ook categoriaal door de Commissie Franken afgewezen²³⁸, hetgeen tot scherpe kritiek van Kuitenbrouwer heeft geleid. Hij acht een recht op anonimiteit met name van belang in verband met de bescherming van de uitingsvrijheid.²³⁹

In het kabinetsstandpunt van 16 oktober 2000 over het advies van de Commissie Franken geeft de regering aan dat een zekere mate van anonimiteit in het verkeer op internet gewenst is. Zij voegt daar echter direct aan toe dat voorzover anonimiteit een uitgangspunt is, deze voldoende beschermd wordt door artikel 10 Gw, dat bescherming biedt aan de persoonlijke levenssfeer.

Dat is een opmerkelijke stellingname. Hoewel artikel 10 Gw ruim geredigeerd is, lijkt anonimiteit er niet onder te vallen. Ook Asscher meent dat een recht op anonimiteit niet onder de bescherming van de persoonlijke levenssfeer valt. Reden voor hem om te pleiten voor de introductie van een grondwetsartikel van deze strekking.²⁴⁰ Vooralsnog lijkt er echter geen grondwettelijke garantie te zijn voor anonimiteit. Afgezien van een aantal procedurevoorschriften ter bescherming van de verdachte in het strafproces wordt anonimiteit evenmin in specifieke wetgeving gewaarborgd. Er bestaat derhalve geen recht om anoniem te lezen.²⁴¹

Een rechthebbende kan de consument dus in beginsel verplichten zijn identiteit prijs te geven indien deze toegang tot zijn werk wil. Dat is bijvoorbeeld het geval bij veel Electronic Copyright Management Systems. Uiteraard kan deze consument vervolgens afzien van de transactie, maar dan heeft hij geen toegang tot de informatie vervat in het werk. Het risico bestaat dus dat consumenten eenzijdig worden gedwongen allerlei persoonlijke informatie prijs te geven, zodat de rechthebbenden zijn rechten beter kan controleren en handhaven. Ook de Wet bescherming persoonsgegevens biedt hier geen soelaas, zoals hieronder uit paragraaf 3.3.5 zal blijken.

²³⁷ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 880, nrs 1-2, p. 129.

²³⁸ Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, "Rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk", Den Haag 2000, p. 125.

²³⁹ F. Kuitenbrouwer, "Hoe sterk zijn de digitale grondrechten?", *Computerrecht* 2000/4, p. 172-176, p. 174.

²⁴⁰ L.F. Asscher, "Niemand als consument. Naar een evenwichtig grondrecht op anonimiteit," in: J.E.J. Prins, *De e-Consument. Consumentenbescherming in de nieuwe economie*, Den Haag: Elsevier Juridisch, 2000, p. 7-20, p. 13.

²⁴¹ Vgl. J.E. Cohen, "A Right to Read Anonymously: A Closer Look at 'Copyright Management'", *Connecticut Law Review* 1996/28, p. 981-1039.

3.3.4 Controle door observatie

Het observeren van het gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken kan op een tweetal verschillende manieren plaatsvinden. Allereerst in het mogelijk de communicatie te observeren. Het gaat dan om de communicatie van individuen onderling. Voorzover deze communicatie niet beperkt is tot de kleine besloten kring, zal er op grond van de Nederlandse Auteurswet vermoedelijk sprake zijn van een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking. Het is echter de vraag in hoeverre controle door de rechthebbende hierop zich verdraagt met de bescherming van de privé-sfeer. In de tweede plaats is het mogelijk de individuele gebruiker van werken te observeren. Deze laatste vorm van observatie wordt onder meer mogelijk gemaakt door werken te voorzien van ingebouwde programma's die het gebruik bijhouden en doorgeven aan de rechthebbende.

Het communicatiegeheim is van belang voor de eerste categorie van observeren. Artikel 13 lid 1 Gw beschermt kortweg het geheim van communicatie door brieven. Belangrijke vervolgvraag is wat in dit verband onder een 'brief' moet worden verstaan. Betekent een open envelop of een onpersoonlijke mailing dat er geen sprake is van een brief? In het eerste geval wel, in het tweede niet. Bij de Grondwetwijziging van 1983 heeft de regering aangegeven dat het bij het briefgeheim gaat om de communicatie in gesloten enveloppen, maar dat ook niet-persoonlijke brieven zoals circulaires als brief worden beschouwd.²⁴²

Het telefoon- en telegraafgeheim van artikel 13 lid 2 Gw bieden bescherming aan alle vormen van communicatie die via deze media worden verricht. Aangezien om technische redenen soms inbreuk op dit recht moet worden gemaakt, strekt de bescherming zich ook uit tot degene die aldus informatie verkrijgt. Indien een werknemer van KPN 'inluistert' om de kwaliteit van het netwerk te waarborgen, zal deze de opgedane informatie niet mogen openbaren of verspreiden.

De reikwijdte van het grondrecht is momenteel onderwerp van discussie. De Commissie grondrechten in het digitale tijdperk wenst alle vormen van vertrouwelijke communicatie onder het (tele)communicatie- of transportgeheim te scharen.²⁴³ Anderen menen dat daardoor het recht wordt uitgehold.²⁴⁴ De uitbreiding die de Commissie-Franken voor ogen heeft, betekent tevens echter een belangrijke inperking. De Commissie wil de inhoud van het begrip 'vertrouwelijke communicatie' laten afhangen van de geobjectiveerde wil van de verzender. Dat betekent dat afhankelijk van de wil van de verzender de communicatie al of niet onder artikel 13 Gw valt.

242 L.F. Asscher, *Constitutionele convergentie van pers, omroep en telecommunicatie*, Deventer: Kluwer 1999, p. 68.

243 Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, "Rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk", Den Haag 2000.

244 A.J. Nieuwenhuis, "Vertrouwde en virtuele bescherming", *NJCM-Bulletin* 1998/4, p. 423-437.

Dit opent de deur voor de redenering dat niet versleutelde e-mail niet onder het communicatiegeheim valt, aangezien de verzender zich niet de moeite heeft getroost de communicatie te beveiligen. Dat betekent dat vermoedelijk het overgrote deel van het e-mailverkeer niet onder het communicatiegeheim zal vallen. Dommering merkt terecht op dat het moet gaan om het geobjectiveerde geheim van de transporteur. Het communicatiegeheim gaat immers over geadresseerde gegevens die de zorg van derden worden toevertrouwd om deze op een aangegeven adres te bezorgen.²⁴⁵

Het is de vraag in hoeverre artikel 13 Gw ook in horizontale verhouding gelding heeft. Vooral nu de overheidstransporteurs van voorheen allemaal zijn geprivatiseerd, is het van belang dat het communicatiegeheim ook tussen burgers onderling geldt. De Commissie-Franken heeft dit probleem erkend en draagt in een nieuw vierde lid van artikel 13 Gw de overheid op specifieke regels te formuleren die de vertrouwelijke communicatie in horizontale verhoudingen waarborgt.²⁴⁶ Vooralsnog lijkt artikel 13 Gw slechts in aanmerking te komen voor indirecte horizontale werking.

Het Wetboek van Strafrecht biedt echter waarborgen tegen het afluisteren en opnemen tussen burgers onderling. In artikel 139a lid 1 Sr wordt het afluisteren met een technisch hulpmiddel van een gesprek dat in een woning, een besloten lokaal of op een erf wordt gevoerd strafbaar gesteld, als dat tenminste geschiedt buiten een van de gesprekspartners om. Gesprekken die op andere dan genoemde plaatsen worden gevoerd, worden op overeenkomstige wijze in artikel 139b lid 2 Sr tegen afluisteren met technische hulpmiddelen beschermd. In deze artikelen staat echter het gesprek centraal, niet data-communicatie. Daarom is bij de Wet Computercriminaliteit een tweetal nieuwe bepalingen geformuleerd, die zien op gegevens (artikel 139a lid 2) respectievelijk gegevensoverdracht (artikel 139b lid 2). In artikel 139c Sr is het aftappen of opnemen van gegevens overgedragen via telecommunicatie strafbaar gesteld.

Naast het observeren van het communicatieproces is het ook mogelijk het gebruik van de individuele gebruiker van werken te observeren. Deze laatste vorm van observatie wordt onder meer mogelijk gemaakt door werken te voorzien van ingebouwde programma's die het gebruik bijhouden en doorgeven aan de rechthebbende. Systemen die het elektronisch beheer van rechten mogelijk maken, zogenaamde electronic copyright management systems (ECMS), zullen zich meestal van dergelijke observatiemiddelen bedienen. De privacyimplicaties van dergelijke systemen zijn uitvoerig door Bygrave en Koelman beschreven in hun mooie studie

245 E.J. Dommering, "De nieuwe Nederlandse Constitutie en de informatietechnologie. Bespreking van het rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk", *Computerrecht* 2000/4, p. 177-185, p. 183.

246 Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, "Rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk", Den Haag 2000, p. 167.

over privacy en auteursrecht in verband met ECMS. De bedreiging voor de privacy is volgens hen evident:

“[S]uch systems could facilitate the monitoring of what people privately read, listen to, or view, in a manner that is both more fine-grained and automated than previously practised. This surveillance potential may not only weaken the privacy of information consumers but also function as a form of thought control, weighing down citizens ‘the subtle, imponderable pressures of the orthodox’, and thereby inhibiting the expression of non-conformist opinions and preferences.”²⁴⁷

Ondanks deze evidente bedreiging bestaat er in de Nederlandse wetgeving geen specifieke regelgeving die dergelijke observatie aan banden legt. Men zal dus moeten terugvallen op de reguliere privacybescherming van 10 Gw en 8 EVRM, alsmede die op grond van privacy als algemeen rechtsbeginsel en als privaatrechtelijk persoonlijkheidsrecht. Het is beslist niet ondenkbaar dat deze observatie inbreuk op het algemene recht op privacy maakt. Voorzover bij deze observatie persoonsgegevens worden verwerkt kan onder omstandigheden wel op grond van een specifieke wet worden opgetreden, de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP). Deze zal hieronder behandeld worden in verband met de controle door persoonsgegevens te verzamelen en te verwerken.

3.3.5 Controle door persoonsgegevens te verwerken

De drie bovengenoemde manieren waarop een auteursrechthebbende het gebruik van zijn beschermde werk kan controleren, kunnen gepaard gaan met het verwerken van persoonsgegevens. Indien dat het geval is treedt de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP) in werking. Met de WBP wordt gevolg gegeven aan de instructienorm van het tweede en derde lid van artikel 10 Gw. De wetgever dient specifieke regels te stellen op het gebied van de verwerking van persoonsgegevens. Het gaat dus om informatiele privacy. De WBP is nog niet in werking getreden, maar zal vermoedelijk in september 2001 de Wet persoonsregistraties (WPR) opvolgen. De WBP vormt tevens de implementatie van de Europese Privacyrichtlijn van 23 november 1995 (95/46/EG).

Van groot belang voor de reikwijdte van de wet is wat onder een ‘persoonsgegeven’ dient te worden verstaan. Op grond van de wet is dat elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon (artikel 1). Blijkens de Memorie van Toelichting (p. 46) moet het begrip ruim worden opgevat. Als de gegevens mede bepalend zijn voor de wijze waarop de betrokken persoon in het

²⁴⁷ L.A. Bygrave en K.J. Koelman, “Privacy, Data Protection and Copyright,” in: P.B. Hugenholtz, *Copyright and Electronic Commerce. Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 59-124, p. 65.

maatschappelijk verkeer wordt beoordeeld, zal er sprake zijn van een persoonsgegeven.

Wat betreft de identificeerbaarheid, wordt in de Memorie van Toelichting een onderscheid gemaakt tussen direct en indirect identificerende gegevens. Indirecte gegevens maken identificatie vaak mogelijk door ze te koppelen aan andere gegevens. Ook zonder direct identificeerbare gegevens als naam, adres en woonplaats kan identificatie dus mogelijk zijn, bijvoorbeeld door combinatie van beroep en geslacht zoals in het geval van een vrouwelijke dierenarts in een kleine gemeente. Anonimiteit is dus niet zonder meer een mogelijkheid om buiten het bereik van de wet te blijven.

Indien men derhalve alleen een auteursrechtelijk beschermd werk mag gebruiken in ruil voor zijn persoonsgegevens, zal de rechthebbende of de organisatie die de gegevens voor hem verzamelt, rekening moeten houden met de bijzondere regels van de WBP. Dat geldt eveneens voor de observatie van het gebruik waarbij persoonsgegevens worden verwerkt. In wezen vormt iedere handeling met betrekking tot een persoonsgegeven een verwerking daarvan. Het maakt daarbij niet uit of er sprake is van een elektronische of een niet-elektronische handeling. Men kan hierbij denken aan het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, uitwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwisselen of vernietigen van gegevens.

Persoonsgegevens mogen op grond van artikel 7 WBP slechts worden verzameld voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden worden verzameld. Daarbij dienen de gegevens toereikend, ter zake dienend, niet bovenmatig, juist en nauwkeurig te zijn. Concreet betekenen deze eisen dat verwerkers de nodige aandacht moeten besteden aan het onderhoud van hun gegevensbestanden en — gezien hetgeen met de verwerking wordt beoogd — kritisch moeten bezien welke gegevens nu precies noodzakelijk zijn.

In artikel 8 WBP wordt verder aangegeven wanneer de verwerking gerechtvaardigd is. Dat zal in ieder geval zo zijn indien de betrokkene daarvoor zijn *ondubbelzinnige* toestemming heeft verleend (artikel 8 sub a WBP). Ook kan hiervan sprake zijn indien de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verwerker of een derde. Dit belang dient afgewogen te worden tegenover het recht op privacy van de persoon in kwestie (artikel 8 sub f WBP). Op de verwerker van de gegevens rust de bewijslast dat de gegevensverwerking noodzakelijk is.

Hieruit volgt dat indien de gebruiker van auteursrechtelijk beschermd materiaal zijn toestemming aan de rechthebbende verleent, zijn persoonsgegevens te verwerken de verwerking — met inachtneming van de overige voorwaarden van de WBP — rechtmatig is. De WBP definieert toestemming als elke vrije, specifieke en op

informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt. Deze toestemming behoeft niet schriftelijk te worden vertrekt, maar kan ook uit woord of gedrag worden afgeleid. In het algemeen moet aan drie eisen zijn voldaan: vrijheid van beslissen, duidelijke omschrijving van de reikwijdte van de toestemming en op basis van goede informatie.

Het bijvoeglijke naamwoord ‘ondubbelzinnige’ in artikel 8 sub a WBP geldt als een verzwaaring van het toestemmingsvereiste. In het geval van ondubbelzinnige toestemming moet iedere twijfel zijn uitgesloten over de vraag of de betrokkene zijn toestemming heeft verleend en voor welke specifieke verwerkingen deze toestemming is gegeven. Indien hierover twijfel bestaat, heeft degene die de persoonsgegevens verwerkt een verificatieplicht.²⁴⁸

Dit betekent niettemin dat ondubbelzinnige toestemming verstrekkende gevolgen voor de gebruiker kan hebben. De rechthebbende is wat dat betreft in een sterke onderhandelingspositie: indien de toestemming niet wordt verleend, mag men het auteursrechtelijk beschermde materiaal niet gebruiken.

Aangezien gegevens over iemands lees-, luister en kijkgedrag zeer privacygevoelig zijn, kan men zich afvragen of de verwerking daarvan niet met extra waarborgen omkleed moet zijn. In de Verenigde Staten, waar algemene wetgeving ter bescherming van de verwerking van persoonsgegevens ontbreekt, bestaat desondanks specifieke wetgeving die gegevens over lees-, luister- en kijkgedrag beschermt.²⁴⁹ Het is derhalve aan te bevelen dergelijke gegevens in ieder geval als bijzonder of gevoelig aan te merken, zodat de meer stringente vereisten van artikelen 16 t/m 24 WBP van toepassing zijn.

Dat geldt te meer nu toestemming van de gebruiker op grond van artikel 8 sub f WBP niet vereist is indien de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de auteursrechthebbende, tenzij het recht op privacy van de betrokkene prevaleert. Dit is een vaag criterium. Deze rechtvaardigingsgrond moet gezien worden als een open restbepaling, waarop een beroep gedaan kan worden indien men zich niet kan baseren op de andere, specifieke rechtvaardigingsgronden van artikel 8 WBP. Het criterium bevat drie belangrijke elementen: het gerechtvaardigde belang van de verwerker, de noodzakelijkheid van gegevensverwerking, het privacybelang van de betrokkene. Aangenomen moet worden dat de aard van de verzamelde gegevens zich verzet tegen het spoedig van toepassing zijn van deze rechtvaardigingsgrond.

²⁴⁸ MvT, p. 65-67.

²⁴⁹ L.A. Bygrave en K.J. Koelman, “Privacy, Data Protection and Copyright,” in: P.B. Hugenholtz, *Copyright and Electronic Commerce. Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 59-124, p. 81.

3.3.6 Conclusie

In deze paragraaf is onderzocht in hoeverre de controle door de rechthebbende op het gebruik van zijn werk zich verdraagt met de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker. Er is hierbij met name gekeken naar specifieke wetgeving, aangezien daarin al een keuze is gemaakt door de wetgever. Indien een bepaalde controlehandeling zich bijvoorbeeld niet verdraagt met de WBP is hij simpelweg niet toegestaan. Er hoeft niet nog een belangenafweging plaats te vinden, zoals wel het geval is indien men een beroep doet op meer algemene privacybescherming. In dat geval gaat het om privacybescherming uit hoofde van de Grondwet of internationale verdragsbepalingen als artikel 8 EVRM. Ook is het mogelijk dat de controle van de rechthebbende zich niet verdraagt met privacy als algemeen rechtsbeginsel of privacy als subjectief recht.

Uit de bespreking van de specifieke privacywetgeving — die overigens verre van volledig is — blijkt dat deze wetgeving slecht is toegesneden op de verhouding rechthebbende-gebruiker van beschermd materiaal. Sommige controlehandelingen zullen evident niet zijn toegestaan, bijvoorbeeld indien deze met het verwerken van persoonsgegevens gepaard gaat. Problematisch is echter dat de gebruiker door de rechthebbende min of meer gedwongen kan worden hem toestemming te verlenen voor allerlei controlehandelingen. De rechthebbende heeft immers een sterke onderhandelingspositie.

Het is niet ondenkbaar dat de gebruiker de rechthebbende toestemming verleent zijn persoonsgegevens te verzamelen, zijn consumptiegedrag bij te houden en bij tijd en wijle zijn harde schijf te controleren. Toestemming is makkelijk gegeven. Duidelijk is echter dat de specifieke waarden die door het recht op privacy worden beschermd hierdoor in het gedrang komen. Naar onze mening ligt hier een taak voor de overheid. In het tweede hoofdstuk is al aangegeven dat het beschermen van de persoonlijke levenssfeer een paternalistische bezigheid is. De burger mag tegen zichzelf in bescherming worden genomen. Het opgeven van de privacy is immers eenvoudig, maar de gevolgen daarvan zijn niet altijd op voorhand te voorspellen..

Dit is met name het geval in een digitale omgeving, waar inbreuken op de privacy niet altijd worden geconstateerd door de burger. De gevolgen zijn daarom echter niet minder verstrekkend.

Conclusies en aanbevelingen

De uitoefening van het auteursrecht door de rechthebbende zal in de toekomst steeds vaker botsen met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker van diens werk.

De oorzaak van deze botsing is tweërlei. In de eerste plaats lijkt de Europese wetgever de interne privacycorrectie van het auteursrecht te veronachtzamen. In de tweede plaats wordt de persoonlijke levenssfeer onvoldoende gegarandeerd door specifieke wetgeving, die het auteursrecht extern zou kunnen begrenzen. Hieronder volgt eerst een toelichting op het falen van de interne privacycorrectie.

Interne privacycorrectie. In het eerste hoofdstuk is uiteengezet dat het auteursrecht (grofweg) een tweeledig doel dient: het belonen van de schepper van oorspronkelijke werken en het verspreiden van kennis en cultuur. Deze doeleinden kunnen elkaar ondersteunen. Door de auteur te belonen, wordt hij tevens aangezet tot het maken en verspreiden van nieuw werk. Dit vereist echter wel een zorgvuldige afweging van enerzijds de belangen van de auteur en anderzijds de belangen van het publiek.

Indien deze belangen niet nauwkeurig in evenwicht zijn, ontstaat een probleem. Wanneer teveel de nadruk wordt gelegd op het verspreiden van kennis en cultuur zal de auteur onvoldoende beloond worden, waardoor hij niet aangezet wordt om te creëren. Omgekeerd geldt dat een te hoge beloning ertoe leidt dat het recht het verspreiden van kennis en cultuur juist belemmert. De wetgever die het op zich neemt het auteursrecht aan te passen aan een digitale omgeving moet dus een evenwichtskunstenaar zijn.

Eén van de belangen van het publiek waar deze wetgever rekening mee moet houden, is het recht op privacy. Binnen het auteursrecht komt het recht op privacy tot uiting in de reikwijdte van de exploitatierechten van de auteur. Traditiegetrouw wijken de exploitatierechten voor de persoonlijke levenssfeer. Deze gaan niet zover dat ze de *consumptie* van auteursrechtelijk beschermde werken kunnen verbieden. Handelingen die noodzakelijk zijn voor de consumptie van auteursrechtelijk beschermde werken, vallen dus niet onder de exploitatierechten. Het belasten van de consumptie of het genot zou te zeer ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer en de individuele vrijheid van de gebruiker.

Dat betekent dat wanneer een auteursrechtelijk beschermd werk publiek toegankelijk wordt gemaakt er geen sprake is van een juridisch relevante

openbaarmaking, indien het toegankelijk maken noodzakelijk is voor de consumptie van het werk. Met andere woorden, degene die uitsluitend ten eigen genoegen naar muziek luistert, maakt deze niet openbaar. Voor dat oordeel is dus niet van belang of ook anderen naar de muziek kunnen luisteren, zo bepaalde de Hoge Raad in het Buma/De Zon-arrest.

Het Europese Parlement en de Raad hebben dit ten aanzien van het verveelvoudigingsrecht c.q. reproductierecht expliciet onderkend in hun richtlijnvoorstel Auteursrecht. Tijdelijke reproductiehandelingen worden op grond van artikel 5 lid 1 van het voorstel uitgezonderd van het reproductierecht, voorzover ze van ‘voorbijgaande of incidentele aard zijn en een integrerend en onmisbaar onderdeel vormen van een technisch procédé met als enig doel (...) een rechtmatig gebruik’ mogelijk te maken. Een ‘rechtmatig gebruik’ is blijkens overweging 33 gebruik dat niet bij wet is beperkt. Aangezien de consumptie van een werk niet onder het reproductierecht valt, is hier dus geen sprake van een gebruik dat bij de wet is beperkt.²⁵⁰

Nu vereist artikel 5 lid 1 bovendien dat de handelingen geen ‘zelfstandige economische waarde’ bezitten. Het is niet eenvoudig deze laatste eis te interpreteren. Het lijkt van tweeën één: of een handeling bezit ‘zelfstandige economische waarde’ en valt daarmee onder het exclusieve recht van de auteur of er is *geen* sprake van ‘zelfstandige economische waarde’ en dus is er sprake van een ‘rechtmatig gebruik’. Het komt dan vreemd voor om aan het rechtmatige gebruik nog een extra vereiste te verbinden. Het kan immers betoogd worden dat iedere handeling zelfstandige economische waarde heeft, aangezien het mogelijk is voor iedere handeling een vergoeding te bedingen. Dat geldt dus bijvoorbeeld ook voor consumptiehandelingen.

Deze zullen met name in een digitale omgeving zelfstandige economische waarde bezitten. Terwijl de auteur in een analoge omgeving wordt aangemoedigd zijn werk te verspreiden, is het in een digitale omgeving aantrekkelijker om een werk te exploiteren op het niveau van het *eind*gebruik. Het is bijvoorbeeld eenvoudig een vergoeding te vragen voor het lezen van een on-line ter beschikking gesteld boek. Een dergelijk ruim exploitatierecht zal echter per definitie botsen met andere rechten en belangen die aan het auteursrecht ten grondslag liggen.

In de eerste plaats is het moeilijk in overeenstemming te brengen met de informatievrijheid, die bijvoorbeeld ten grondslag ligt aan het object van auteursrechtelijke bescherming. Het auteursrecht beschermt enkel de vormgeving van een werk, niet de inhoud daarvan. Dit onderscheid tussen beschermde vorm en onbeschermde inhoud zal vervallen indien de waarneming van een werk onder het

250 P.B. Hugenholtz, “Brussels Broddelwerk. Recht en krom in de auteursrechtlijn”, *AMI* 2001/1, p. 2-8, p. 7.

verbodsrecht van de auteur valt. Er zou dan feitelijk sprake zijn van auteursrecht op informatie.²⁵¹

Bovendien zou een exclusief recht op het niveau van de consumptie van het werk zich slecht verdragen met het recht op privacy van de eindgebruiker. Lezen, kijken en luisteren zijn handelingen die dermate met onze vrijheid en menselijke waardigheid zijn verwrongen dat ze niet kunnen worden verboden. Een dergelijke bemoeienis van de auteur zou diep ingrijpen in de individuele autonomie en de persoonlijke levenssfeer. Hoewel deze handelingen strikt genomen wel een vorm van exploitatie zijn, is er een principiële grond die zich verzet tegen het aanknopen bij dergelijke consumptiehandelingen: het recht op privacy.

Lezen, luisteren en kijken zijn dermate met ons dagelijks bestaan verweven dat een verbod daarop per definitie strijdig is met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Hier worden verschillende aspecten van privacy beschermd: individuele vrijheid, lichamelijke integriteit en menselijke waardigheid. Het is derhalve *principiële* onjuist het verveelvoudigingsrecht uit te breiden tot handelingen die noodzakelijk zijn voor dergelijke consumptie of genot van auteursrechtelijk beschermde werken, zoals het richtlijnvoorstel Auteursrecht in de Informatiemaatschappij lijkt te beogen.

Bovendien is het ook *onnodig* de consumptie of het genot van auteursrechtelijk beschermde werken aan een verbodsrecht onderhevig te maken. Ook in een digitale omgeving kan de exploitatie van het werk op een ander niveau binnen de distributieketen plaatsvinden dan bij de eindgebruiker. Bijvoorbeeld bij de houder van de website, waarop auteursrechtelijk beschermde werken worden aangeboden. Of bij degene die het computerprogramma aanbiedt waarmee bijvoorbeeld muziekwerken kunnen worden uitgewisseld. Ook is het denkbaar dat de exploitatie plaatsvindt op het niveau van de internet service provider of bij de fabrikant of importeur van hardware waarmee bepaald internet gebruik mogelijk wordt gemaakt.

Er dient voor gewaakt te worden dat andere gebieden waar de privacybescherming eveneens inherent aan een inhoudelijke beperking van de exploitatierechten ten grondslag ligt niet hetzelfde lot beschoren zullen zijn. Het gaat hier om een tweetal inhoudelijke beperkingen op het openbaarmakingsrecht:

- de bescherming van de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring en;
- de openbaarmaking uitsluitend ten genoegen van degene die openbaar maakt.

Bij deze laatste handeling gaat het wederom om een vorm van consumptie. Inbreuk daarop verdraagt zich niet met de individuele vrijheid, zo heeft de Hoge Raad bepaald. In het geval van de bescherming van de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring gaat het om de bescherming van de privé-kring. Het gaat hier

251 P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie*, diss. Amsterdam (UvA), Deventer: Kluwer 1989.

om een vorm van groepsprivacy, waarbij de grootte van de groep bepaald wordt door de persoonlijke band die de onderlinge leden met elkaar verbindt.

Minister van Justitie Korthals meent eveneens dat het auteursrecht niet zover moet reiken dat daarmee het recht op privacy in het gedrang komt, zo blijkt uit het verslag van een algemeen overleg over het richtlijnvoorstel Auteursrecht.

“De minister was van mening dat ook in de digitale omgeving de privé-sfeer gewaarborgd moet zijn. Dat betekent dat een kopie voor privé-gebruik mogelijk moet zijn. (...) Verder was de minister geen voorstander van het scheppen van niet handhaafbare rechten. In een aantal EG-richtlijnen wordt op bepaalde terreinen — computerprogrammatuur en databanken — privé kopiëren niet meer toegestaan. Aan deze regels kan de Nederlandse regering niet voorbij gaan. Uiteraard is ook op deze materie de Europees geregelde bescherming van persoonsgegevens van toepassing. Getracht zal worden buiten het privé-domein te blijven. (...) De richtlijn omschrijft niet precies wat onder privé moet worden verstaan.”²⁵²

Deze formulering is niet helemaal zuiver. De Minister lijkt hier te suggereren dat de beperking voor eigen oefening, studie of gebruik van artikel 16b Aw (de ‘privé-kopie’) op het recht op privacy is gebaseerd. Waarschijnlijk doelt de Minister echter op de consumptie van auteursrechtelijk beschermde werken. Het is van belang deze twee van elkaar te onderscheiden. Bij het privé-kopiëren wordt een auteursrechtelijk beschermd werk verveelvoudigd op een wijze die geschikt is om het werk opnieuw waarneembaar te maken. Dat is niet het geval met consumptie van het werk, wat *eindgebruik* is. Wanneer er *geen* sprake is van eindgebruik zal de privé-kopie eerder op het de *minimis*-beginsel zijn gebaseerd.

De Minister geeft terecht aan dat de handhaving door de rechthebbende en de controle van het gebruik van zijn beschermde werken in strijd komen met het recht op privacy van de gebruiker. In dat geval gaat het om *externe* privacycorrectie, die hieronder zal worden besproken.

Externe privacycorrectie. De technologische vooruitgang heeft als katalysator gewerkt voor zowel de uitbreiding van het auteursrecht als het recht op privacy. In beide gevallen gaat het om een uitbreiding van het recht die de kwalijke gevolgen van de techniek dienen te bestrijden. Bij het recht op privacy gaat het om bescherming tegen inbreuken op de persoonlijke levenssfeer door middel van technologische middelen. In het geval van het auteursrecht gaat het om uitbreiding die de technologische mogelijkheden van het verveelvoudigen en openbaar maken door anderen dan de rechthebbende moet compenseren. Bovendien is uitbreiding van het auteursrecht binnen Europa ingegeven door het streven het recht te harmoniseren.

²⁵² *Kamerstukken II*, 26 538, nr. 3 d.d. 26 mei 2000, p. 7.

Dit geschiedt traditiegetrouw naar het hoogste beschermingsniveau in de Europese Gemeenschap. Lobby's door rechthebbenden lijken daarnaast een belangrijke motor achter de uitbreiding van het auteursrecht.

De techniek waardoor het auteursrecht wordt bedreigd, is tevens diens belangrijkste bondgenoot in de bestrijding van inbreuken. Technologische middelen maken het mogelijk het gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken in vergaande mate te observeren, controleren en registreren. Dat hierdoor inbreuken op het recht op privacy van de gebruiker dreigen, behoeft weinig betoog. In 1996 wees de Europese Commissie hier al op in haar vervolg op het Groenboek inzake het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij:

“Zelfs indien de digitale technologie het binnenkort wellicht mogelijk zal maken de meeste, zo niet alle, toepassingen van het auteursrecht te controleren, zullen er toch altijd situaties zijn waarin een onbegrensd exclusief recht niet gewenst of niet afdwingbaar blijkt te zijn, met name om redenen in verband met de bescherming van de privacy.”²⁵³

De vraag hoe zo'n conflict opgelost moet worden is lastiger. Hierbij dient men uit te gaan van een ruim recht op privacy. In het tweede hoofdstuk hebben wij uiteen gezet dat bescherming van de persoonlijke levenssfeer op verschillende niveau's plaatsvindt. Zo kan het recht op privacy zowel worden beschouwd als een privaatrechtelijk persoonlijkheidsrecht als een algemeen rechtsbeginsel dat ten grondslag ligt aan ons gehele rechtstelsel. Daarnaast neemt het een belangrijke plaats in in de Nederlandse Grondwet, alsmede in de internationale verdragen het EVRM en het IVBP. Het recht op privacy is bovendien uitgewerkt in uiteenlopende specifieke wetten.

In dit onderzoek hebben we geanalyseerd in hoeverre op grondwettelijke normen gebaseerde specifieke privacywetgeving voldoende bescherming biedt wanneer rechthebbenden de gebruikers van hun auteursrechtelijk beschermde werken in hun privé-sfeer willen controleren. Wanneer een auteursrechthebbende door zijn observatie, controle of registratie inbreuk pleegt op een norm in één van deze specifieke wetten, is schending van de privacy immers evident. Beschouwd zijn de controle aan huis en computer, controle door identificatie, controle door observatie en controle door persoonsgegevens te verwerken. Geconcludeerd kan worden dat specifieke wetgeving niet goed uitgerust is voor de digitale omgeving en onvoldoende waarborgen biedt om de privacy van gebruikers te beschermen. Het verdient aanbeveling op dit terrein specifieke wetgeving te introduceren ter preventie van oneigenlijke inbreuken op het recht op privacy.

Met name de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP) biedt onvoldoende bescherming. In de contractuele verhouding tussen rechthebbende en gebruiker is

253 COM(96) 568 def., p. 11.

de eerste in staat eenzijdig zijn wil op te leggen. De rechthebbende kan van de gebruiker verlangen dat deze inzage geeft in zijn persoonsgegevens en dat hij toestemming geeft om deze te verwerken. Toestemming geldt als de belangrijkste rechtvaardigingsgrond in de WBP om persoonsgegevens te verwerken.

Gezien de privacygevoeligheid van lees-, luister- en kijkgegevens pleiten wij in de eerste plaats voor een verzaamd regime ten aanzien van het verwerken van deze gegevens. Dergelijke gegevens dienen naar onze mening in ieder geval te worden aangemerkt als ‘bijzondere persoonsgegevens’ in de zin van paragraaf 2 van de WBP (artikelen 16 t/m 24 WBP). Hiervoor geldt dat de betrokkene *uiddrukkelijke* toestemming moet hebben gegeven voor de verwerking van zijn persoonsgegevens.

Meer in het algemeen verdient het toestemmingscriterium ons inziens nuancering, vooral wanneer het gaat om een verhouding van ongelijke partijen. Het actief beschermen van de persoonlijke levenssfeer van burgers is een taak van de overheid. Juist op het terrein van de privacy dient de burger in bescherming genomen tegen zichzelf. Het opgeven van de privacy is eenvoudig, maar de gevolgen daarvan zijn niet altijd op voorhand te voorspellen. Privacybescherming leent zich derhalve niet goed voor marktwerking en zelfregulering. Indien de verhoudingen ongelijk zijn, mag toestemming van de burger voor het verzamelen van zijn persoonsgegevens niet lichtvaardig worden aangenomen.

Privacy is natuurlijk meer dan een persoonsgegeven. Onder de specifieke wetgeving hangt een royaal vangnet van het algemene recht op privacy, zoals het onder meer is geformuleerd in de Grondwet. Deze bescherming geldt echter niet onverkort. In de eerste plaats zal beschouwd moeten worden of de bescherming van het recht op privacy zich uitstrekt tot de horizontale verhouding tussen rechthebbende en gebruiker. Het vraagstuk van de horizontale werking van het recht op privacy kan genuanceerd worden nu het recht naast de grondrechtelijke bescherming ook als algemeen rechtsbeginsel en privaatrechtelijk persoonlijkheidsrecht wordt erkend. Bescherming uit hoofde van deze laatste twee categorieën werkt in ieder geval direct tussen burgers onderling. Belangrijk is de constatering dat het recht op privacy nimmer absolute gelding heeft. Niet iedere vorm van controle door de rechthebbende kan afgewend worden met een beroep op het recht op privacy.

Een goede toets om te beoordelen of in een gegeven situatie een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer is geoorloofd, zijn de criteria van artikel 8 lid 2 EVRM. Deze komen er vertaald naar een auteursrechtelijke casus op neer dat de inbreuk *noodzakelijk* moet zijn voor de bescherming van het auteursrecht van de rechthebbende, dat de inbreuk in *verhouding* staat tot de mogelijke dreiging van schending van het auteursrecht en dat deze eventuele schending niet op een *andere*, minder ingrijpende wijze vermeden of gecontroleerd kan worden. Bij een dergelijke afweging van belangen kan ook meegenomen te worden dat het auteursrecht en het recht op privacy deels dezelfde rechtsgrond hebben. Zowel het auteursrecht als het recht op privacy hebben mede tot doel creativiteit te stimuleren. Indien controle

door de rechthebbende ertoe leidt dat de daartoe benodigde rust verregaand wordt verstoord, dient deze controle achterwege te blijven.

De verhouding tussen het auteursrecht en het algemene recht op privacy lijkt uit het oog te zijn verloren in overweging 56 bij het richtlijnvoorstel.

“De hierboven bedoelde informatie betreffende het beheer van rechten kan, afhankelijk van de opzet ervan, ook leiden tot de verwerking van persoonsgegevens betreffende het consumptiepatroon van natuurlijke personen ten aanzien van beschermd materiaal en tot onderzoek naar gedragen in de on-lineomgeving. Deze technische maatregelen moeten, wat de technische functies ervan betreft, waarborgen inhouden dat de persoonlijke levenssfeer wordt geëerbiedigd in overeenstemming met Richtlijn 95/46/EG van het Europese Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens.”

Er moet voor gewaakt worden dat de verhouding tussen de rechthebbende en de gebruiker van auteursrechtelijk beschermde werken niet wordt gereduceerd tot een verbod persoonsgegevens te verwerken. Artikel 9 van het richtlijnvoorstel biedt hiervoor de ruimte. Daar wordt bepaald dat de richtlijn geen afbreuk mag doen aan bepalingen betreffende de ‘persoonlijke levenssfeer’. Deze formulering is naar onze mening ruim genoeg om ook het algemene recht op privacy daaronder te vatten.

Summary

The right to privacy is under pressure. Legislators worldwide are adopting laws that limit the right to privacy. The majority of these laws are designed to expand investigative powers during criminal proceedings and law enforcement. They allow for instance surveillance camera's in the public street, body searches for crime prevention, wire tapping and the collection of personal and location data. Conduct on the Internet especially suffers from a diminishing privacy domain. The Convention on Cybercrime, for example, is supposed to grant police officers far-reaching investigative powers in cyberspace.

The diminishing of the privacy domain is not only the result of criminal laws and treaties. An area of law that has seen rapid expansions throughout the last decennium is copyright law. This research analyses how this expansion effects the right to privacy.

In the *first chapter* the expansion of copyright law is described. The introduction of new technologies that have enabled the rapid, cheap and easy reproduction and dissemination of copyrighted works, have lead to demands for more protection from rightholders. In addition, the European legislator has caused the law of copyright to expand, due to its harmonisation efforts. Since the European legislator refuses to tamper with existing rights, the harmonisation of copyright law is directed to the highest level of protection available in the European Union. The expansion of the duration of copyright law from fifty to seventy years after the death of the author, is a 'vivid' example hereof.

It is argued that this expansion is not always in conformity with the purpose and rationale of copyright law.

The justification of copyright law is twofold: to provide an incentive for authors to create original works and to grant authors a reward for their creative effort. The latter argument is based on natural justice, the first on general public interest arguments: the creation of copyrighted works is for the benefit of the public at large since it promotes culture and encourages learning. For this reason copyright law is limited in the interest of the public at large. Examples of public interests and rights that are encompassed in copyright law are the freedom of speech and the ability to create transformative works.

As a result, copyright law should represent a balance between the rights and interests of the author and the rights and interests of the public at large. Unfortunately, this balance has been neglected during the various expansions of

copyright law. The focus has always been on protecting authors and harmonisation in the European Union, not so much on public interests. In addition to unbalancing the law of copyright itself, this expansion leads to conflicts with rights outside of copyright law. Again, the freedom of speech is an oft-mentioned example with regard hereto.

This research, however, examines the way in which the right to privacy has been inflicted by the expansion of copyright law.

In light of the above, the *second chapter* analyses the right to privacy. What is privacy? It is argued that this question is almost impossible to answer. The contents of the right to privacy varies in different circumstances. Time, culture, technological process and personal circumstances are factors that influence the meaning of privacy. The common denominator of these various definitions and degrees of privacy protection is that they aim to protect similar underlying values. Privacy can be considered as a right that is vital for one's personal freedom. Other justifications are human dignity and the right to be protected against (unjustified) representation of one's personality.

Despite the difficulties in defining privacy, its traces can be found in many areas of the law. In the Netherlands, privacy is not only considered a constitutional right, but also as a general principle of law. As such, our entire body of law is founded on the right to privacy. As a personality right, the right to privacy also plays an important role in horizontal relationships between civilians. Internationally, privacy is recognized in international treaties, such as in article 8 of the European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Article 8 is directed towards states and legislators, but will also be of importance to determine liability for privacy infringement amongst civilians.

The foregoing shows, that the right to privacy is omnipresent in our legal system. Conflicts with the right to privacy as a result of the expansion of certain areas of law and of enforcing such laws are therefore foreseeable. These will be described in the *third chapter*.

Especially in the digital environment privacy rights can be easily infringed upon. In March, 2001, for instance, various news sites reported that the music industry uses a program, MediaTracker, which mimics a user on a file-sharing networks, such as Napster, and this way collects information about the musical works stored on the computer hard drives of other users. In the process it also collects the IP addresses of these alleged infringing users. These activities are likely to infringe European data protection laws, which was also the opinion of the Belgian Minister of Justice, when these activities came to light in Belgium.

In the example referred to above, the exercise of copyright law may be limited by privacy laws outside copyright law, i.e. *externally* limited. Data protection laws may limit the powers to collect personal data. Under these laws consent of the individual

is a justification for collecting personal data. It is argued that in instances where parties do not have equal bargaining power ‘consent’ should not easily be considered given. Furthermore, it is argued to regard data concerning what an individual reads, listens to or watches as especially sensitive data. With regard to especially sensitive data, consent will have to be granted more explicit compared to ‘normal’ personal data.

Other external conflicts that are discussed in the third chapter are the monitoring of infringing uses inside the computers of possible infringers, the monitoring by identification of users of copyrighted material and the monitoring or surveillance of users by digital technologies, wire tapping and the like.

The third chapter also examines whether copyright law is *internally* limited by the right to privacy, i.e. inside the system of copyright law itself.

Copyright law is limited internally in a number of ways: its duration is limited, the works and the rights protected are limited, and every copyright act contains several specific statutory limitations, such as the quotation right. As said, these limitations enable the law of copyright to play its instrumental role: furthering the development of original works. Since no work stands on itself, but is created upon the works preceding it, legislators allow certain uses of copyrighted works. If not, the law of copyright would have been ill-designed to serve its purpose. A limitation may either be based on the transformative nature of the use in question or on fundamental rights like the freedom of speech and the free flow of information.

It is argued that some limitations on copyright law are in fact based on the right to privacy. This applies to the limitation that allows the consumption of copyrighted works and to the limitation that allows the use of copyrighted works within a close circle of family, friends and acquaintances. Both limitations effect the scope of the exclusive rights of the rightholder. The latter limitation follows from the definition of ‘public’ in connection to the rights of communication to the public and making available to the public. Hence, if the circle to which one communicates a copyrighted work or makes such a work available cannot be considered ‘public’ the exclusive rights do not apply. This will be the case if the circle merely consists of family, friends and acquaintances. It follows from Dutch case law that the underlying rationale for this exemption is group privacy, since the courts focus on the mutual personal ties of the circle concerned.

Privacy is also the rationale of allowing the consumption of copyrighted works. The consumption of copyrighted works means the enjoyment thereof, for instance, reading a book, listening to music or watching a performance. It concerns end-use by individual consumers. This type of use is closely connected to individual freedom, as was also emphasized by the Dutch Supreme Court in the *Wasserij de Zon*-case.

The European Council and Parliament have stipulated the above explicitly with regard to the reproduction right. Article 5(1) of the proposed Copyright Directive exempts temporary acts of reproduction, which are transient and incidental, which are an integral and essential part of a technological process, whose sole purpose is to enable a 'lawful use'. According to recital 33 a use should be considered lawful if it is not restricted by law. Since consumptive uses do not fall under the reproduction right, this should be considered as a lawful use. Strangely, Article 5(1) also requires that the said use does not have 'independent economic significance'. This criterion may be considered odd, since it can be argued that every use of a copyrighted work has independent economic significance; at the least the fact that the rightholder was denied a remuneration for the use.

In a digital environment consumptive uses may have considerable independent economic significance. Listening to music, reading books or watching films on-line are all consumptive uses that can be easily exploited in the digital age. However, an exclusive right to listen, read or watch will inevitably collide with the right to privacy. Moreover, it is unnecessary to bring such acts under the exclusive rights of the author, since exploitation of a work need not take place at the level of the end-user. On the Internet, for instance the owner of a web-site can be held liable for its communication to the public or making available of copyrighted works.

It remains to be seen how the 'independent economic significance' criterion will be interpreted by the courts. In our opinion a stringent interpretation hereof will lead to a diminishing of personal privacy and a clash with the right to privacy. In this regard an important provision of the Directive is Article 9, which states, *inter alia*, that the Directive shall be without prejudice to provisions concerning in particular data protection and privacy.

Geraadpleegde literatuur

1. P.W.C. Akkermans, C.J. Bax en L.F.M. Verhey, *Grondrechten. Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
2. C.A. Alberdingk Thijm, "Fair use: het auteursrechtelijk evenwicht hersteld", *Informatierecht/AMI* 1998/9, p. 145-154.
3. C.A. Alberdingk Thijm, "Brief naar het front: nieuws en fair use", *Informatierecht/AMI* 1999/9, p. 143-147.
4. E.A. Alkema, "De reikwijdte van fundamentele rechten - de nationale en internationale dimensies" in: *De reikwijdte van fundamentele rechten*, Handelingen NJV, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 5-129.
5. E.J. Arkenbout, "Nieuw auteursrecht op komst", *Informatierecht/AMI* 2000/7, p. 125-131.
6. L.F. Asscher, *Constitutionele convergentie van pers, omroep en telecommunicatie*, Deventer: Kluwer 1999.
7. L.F. Asscher, "Niemand als consument. Naar een evenwichtig grondrecht op anonimiteit," in: J.E.J. Prins, *De e-Consument. Consumentenbescherming in de nieuwe economie*, Den Haag: Elsevier Juridisch, 2000, p. 7-20.
8. C.P. Aubel, *Persoon en pers*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 1968.
9. Commissie Auteursrecht, "Advies over auteursrecht, naburige rechten en nieuwe media", Den Haag 1998.
10. T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en J.P. Loof, "50 jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht - ontwikkelingen en vooruitzichten," in: R.A. Lawson en E. Myjer, *50 jaar EVRM*, Leiden: NJCM, 2000, p. 328-408.
11. R.V. Bettig, *Copyrighting Culture. The Political Economy of Intellectual Property*, Boulder: Westview Press 1996.
12. P. Blok en A. Vedder, "Privacy in ontwikkeling," in: J.E.J. Prins en J.M.A. Berkvens, *Privacyregulering in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer, 2000, p. 5-31.
13. A.C. Breckenbridge, *The Right to Privacy*, Lincoln: University of Nebraska Press 1971.
14. S. Breyer, "The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies and Computer Programs", *Harvard Law Review* 1970/2, p. 281-351.
15. M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.
16. L.A. Bygrave en K.J. Koelman, "Privacy, Data Protection and Copyright," in: P.B. Hugenholtz, *Copyright and Electronic Commerce. Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 59-124.
17. S.P. Calandrillo, "An Economic Analysis of Property Rights in Information: Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives to Generate

- Information, and the Alternative of a Government-Run Reward System”, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent.L.J.* 1998, p. 301-359.
18. J.E. Cohen, “A Right to Read Anonymously: A Closer Look at ‘Copyright Management’”, *Connecticut Law Review* 1996/28, p. 981-1039.
 19. H. Cohen Jehoram, “Vallen en opstaan met het reprorecht”, *Auteursrecht* 1981/3, p. 59-62.
 20. H. Cohen Jehoram, “Uitputting in het auteursrecht”, *Informatierecht/AMI* 1987/2, p. 27.
 21. H. Cohen Jehoram, “The EC Copyright Directives, Economics and Authors’ Rights”, *IIC* 1994/6, p. 821-839.
 22. H.L. de Beaufort, *Het auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht*, diss. Utrecht, Utrecht: Den Boer 1909.
 23. J. de Boer, “Art. 8 EVRM. Algemeen” in: *Artikel 8 EVRM*, Preadvies NJV, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 5-84.
 24. H.O. de Boor, “Vervielfältigung zum persönlichen Gebrauch”, *GRUR* 1954/10, p. 440-447.
 25. P.J.W. de Brauw, “Behoort de wetgever regelen te treffen ter bescherming van de individu tegen het doen, het gebruiken en het openbaarmaken van waarnemingen, diens persoonlijke sfeer betreffende?” in: *Behoort de wetgever regelen te treffen ter bescherming van de individu tegen het doen, het gebruiken en het openbaarmaken van waarnemingen, diens persoonlijke sfeer betreffende?*, Preadvies NJV, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1965, p. 1-74.
 26. M. de Cock Buning, *Auteursrecht en informatietechnologie. Over de beperkte houdbaarheid van technologiespecifieke regelgeving*, diss. Amsterdam (UvA), Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 1998.
 27. F. de Graaf, *Rechtsbescherming van persoonlijkheid, privéleven, persoonsgegevens*, diss. Utrecht, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1977.
 28. J.M. de Meij, A.W. Hins, A.J. Nieuwenhuis en G.A.I. Schuijt, *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2000.
 29. L. de Vries, *Parlementaire geschiedenis van de Auteurswet 1912 zoals sedertdien gewijzigd*, 's-Gravenhage: SDU 1989.
 30. E. Dommering, *Informatierecht. Fundamentele rechten voor de informatiesamenleving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2000.
 31. E.J. Dommering, “De Grondwet in de informatiemaatschappij,” in: M.C.e.a. Burkens, *Gelet op de Grondwet*, Deventer: Kluwer, 1998, p. 110-123.
 32. E.J. Dommering, “De nieuwe Nederlandse Constitutie en de informatietechnologie. Bespreking van het rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk”, *Computerrecht* 2000/4, p. 177-185.
 33. P. Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Sydney: Dartmouth 1996.
 34. R. du Bois, “Eigen oefening, studie of gebruik”, *Auteursrecht* 1981/2, p. 35-40.
 35. Unesco, “Copyright and Access to Information in the Digital Environment”, Paris 2000.
 36. W. Flume, “Die private Vervielfältigung zum persönlichen Gebrauch durch Übertragung auf Tonträger und das Urheberrecht”, *Ufita* 1963/39, p. 1-32.

37. H. Franken, H.W.K. Kasperen en A.H. de Wilde, *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 1997.
38. Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, “Rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk”, Den Haag 2000.
39. F.J. Frequin, “CPB verstrikt in economische benadering van het auteursrecht”, *Informatierecht/AMI* 2000/5, p. 80-83.
40. S. Gerbrandy, “Het persoonlijkheidsrecht van de auteur”, *Nederlands Juristenblad* 1964/37, p. 989-998.
41. S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem: Gouda Quint 1988.
42. J. Ginsburg, “From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law”, *Social Science Research Network Paper Collection* 2000, <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=222493>.
43. W.J. Gordon, “Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors”, *Columbia Law Review* 1982, p. 1600-1657.
44. W.J. Gordon, “A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property”, *The Yale Law Journal* 1993/102, p. 1533-1609.
45. G. Greenleaf, “IP, phone home. ECMS, (c)-tech, and protecting privacy against surveillance by digital works,” presented at International Conference on Privacy and Personal Data Protection, Hong Kong 1999<http://www2.austlii.edu.au/~graham/ip_privacy/>.
46. H.A. Groen, “De reikwijdte van fundamentele rechten in burgerlijke zaken” in: *De reikwijdte van fundamentele rechten*, Preadvies NJV, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 135-173.
47. F.W. Grosheide, *Auteursrecht op maat*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1986.
48. F.W. Grosheide, “Dutch Copyright: Right or Expediency? (1817-1912 and after),” in: J.J.C. Kabel en G.J.H.M. Mom, *Intellectual Property and Information Law. Essays in Honour of Herman Cohen Jeboram*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, p. 175-181.
49. L.M.C.R. Guibalt, “Contracts and Copyright Exemptions,” in: P.B. Hugenholtz, *Copyright and Electronic Commerce. Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 125-163.
50. S. Gutwirth, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Den Haag: Rathenau Instituut 1998.
51. Handelingen, “Verslag van de op 12 juni 1998 te Rotterdam gehouden algemene vergadering over: Recht en Internet” in: *Recht en Internet*, Preadvies NJV, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 63-83.
52. W. Hefermehl, “Magnetton-Aufnahmen urheberrechtlich geschützter Werke zum persönlichen Gebrauch”, *Ufita* 1957/24, p. 56-92.
53. T. Heide, “The Berne Three-Step Test and the Proposed Copyright Directive”, *EIPR* 1999/3, p. 105-109.
54. M.E. Heinemann, “Over IP-adressen en de Wbp: grenzen aan privacybescherming op Internet”, *Privacy & informatie* 1999/4, p. 148-152.

55. E.D. Hirsch Ballin, "Het uitsluitend recht tot openbaarmaking van een werk," in: E.D. Hirsch Ballin, *Auteursrechtelijke opstellen*, Deventer: Kluwer, 1970, p. 123-130.
56. J.A. Hofman, J.W. Sap en I. Sewandono, *Grondrechten in evenwicht*, Deventer: Kluwer 1995.
57. S.H. Hofstadter, *The Development of the Right of Privacy in New York*, New York: The Grosby Press 1954.
58. R. Holmes, "Privacy: philosophical foundations and moral dilemma's," in: P. Ippel, G. de Heij en B. Crouwers, *Privacy disputed*, Den Haag: SDU, 1995, p. 15-29.
59. J. Holvast, *Op weg naar een risicoloze maatschappij? De vrijheid van de mens in het informatie-tijdperk*, diss. Leiden, Den Haag: Academic Service 1986.
60. J. Holvast, "ISDN, digitale snelweg en de consument", *Computerrecht* 1994/6, p. 226-230.
61. P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie*, diss. Amsterdam (UvA), Deventer: Kluwer 1989.
62. P.B. Hugenholtz, "Adapting Copyright to the Information Superhighway," in: P.B. Hugenholtz, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Den Haag: Kluwer Law International, 1996, p. 81-102.
63. P.B. Hugenholtz, "De WIPO-verdragen: Ongeregeld Goed", *Informatierecht/AMI* 1997/4, p. 79-82.
64. P.B. Hugenholtz, "Het Internet: het auteursrecht voorbij?" in: *Recht en Internet*, Preadvises NJV, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 199-260.
65. P.B. Hugenholtz, "De wettelijke beperkingen beperkt. De WTO geeft de driestappentoets tanden", *Informatierecht/AMI* 2000/10, p. 197-203.
66. P.B. Hugenholtz, "Brussels Broddelwerk. Recht en krom in de auteursrechtlijn", *AMI* 2001/1, p. 2-8.
67. C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, Deventer: Kluwer 1996
68. Kabinet, "Kabinetsstandpunt op het advies van de Commissie 'Grondrechten in het digitale tijdperk'", Den Haag 2000.
69. K.J. Koelman, "Bescherming van technische voorzieningen", *AMI* 2001/1, p. 16-27.
70. Staatscommissie Koopmans, "Eindrapport van de Staatscommissie bescherming persoonlijke levenssfeer in verband met persoonsregistratie", Den Haag 1976.
71. T. Koopmans, "Intellectuele eigendom, economie en politiek", *Informatierecht/AMI* 1994/6, p. 107-111.
72. F. Kuitenbrouwer, *Het recht om met rust gelaten te worden. Over privacy*, Amsterdam: Uitgeverij Balans 1991.
73. F. Kuitenbrouwer, "Hoe sterk zijn de digitale grondrechten?", *Computerrecht* 2000/4, p. 172-176.
74. H. Laddie, "Copyright: Over-strength, Over-regulated, Over-rated?", *EIPR* 1996/5, p. 253-260.
75. L. Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, New York: Basic Books 2000.
76. S.D. Lindenbergh, "De positie en handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht", *Tijdschrift voor privaatrecht* 1999/4, p. 1665-1702.
77. J. Litman, *Digital Copyright*, New York: Prometheus Books 2001.

78. E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire pers Leiden 1948.
79. A.J. Nieuwenhuis, “Vertrouwde en virtuele bescherming”, *NJCM-Bulletin* 1998/4, p. 423-437.
80. S. Nouwt, *Privacyregels voor Internetberichten*, Deventer: Kluwer 1999.
81. A.A. Quaedvlieg, “De maatschappelijke aanvaardbaarheid van het auteursrecht”, *Informatierecht/AMI* 1998/4, p. 53-58.
82. J.H. Reichman, “The Duration of Copyright and the Limits of Cultural Policy”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 1996/2, p. 625.
83. M. Rensen, “Chipper voor bibliotheken. Een nieuwe functie voor het privacyreglement”, *Privacy & informatie* 1998/5, p. 205-212.
84. S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1886*, Deventer: Kluwer 1987.
85. S. Ricketson, “International Conventions and Treaties,” presented at The Boundaries of Copyright: its proper limitations and exceptions, Cambridge 1998.
86. W. Schmitt Glaeser, “Artikel 13 und 10 GG als Einzelgewährleistungen des Rechts auf private Lebensgestaltung,” in: J. Isensee en P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1989, p. 68-84.
87. P. Scholten, “Rechtsbeginselen,” *Verzamelde geschriften*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1980, p. 395-410.
88. E. Schreuders, “Waarden en regels: over privacy en de Wet bescherming persoonsgegevens”, *Pe&I* 1998/1, p. 22-25.
89. E. Schreuders en P. Blok, “Privacyregels en de Wbp op het internet,” in: J.E.J. Prins en J.M.A. Berkevens, *Privacyregulering in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer, 2000, p. 401-423.
90. G.A.I. Schuijt, “Hinderlijk volgen ofwel: hoge bomen vangen veel wind,” in: P.B. Hugenholtz, *Recht in de kijker. Het recht en de media*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1990.
91. G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
92. J.M.B. Seignette, *Challenges to the Creator Doctrine. Authorship, copyright ownership and the exploitation of creative works in the Netherlands, Germany and the United States*, diss. Amsterdam (UvA), Deventer: Kluwer 1994.
93. J.M.B. Seignette, “Openbaarmaking en verveelvoudiging op het Internet: back to basics”, *Informatierecht/AMI* 1999/5, p. 69-73.
94. J.H. Spoor, *Scripta manent. De reproductie in het auteursrecht*, diss. Amsterdam (VU), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976.
95. J.H. Spoor, “Zijn de kalenders rechtmatig in het Koninkrijk gewijzigd?”, *BIE* 1985, p. 242-246.
96. J.H. Spoor, “The Copyright Approach to Copying on the Internet: (Over)Stretching the Reproduction Right?,” in: P.B. Hugenholtz, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Den Haag: Kluwer Law International, 1996, p. 67-79.
97. J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 1993.
98. J.A.L. Sterling, *World Copyright Law*, London: Sweet & Maxwell 1998.
99. V.v.A. Studiecommissie, “Geluidskopieën”, *Auteursrecht* 1977/4, p. 68-76.

100. A.Q.C. Tak, *Het huisrecht*, diss. Utrecht, Hoenderloo: Hoenderloo's Uitgeverij en Drukkerij 1973.
101. F.A.M. van der Klaauw-Koops en J.E.J. Prins, "Internationale privacyregulering: belangen, problemen en mogelijkheden," in: J.E.J. Prins en J.M.A. Berkvens, *Privacyregulering in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer, 2000, p. 449-473.
102. C.H. van Dijk en J.M.J. Keltjens, *Computercriminaliteit*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
103. J.M. van Dunné, *Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen*, Deventer: Kluwer 1997.
104. L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.
105. M.L.W.M. Viering, "Tussen praktijk en recht: het huisrecht," in: J.B.J.M. ten Berge en e.a., *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, p. 169-183.
106. D.J.G. Visser, "Copyright Exemptions Old and New: Learning from Old Media Experiences," in: P.B. Hugenholtz, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Den Haag: Kluwer Law International, 1996, p. 49-56.
107. D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang*, diss. Leiden, 's-Gravenhage: VUGA 1997.
108. S. Warren en L.D. Brandeis, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review* 1891/5, p. 193-220.
109. A.F. Westin, *Privacy and Freedom*, London: The Bodley Head 1967.
110. WIPO, "Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm," presented at Intellectual Property Conference, Stockholm 1967.
111. P.J.J. Zoontjens, "Het huisrecht," in: A.A. Koekkoek, W. Konijnenbelt en F.C.L.M. Crijns, *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*, Nijmegen, 1982, p. 265-278.

Over de auteur

Mr Chr.A. Alberdingk Thijm LL.M. (1971) heeft Nederlands recht gestudeerd aan de Universiteit van Amsterdam, waarna hij een Master of Laws (LL.M.) graad *intellectual property* behaalde aan King's College London. Na zijn studies werkte Christiaan achtereenvolgens als advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek en als wetenschappelijk onderzoeker bij het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam. Het onderhavige onderzoek heeft hij uitgevoerd tijdens en na afloop van zijn dienstverband bij de Universiteit van Amsterdam.

Tegenwoordig is hij partner bij SOLV Advocaten te Amsterdam, welk kantoor zich specifiek richt op de juridische aspecten van nieuwe media (internet en e-business). Christiaan is per e-mail bereikbaar op het adres thijm@solv.nl.