



Brussels broddelwerk: Recht en krom in de auteursrechtrichtlijn

Verschenen in *AMI*, 2001-1, p. 2-8.

P.B. Hugenholtz

Op 28 september 2000 heeft de Raad van de Europese Unie - na moeizaam verlopen onderhandelingen tussen de lidstaten en de Europese Commissie - het Gemeenschappelijk Standpunt inzake de Auteursrechtrichtlijn formeel vastgesteld.^[1] Definitieve aanvaarding is in het voorjaar van 2001 te verwachten, zodra het Europese Parlement de richtlijn in tweede lezing heeft goedgekeurd. De zware politieke strijd die aan het Gemeenschappelijk Standpunt is vooraf gegaan, is van de tekst van de richtlijn duidelijk af te zien. Politieke compromissen zijn verstoep in een veelheid van overwegingen en moeilijk te duiden wetsartikelen. De lidstaten zullen aan de implementatie een flinke kluit hebben. In dit artikel zal eerst de wordingsgeschiedenis van de richtlijn worden geschetst en vervolgens worden ingegaan op de door de richtlijn geharmoniseerde rechten. De wettelijke beperkingen en de bescherming van technologische voorzieningen komen aan bod in de bijdragen van Visser resp. Koelman elders in dit nummer.

Voorgeschiedenis

Met de aanstaande aanvaarding van de 'Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij', kortweg Auteursrechtrichtlijn, lijkt het einde van een lange lijdensweg eindelijk in zicht. De eerste stappen op deze weg waren nochtans veelbelovend. In het zogeheten Bangemann-rapport, dat op verzoek van de Europese Raad door een groep Europese prominenten was opgesteld, werd de betekenis van het auteursrecht voor de 'global information society' al in een pril stadium (mei 1994) onderkend. Aanbevolen werd een gemeenschappelijk Europees kader voor de bescherming van intellectuele eigendom te scheppen.^[2] Naar aanleiding van het rapport werd in opdracht van de Europese Commissie een voorstudie naar de auteursrechtelijke problemen van de informatiesnelweg verricht,^[3] en werd in juli 1994 in Brussel een hoorzitting gehouden, waaraan door een groot aantal belangengroepen werd deelgenomen. Deze activiteiten resulteerden in een Groenboek dat de Europese Commissie op 19 juli 1995 publiceerde.^[4] Het Groenboek bevatte een inventarisatie van auteurs- en nabuurrechtelijke onderwerpen die naar het oordeel van de Commissie voor harmonisatie in aanmerking kwamen: toepasselijk recht, uitputting, de reikwijdte van de exploitatierechten, morele rechten, collectief rechtenbeheer en technologische bescherming. Het Groenboek werd afgesloten met een questionnaire die door meer dan 350 organisaties beantwoord werd. Mede naar aanleiding van deze reacties werden in een mededeling aan de Raad van 20 november 1996^[5] de contouren van een richtlijnvoorstel geschetst. De inmiddels afgeslankte harmonisatie-agenda van de Commissie vermeldde: het reproductierecht, het recht van mededeling aan het publiek, de bescherming van technische voorzieningen en het distributierecht, inclusief het

uitputtingsbeginsel.

Inmiddels waren de auteursrechtelijke problemen van de 'informatiemaatschappij' (lees: het internet) ook op mondiaal niveau in een stroomversnelling geraakt. Niet toevallig bevatte de agenda van de diplomatieke conferentie die in december 1996 zou leiden tot twee WIPO-verdragen vrijwel dezelfde onderwerpen. Door het succes van de conferentie raakte de Europese Commissie, die het verdrag namens de Europese Gemeenschappen mocht ondertekenen, het initiatief kwijt. Het eerste richtlijnvoorstel,^[6] dat in november 1997 door de Commissie wereldkundig werd gemaakt, strekte er dan ook in de eerste plaats toe de WIPO-verdragen op uniforme wijze in de wetgeving van de lidstaten op te nemen, en daarmee de weg vrij te maken voor ratificatie van de verdragen door de E.G. en haar lidstaten.

Achteraf gezien had de Commissie het daarbij beter kunnen laten. De WIPO-verdragen waren tijdens de diplomatieke conferentie van alle controversiële aspecten, zoals de kwestie van de technische kopie, ontdaan. Omzetting tot richtlijn was daardoor een eenvoudige opgave geweest. De Commissie had er mee kunnen volstaan de verdragsbepalingen letterlijk op te nemen in een richtlijnvoorstel,^[7] en de richtlijn had al begin 1998 in het Publicatieblad kunnen staan. Implementatie door de lidstaten had nog anderhalf jaar extra gekost, zodat Europese ratificatie van de WIPO-verdragen in de loop van 1999 haar beslag had kunnen krijgen. Zodoende waren de verdragen, die eerst na 30 goedkeuringen van kracht worden, onmiddellijk in werking getreden.^[8] Het voorstel tot goedkeuring van de verdragen door de Europese Gemeenschappen ligt inmiddels al geruime tijd ter tafel,^[9] maar Europese ratificatie zal zeker nog twee jaar duren - nadat de laatste implementatie door de laatste lidstaat is voltooid.

Maar de ambities van de Europese Commissie reikten verder dan het produceren van een kloon van de WIPO-verdragen. Niet tevreden met een bijrol op het wereldpodium van de intellectuele eigendom, meende de Commissie diverse onderdelen van de 'digitale agenda' beter en uitvoeriger te moeten regelen dan in Genève was geschied. Waren de leden van de Unie van Bern er in Genève niet in geslaagd overeenstemming te bereiken over een eenvormig reproductierecht, Europa zou de wereld het goede voorbeeld geven. Waren de unielanden niet verder gekomen dan een nogal vage verplichting inzake de bescherming van technische beschermingsmaatregelen, Europa zou de norm bepalen. En waaraan de delegaties in Genève zelfs in hun stoutste dromen niet hadden durven denken, zou het klapstuk van de richtlijn vormen: de harmonisatie van de wettelijke beperkingen.

Wat het *pièce de résistance* had moeten zijn, is de richtlijn uiteindelijk vrijwel fataal geworden. Met het harmoniseren van de wettelijke beperkingen was in Europees verband, voordat het eerste richtlijnvoorstel gestalte kreeg, amper werk gemaakt. Het onderwerp kwam in het Groenboek nauwelijks aan de orde, werd in de Mededeling van de Commissie van 1996 slechts zeer summier behandeld, en was als zodanig nimmer onderwerp van Europese (voor)studie geweest. Duidelijk was wel dat nergens in het auteursrecht van de lidstaten de regels zozeer uiteenlopen als juist op dit, door nationale culturele tradities gevormde en daardoor politiek gevoelige, gebied.^[10] Geen wonder dat de poging van de Commissie dit gevaarlijke terrein in één klap te egaliseren wel moest mislukken. De richtlijn voorziet uiteindelijk slechts in een opsomming van facultatieve wettelijke beperkingen, waaruit de lidstaten hun favoriete uitzonderingen mogen kiezen. De lijst is onder druk van de lidstaten en allerlei lobbygroepen in iedere nieuwe versie van het richtlijnvoorstel langer geworden. Het valt inmiddels niet mee een bestaande wettelijke beperking te verzinnen die op deze 'boodschappenlijst' niet voorkomt;^[11] met harmonisatie heeft dit alles natuurlijk weinig meer van doen. Het enige dat op de lijst ontbreekt is een open norm die als 'vangnet' kan fungeren voor onvoorziene situaties, zoals onder meer door de Commissie Auteursrecht is bepleit.^[12] Juist in de dynamische omgeving van het Internet, die bijna dagelijks

nieuwe toepassingen genereert, bestaat aan zo'n open norm natuurlijk grote behoefte.

De discussies over de wettelijke beperkingen hebben de totstandkoming van de richtlijn ernstig vertraagd. Pas in februari 1999 werd het Europese Parlement het in eerste lezing over het voorstel eens. Het advies van het Parlement bevatte niet minder dan 58 amendementen.^[13] hetgeen resulteerde in een sterk gewijzigd richtlijnvoorstel dat in mei 1999 door de Commissie werd gepubliceerd.^[14] Met de behandeling van het gewijzigde voorstel in de raads werkgroep, waarin de besluitvorming van de lidstaten werd voorbereid, begon het getouwtrek pas goed. Eerst na talloze vergaderingsrondes, waarin ontelbare richtlijnvarianten en 'non-papers' werden besproken, zijn de lidstaten - onder zware druk van de Commissie - tot politieke overeenstemming gekomen. Het resultaat van dit kunst- en vliegwerk is er dan ook naar. De kwaliteit van het Gemeenschappelijk Standpunt is beneden peil: overwegingen en artikelen zijn slecht geredigeerd en spreken elkaar tegen; enkele bepalingen zijn zelfs volkomen onbegrijpelijk. Het Hof van Justitie dat van dit broddelwerk ooit chocola zal moeten maken, valt te beklagen.

Hiermee is niet gezegd dat de tekst van de richtlijn nu definitief vast staat. Naar het zich laat aanzien zal het Europese Parlement ook in tweede lezing nog enkele amendementen voorstellen, zodat een bemiddelingsprocedure conform art. 251 van het EG-verdrag waarschijnlijk lijkt. De verwachting is dat de richtlijn in mei 2001 definitief zal worden vastgesteld. De lidstaten krijgen vervolgens ??? maanden de tijd de richtlijn in nationale wetgeving om te zetten. Ratificatie van de WIPO-verdragen door de E.G. en haar lidstaten zal dus niet eerder dan in 2003 gebeuren. Daarmee is Europa, dat zo graag een leidersrol in de wereld van de intellectuele eigendom vervult, teruggevallen tot de staart van het internationale IE-peleton. De Europese Commissie moest zich schamen.

Aan de Nederlandse wetgever zal het overigens niet liggen; de implementatie is vooruitlopend op de aanvaarding van de richtlijn al energiek ter hand genomen. Het Ministerie van Justitie heeft een groot aantal belangengroepen een lange lijst met vragen voorgelegd, en een web site ingericht waarop belanghebbenden en -stellenden hun suggesties mogen posten.^[15] Tevens is de Commissie Auteursrecht gevraagd over een wetsvoorstel tot implementatie te adviseren.

Doel

Het doel van de richtlijn is beschreven in het ronkende^[16] proza van de eerste vijftien overwegingen. Daarin staat de totstandbrenging van de interne markt uiteraard centraal. Materieelrechtelijke verschillen tussen de lidstaten vormen potentiële obstakels voor de vier vrijheden die door het EG-verdrag gewaarborgd worden. Dat geldt in het bijzonder voor de aanbieders van diensten van de 'informatiemaatschappij', waarvoor de richtlijn in belangrijke mate geschreven is. Internetdiensten trekken zich van nationale grenzen weinig aan; oneffenheden tussen nationale IE-regimes kunnen daarom ernstige distorties veroorzaken. Dat het wegnemen van deze obstakels het voornaamste doel van de richtlijn is, blijkt ook uit de in de preambule aangehaalde artikelen uit het EG-verdrag: art. 47 lid 2 (vrijheid van vestiging), art. 55 (vrij dienstenverkeer) en art. 95 (het voormalige art. 100A). Daarmee heeft de richtlijn een vergelijkbare rechtsgrondslag als de vijf eerder door de E.G. vastgestelde richtlijnen op het terrein van het auteursrecht en de naburige rechten.^[17] Aan de soliditeit van deze grondslag kan overigens, gelet op de zeer gebrekkige harmonisatie die de onderhavige richtlijn brengt, getwijfeld worden.^[18]

Daarnaast wordt op verschillende plaatsen het belang van 'een hoog niveau van bescherming van intellectuele eigendom' benadrukt (overwegingen 4 en 9). De meeste auteursrechtliefhebbers zal dit credo als muziek in de oren klinken. Toch moet de vraag worden gesteld waarin het

economisch belang van de Europese Unie bij een 'hoog beschermingsniveau' nu precies gelegen is. Europa is ten opzichte van haar voornaamste handelspartner, de Verenigde Staten, netto-importeur van auteursrechtelijk beschermde producten en diensten (films, software, muziek, et cetera). Van de door de richtlijn gewaarborgde extra-bescherming profiteren, dankzij het assimilatiebeginsel van de Berner Conventie en TRIPs, dus vooral Amerikaanse rechthebbenden; Europese (eind)gebruikers betalen hiervoor uiteindelijk de rekening. Dat méér auteurs- en nabuurrechtelijke bescherming voor de Europese economie een goede zaak zou zijn, lijkt - hiervan uitgaande - dan ook niet erg waarschijnlijk.

Afgaande op overwegingen 4 en 21 heeft de behoefte aan rechtszekerheid tevens een rol gespeeld. Gezien de matige kwaliteit van de geproduceerde richtlijnbevestigingen, die aan duidelijkheid veel te wensen overlaten, is ook van deze (neven)doelstelling weinig terecht gekomen. De WIPO-verdragen, die aan de totstandkoming van de richtlijn een beslissende impuls hebben gegeven, worden pas in overweging 15 voor het eerst genoemd.

Nergens vermeld, maar met name voor de Europese Commissie van groot belang, is tenslotte het effect van de richtlijn op de machtsverhouding tussen de E.G. en de lidstaten. Door de richtlijn zijn belangrijke onderdelen van het auteursrecht (de voornaamste exploitatierechten en wettelijke beperkingen) communautair gebied geworden; de lidstaten hebben hun autonomie op dit terrein verloren. Ook in internationale verhoudingen (WIPO, WTO) heeft deze machtsgreep van de E.G. gevolgen. Ten aanzien van de onderwerpen die door de richtlijn worden bestreken is de E.G. (lees: de Commissie) voortaan uitsluitend bevoegd Europa te vertegenwoordigen.

Inhoud en werkingssfeer

De richtlijn harmoniseert rechten en beperkingen op een breed terrein. In zoverre vormt zij een stijlbreuk ten opzichte van eerdere richtlijnen, die specifieke onderdelen van het auteursrecht c.q. de naburige rechten harmoniseerden. Vergeleken met deze 'verticale' richtlijnen, zoals de Softwarerichtlijn, de Duurrichtlijn en de Databankrichtlijn, is de 'horizontale' benadering van de Auteursrecht richtlijn een stap vooruit in het Europese harmonisatieproces. Dat de door de richtlijn beoogde harmonisatie meer schijn dan realiteit is, doet hier niet aan af.

Behalve 60 (!) overwegingen beslaat de richtlijn een vijftien artikelen, verdeeld over een viertal hoofdstukken. De belangrijkste bepalingen zijn te vinden in Hoofdstuk II ('Rechten en beperkingen'; artikelen 2-5) en Hoofdstuk III ('Bescherming van technische voorzieningen en informatie over het beheer van rechten'; artikelen 6 en 7).

De richtlijn voorziet tevens in een paar kleine technische aanpassingen van bestaande richtlijnen (art. 11), die in dit artikel onbesproken zullen blijven.

De bepalingen van de richtlijn hebben op een enkele uitzondering na betrekking op de inhoud van het auteursrecht en de naburige rechten van de vier uit eerdere richtlijnen bekende categorieën: uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten, filmproducenten en omroeporganisaties. Artikelen 6 en 7 zijn tevens van toepassing op het nieuwe (sui generis) databankenrecht. Voor het overige 'doet deze richtlijn geen afbreuk aan en raakt zij op generlei wijze aan' de bepalingen van de bestaande vijf richtlijnen, zo bepaalt art. 1 lid 2 uitdrukkelijk. Dit komt de innerlijke consistentie van het ontluikende Europese auteursrecht allerm minst ten goede. Zo zullen de wettelijke beperkingen die voor 'gewone' werken zullen gelden, niet zonder meer op computerprogramma's of databanken mogen worden toegepast.^[19] Vooral ten aanzien van multimediatproducten, die bestaan in een samenstel van beelden, teksten, geluiden, software en databanken, zal dit leiden tot heilloze verwarring. Van een richtlijn die pretendeert 'soepele

rechtsregels' tot stand te brengen 'ter bevordering van de ontwikkeling van de informatiemaatschappij in Europa' (overweging 2) had men meer mogen verwachten.

Nieuw ten opzichte van eerdere richtlijnen is een artikel 8 over 'sancties en rechtsmiddelen', dat de invloed van hoofdstuk III van het TRIPs-verdrag en de WIPO-verdragen (art. 14 WAV, art. 23 WNV) verraadt. Sancties 'moeten doeltreffend en evenredig zijn en een bijzonder preventieve werking hebben', aldus art. 8 lid 1. In ons land, waar piraterij soms zwaarder wordt bestraft dan moord, is dat inmiddels goed geregeld. Ook de overige leden van dit artikel behoeven naar mijn oordeel niet te leiden tot wetaanpassing.

De richtlijn heeft enkel betrekking op het auteursrecht en de naburige rechten. Volgens art. 9 doet zij geen afbreuk aan allerlei aanpalende rechtsgebieden, zoals het octrooirecht, het merkenrecht, het mededingingsrecht, het overeenkomstenrecht, de regels inzake openbaarheid van bestuur, enzovoorts. Deze bepaling biedt wetgevers die zich aan het harmonisatiejuk van de richtlijn wensen te onttrekken enige speelruimte. Wettelijke beperkingen van het auteursrecht hebben hun rechtsgrond veelal (mede) in belangen die door andere rechtsgebieden worden bestreken. Door een beperking in een niet-auteursrechtelijk kader te plaatsen kan een creatieve wetgever aan het keurslijf van de richtlijn wellicht ontsnappen.

In het vervolg van dit artikel zal nader worden ingegaan op de inhoud van de door de richtlijn geharmoniseerde rechten, in het bijzonder het reproductierecht, het recht van mededeling aan het publiek en het distributierecht. De wettelijke beperkingen en de bescherming van technische voorzieningen komen aan bod in de bijdragen van Visser en Koelman elders in dit nummer.

Het reproductierecht

Artikel 2 van de richtlijn verplicht de lidstaten ten behoeve van rechthebbenden te voorzien 'in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.' Met deze bepaling wordt het auteursrechtelijke reproductierecht, volgens de Europese Commissie 'the core of copyright',^[20] voor het eerst in brede zin geharmoniseerd. Voor de naburige rechten was dit al gebeurd in art. 7 van de Verhuurrichtlijn (Richtlijn 92/100/EEG); deze bepaling zal bij de inwerkingtreding van de nieuwe richtlijn worden geschrapt (art. 11 lid 1 sub a).

In vergelijking met 9 lid 1 van de Berner Conventie, dat zich uitstrekt tot verveelvoudigingen 'ongeacht op welke wijze en in welke vorm', brengt art. 2 beter tot uitdrukking dat het reproductierecht zich ook tot minder duurzame reproducties uitstrekt. In zoverre sluit art. 2 aan bij het 'acquis communautaire' van art. 4 sub a van de Softwarerichtlijn en art. 5 sub a van de Databankrichtlijn, die beide de 'permanente of tijdelijke reproductie' onder het reproductierecht begrijpen. Geen van deze bepalingen is in de Nederlandse Auteurswet overigens terug te vinden; de wetgever is er van uitgegaan dat het recht van verveelvoudiging reeds een recht van tijdelijke reproductie omvat.^[21]

Art. 2 van de richtlijn is tevens geïnspireerd door art. 7 van het ontwerp van het WIPO-Auteursrechtverdrag,^[22] dat onder druk van de telecommunicatie-industrie na zeer veel strijd geschrapt is. Gevreesd werd dat een al te ver opgerekt reproductierecht zou leiden tot verruiming van de aansprakelijkheid van internetproviders. Immers, het transport van informatie via het internet gaat onvermijdelijk gepaard met kortstondige gegevensopslag op knooppunten in het net, hetgeen mogelijk als (gedeeltelijk) reproduceren in auteursrechtelijke zin zou kunnen worden

aangemerkt.

Ook de Nederlandse delegatie, daarin gesteund door een motie van de Tweede Kamer,^[23] was tegen de voorgestelde WIPO-bepaling.^[24] Zuiver consumptieve handelingen, zoals lezen, luisteren en kijken dienen - ook in een digitale omgeving - buiten het bereik van het exploitatierecht te blijven, zelfs indien het consumeren met tijdelijke reproductie-handelingen ('browsen' bijvoorbeeld) gepaard gaat. Deze opvatting sluit aan bij de heersende leer. Reproductie (c.q. verveelvoudiging) is een rechtsbegrip; niet alles wat in technische zin 'kopie' mag heten, valt onder het reproductierecht.^[25]

Dat artikel 2 van het richtlijnvoorstel niet het lot van de verongelukte WIPO-bepaling gedeeld heeft, is te danken aan art. 5 lid 1, de enige verplichte wettelijke beperking waarin de richtlijn voorziet:

'Tijdelijke reproductiehandelingen, als bedoeld in artikel 2, die van voorbijgaande of incidentele aard zijn, en die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procédé dat wordt toegepast met als enig doel

- a) de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of
- b) een rechtmatig gebruik

van een werk of ander materiaal mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezitten, zijn van het in artikel 2 bedoelde reproductierecht uitgezonderd.'

Art. 5 lid 1 van de richtlijn beoogt het louter technisch kopiëren dat niet als zelfstandige exploitatiehandeling is aan te merken, buiten het bereik van het exploitatierecht te houden. Het gaat er, anders geformuleerd om, zeker te stellen dat reproductiehandelingen die louter connex zijn aan het gebruik van het werk niet als rechtens relevante handelingen hebben te gelden c.q. te gelde worden gemaakt. De wijze waarop de Europese wetgever dit streven gerealiseerd heeft, verdient echter geen schoonheidsprijs; de bepaling laat belangrijke vragen onbeantwoord.

De beperking ziet op 'tijdelijke reproductiehandelingen [...] die van voorbijgaande of incidentele aard zijn', maar hoe langdurig of kortstondig 'tijdelijk' is, vertelt de richtlijn niet. In deze tijden van ultragoedkope elektrotechniek worden personal computers zelden meer uitgeschakeld; is een kopie die uren- of dagenlang in een werkgeheugen wordt vastgehouden 'tijdelijk'? En wat te denken van berichten die 'tijdelijk' (soms wekenlang) op de mailserver van een internetprovider worden vastgehouden?

Voor een antwoord kan wellicht worden aangeknoopt bij art. 5 lid 2 sub d, dat voorziet in een beperking van het reproductierecht ten aanzien van 'tijdelijke opnamen van werken, gemaakt door omroeporganisaties met hun eigen middelen ten behoeve van hun eigen uitzendingen'. Hier bevinden wij ons op bekend terrein; voor de omroep geldt in Nederland al sinds jaar en dag een wettelijke beperking voor het maken van 'efemere' kopieën (art. 17b Aw). De maximale duur van dergelijke tijdelijke kopieën is wettelijk bepaald op zes maanden.

Met art. 5 lid 1 is vooral beoogd ruim baan te geven aan 'caching'.^[26] Caching is de tijdelijke opslag van gegevens in het werkgeheugen van een computer (in een zogenoemde 'cache') met het doel het herhaald opvragen van deze gegevens te versnellen. Op een PC zorgt caching ervoor dat eerder weggeschreven data snel weer op het scherm van de gebruiker verschijnen; de gegevens hoeven niet opnieuw van de harde schijf of van een lokale server te worden ingelezen. Op het Internet betekent caching dat veelgevraagde webpagina's niet telkens opnieuw uit

dezelfde bron hoeven te worden opgevraagd. Internetproviders maken dan ook massaal van deze techniek gebruik. Zo wordt schaarse bandbreedte op het Internet optimaal benut, en worden eindeloze wachttijden voorkomen.

Is caching ‘een integraal en essentieel onderdeel [...] van een technisch procédé dat wordt toegepast met als enig doel [...] de doorgifte in een netwerk [...] van een werk of ander materiaal mogelijk te maken’? Letterlijk geïnterpreteerd niet; het internet functioneert in theorie ook zonder tijdelijke digitale opslagplaatsen. Maar zonder caching gaat het allemaal wel stukken langzamer; deskundigen houden rekening met kolossale vertragingen. Ook over de vraag of caching ‘geen zelfstandige economische waarde’ heeft, kan men van mening verschillen. Naar het oordeel van Corbet en Quaedvlieg is dit wel degelijk het geval; een provider die geen caching-faciliteiten biedt prijst zichzelf immers uit de markt.[\[27\]](#)

Maar internetproviders kunnen opgelucht adem halen. Overweging 33 bij het Gemeenschappelijk Standpunt spreekt van ‘efficiënte’ doorgifte en verklaart met zoveel woorden dat caching ‘onder andere met het oog op het doelmatig functioneren van doorgiftesystemen’ is toegestaan. Om voor de beperking in aanmerking te komen moeten de providers zich wel houden aan de ontluikende branchegebruiken: ‘gecachte’ documenten mogen niet worden gewijzigd; technische systemen om gebruiksinformatie te verzamelen mogen niet worden ondermijnd. Dat caching voor transportdoeleinden onder de beperking valt, wordt bevestigd door een gezamenlijke verklaring van de Raad en de Commissie bij overweging 33.[\[28\]](#)

Helemaal gerustgesteld zullen de internetproviders echter niet zijn. Zoals eerder gesteld, laat de richtlijn de bepalingen van reeds bestaande richtlijnen, zoals de Softwarerichtlijn en de Databankrichtlijn, onverlet. Dit betekent dat art. 5 lid 1 misschien niet geldt voor ‘tijdelijke’ kopieën van computerprogramma’s of databanken. Voorzover het transport via het internet van dergelijke informatie met tijdelijke (gedeeltelijke) reproductie gepaard zou gaan, verrichten de providers dus mogelijk wél rechtens relevante reproductiehandelingen. Deze conclusie is, vooral gelet op het bij uitstek ‘digitale’ karakter van art. 5 lid 1, natuurlijk volkomen ongerijmd.

Dit brengt ons bij een kwestie die tijdens de totstandkoming van de richtlijn voor veel verwarring heeft gezorgd: de verhouding van art. 5 lid 1 tot de aansprakelijkheidsregels in de Europese richtlijn inzake elektronische handel (‘E-commerce’),[\[29\]](#) die op 8 juni 2000 is vastgesteld. Deze richtlijn voorziet onder meer in een ‘horizontale’ (voor alle rechtsgebieden gelijk geldende) aansprakelijkheidsbeperking ten behoeve van internetproviders. Art. 13 van de richtlijn bepaalt dat providers die ‘cachen’ normaliter niet aansprakelijk zijn voor ‘de automatische, tussentijdse en tijdelijke opslag van die informatie’. Waarom dan toch een speciale caching-beperking in de Auteursrecht richtlijn? Het antwoord hangt samen met het verschil tussen een exclusief recht en een aansprakelijkheidsregel. Art. 5 lid 1 van de Auteursrecht richtlijn vormt een beperking van het reproductierecht. De intermediair die onder de gestelde voorwaarden tijdelijke reproductiehandelingen verricht, pleegt geen inbreuk op auteursrechten of naburige rechten. Omgekeerd kan een rechthebbende zijn verbodsrecht, en, daarvan afgeleid, eventuele vergoedingsaanspraken niet jegens de intermediair uitoefenen. Er staan de providers dus geen claims van rechtenorganisaties voor eventuele ‘caching-rechten’ te wachten.

Een en ander sluit niet uit dat een access provider die cachefaciliteiten biedt tóch aansprakelijk is voor auteursrechtinbreuk. Intermediairs kunnen immers op grond van het gemene recht (schending van de zorgvuldigheidsnorm; art. 6:162 BW) mede aansprakelijk worden gehouden voor het ‘bevorderen’ van inbreuken door derden.[\[30\]](#) De provider die niet ingrijpt nadat hij er door een rechthebbende op gewezen is dat zich op zijn server inbreukmakend materiaal bevindt, handelt onrechtmatig - ook indien zijn handelen geen auteursrechtelijk relevante handeling

inhoudt.^[31] Naast art. 5 lid 1 vervult het bijzondere aansprakelijkheidsregime van de Richtlijn elektronische handel dus een zelfstandige functie. Omgekeerd is dat ook het geval. De aansprakelijkheidsregels van laatstgenoemde richtlijn zien slechts op situaties waarin de inbreuk door een derde (de 'eigenaar' van de web site) wordt gepleegd. Providers kunnen zich op grond van deze richtlijn dus niet aan aansprakelijkheid voor *eigen* handelen onttrekken;^[32] daartoe dient nu juist art. 5 lid 1 van de Auteursrechtlijn.

Om de verwarring tussen beide richtlijnen nog verder te vergroten bepaalt art. 8 lid 3 van de Auteursrechtlijn: 'De lidstaten zorgen ervoor dat de rechthebbenden kunnen verzoeken om een verbod ten aanzien van tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten.' Deze bepaling lijkt op het eerste gezicht in strijd met de aansprakelijkheidsregels van artikelen 12-14 van de Richtlijn elektronische handel. Dat is echter niet het geval; laatstgenoemde regels laten de mogelijkheid een verbodsactie jegens providers in te stellen onverlet.^[33] Art. 8 lid 3 noopt overigens niet tot implementatie; de Nederlandse rechter is reeds naar huidig recht zeer wel in staat providers een dergelijk verbod op te leggen.^[34] Uiteraard moet het onrechtmatig (i.e. onzorgvuldig) handelen van de provider in zo'n geval wel vast staan. Doordat art. 5 lid 1 het verbodsrecht inperkt, laat art. 8 lid 3 voor een rauwelijks verbod geen ruimte; de provider zal van de inbreuk op de hoogte moeten c.q. behoren te zijn.

Art. 5 lid 1 sub b geldt voor reproductiehandelingen 'met als enig doel [...] een rechtmatig gebruik van een werk of ander materiaal mogelijk te maken [...]'. Met 'gebruik' wordt in de eerste plaats bedoeld op *eind*gebruik, het consumeren (lezen, beluisteren, 'browsen') van beschermd materiaal.^[35] In een digitale omgeving gaat dit consumeren, zoals gesteld, dikwijls met tijdelijke kopieerhandelingen gepaard. Deze handelingen dienen op grond van art. 5 lid 1 sub b van het reproductierecht te worden uitgezonderd indien het beoogde gebruik 'rechtmatig' is. Betekent dit dat browsen alleen is toegelaten voorzover de termen van een gebruikslicentie dat toelaten? Neen. Volgens overweging 33 (laatste zin) wordt het gebruik als geoorloofd beschouwd 'indien het door de rechthebbende is toegestaan of niet bij wet is beperkt.' Deze toelichting maakt duidelijk dat het maken van tijdelijke technische kopieën ook is toegestaan 'met als enig doel' gebruik dat niet door een exploitatierecht is gedekt of op grond van een wettelijk beperking is toegestaan mogelijk te maken. Ervan uitgaande dat het waarnemen (lezen, bekijken of beluisteren) geen auteursrechtelijk relevante handeling is, volgt uit art. 5 lid 1 sub b dat de daartoe noodzakelijke tijdelijke reproductiehandelingen (opslag in videogeheugen c.q. weergave op beeldscherm) niet onder het reproductierecht van rechthebbenden begrepen zijn.

Hoe art. 2 en art. 5 lid 1 te implementeren? Dat de reikwijdte van het veeleenvoudigingsrecht naar huidig Nederlands recht niet beperkt is tot de permanente vastlegging, staat wel vast.^[36] Er bestaat dan ook weinig reden de tekst van art. 2 in de Auteurswet over te nemen, evenmin als dat destijds gebeurd is met art. 4 sub a van de Softwarerichtlijn en art. 5 sub a van de Databankrichtlijn. Blijkens het evaluatierapport over de Softwarerichtlijn, dat in april 2000 door de Europese Commissie is uitgebracht,^[37] staat Nederland hierin allerm minst alleen. Het lijkt daarentegen onvermijdelijk de specifieke regeling van art. 5 lid 1 expressis verbis in de Auteurswet, bijvoorbeeld in art. 13, over te nemen.

Het recht van mededeling aan het publiek

Art. 3 lid 1 van de richtlijn bepaalt:

'De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun

werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.’

Deze bepaling, een van de weinig niet-controversiële onderdelen van de richtlijn, is rechtstreeks ontleend aan art. 8 van het WIPO-Auteursrechtverdrag en brengt voor het Nederlandse auteursrecht niets nieuws. Sterker: ons alomvattende recht van openbaarmaking heeft voor dit recht waarschijnlijk model gestaan. Art. 3 lid 1 bevestigt dat het recht van ‘mededeling aan het publiek’ (i.e. immateriële openbaarmaking) ook een recht van beschikbaarstelling op individueel verzoek (‘making available’) omvat. Daarmee wordt buiten twijfel gesteld dat de beschikbaarstelling van werken via het Internet aan de auteursrechthebbende exclusief is voorbehouden. In Nederland heeft hieromtrent overigens nimmer serieuze twijfel bestaan. Het medianeutraal geformuleerde recht van openbaarmaking (art. 1 jo. 12 Auteurswet 1912) is flexibel genoeg ook de verspreiding van werken via het internet, al dan niet op individueel verzoek, te omvatten.^[38]

Art. 3 lid 1 is vooral van belang voor lidstaten die nog niet voorzien in een ruim geformuleerd openbaarmakingsrecht, zoals de Duitse *Urheberrechtsgesetz*. De Duitse wet voorziet in een scala van mediaspecifieke exploitatierechten, zoals een tentoonstellingsrecht, een recht van openbare uitvoering en een recht van omroepuitzending (‘Senderecht’). Beschikbaarstelling ‘on demand’ via het internet valt echter moeilijk onder een van deze rechten te scharen, zodat de richtlijn uitkomst biedt.

De richtlijn bevat geen equivalent van art. 5 lid 1 om passieve intermediairs tegen rechthebbenden te beschermen. In plaats daarvan verklaart overweging 27: ‘de beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten is op zich geen mededeling in de zin van deze richtlijn.’ De overweging weerspiegelt het ‘Agreed Statement’ bij art. 8 van het WIPO-Auteursrechtverdrag.

Met dat al bestaat er mijns inziens geen reden art. 3 lid 1 uitdrukkelijk in de Auteurswet op te nemen.^[39] Het tweede lid van art. 3 lid 2 vergt daarentegen wél wetsaanpassing. Deze bepaling belooft ook aan houders van naburige rechten een recht van ‘making available’; een dergelijk recht is in de Wet op de Naburige Rechten nog niet te vinden.^[40] Een ruim geformuleerd recht van mededeling aan het publiek, zoals art. 3 lid 1 voor auteursrechthebbenden in petto heeft, wordt aan houders van naburige rechten vooralsnog niet gegund. Vooral de fonografische industrie had dit, mede met het oog op digitale omroepdiensten, graag anders gezien.^[41]

Tenslotte bepaalt art. 3 lid 3 dat het recht van mededeling aan het publiek niet onderhevig is aan uitputting. Deze bepaling sluit aan bij heersende rechtsopvattingen; de uitputtingsregel, die wij in art. 4 lid 2 nogmaals zullen tegenkomen, is ‘exemplaar-gebonden’, en leent zich niet of nauwelijks voor toepassing op het internet.^[42] Implementatie van art. 3 lid 3 kan dan ook achterwege blijven.

Het distributierecht

Het derde door de richtlijn ‘horizontaal’ geharmoniseerde recht is het distributierecht. Ook dit recht is in de WIPO-verdragen (art. 6 WAV, art. 8 WNV) terug te vinden. En evenals het recht van ‘making available’ is het distributierecht al in het Nederlandse recht van openbaarmaking ‘ingebouwd’, zodat implementatie in de Auteurswet overbodig lijkt. Die conclusie geldt ook ten aanzien van de WNR, die reeds uitdrukkelijk in een distributierecht voorziet (art. 2 lid 1 sub c, art. 6 lid 1 sub b, art. 7a lid 1 sub b, art. 8 lid 1 sub c WNR).

Maar de richtlijn gaat op één belangrijk onderdeel verder dan de WIPO-verdragen en de Auteurswet. Konden de unielanden het in Genève niet eens worden over de tekst van een uitputtingsregel (internationale of territoriale uitputting), de richtlijn is onverbiddelijk: voor het distributierecht geldt *communautaire* uitputting. Het distribueren van producten waarin beschermd materiaal is geïncorporeerd is slechts toegelaten ‘wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsoverdracht van die zaak in de Gemeenschap door de rechthebbende of met diens toestemming wordt verricht’ (art. 4 lid 2). Parallelimport van beschermde producten die buiten de Europese Unie door rechthebbenden op de markt zijn gebracht, is voortaan taboe. De richtlijn moge de interne markt bevorderen, extern krijgt Fort Europa er een prikkeldraadversperring bij.

Erg verrassend is de keuze van de Europese wetgever voor communautaire uitputting overigens niet. Als ergens het ‘*acquis communautaire*’ in één richting wees, was het wel hier. Sedert de Merkenrichtlijn van 1988 bevat vrijwel iedere richtlijn of verordening op IE-gebied een regel van gemeenschapsuitputting. Op het terrein van het auteursrecht en de naburige rechten waren dat er inmiddels drie: de Softwarerichtlijn (auteursrecht op programmatuur, art. 4 sub c), de Verhuurrichtlijn (naburige rechten, art. 9) en de Databankrichtlijn (auteursrecht op databanken, art. 5 sub c; databankenrecht, art. 7 lid 2 sub b). Deze regels zijn voor wat betreft computerprogrammatuur overigens niet in de Auteurswet omgezet. Dat de Nederlandse wetgever na aanvaarding van de Auteursrechtrichtlijn voor het gehele auteursrecht de regel van internationale uitputting zal moeten opgeven, moge - zeker na het Silhouette-arrest^[43] - wel duidelijk zijn. Art. 12 zal moeten worden uitgebreid met een regel van gemeenschapsuitputting; het nieuwe art. 12b Aw (databanken) kan daartoe als voorbeeld dienen.

Een en ander neemt niet weg dat er, vooral in het licht van de verdere internationalisering van de informatiemarkt, alle reden is het Europese ‘*acquis*’ in heroverweging te nemen. In een formele verklaring bij het Gemeenschappelijk standpunt (art. 4 lid 2) heeft Nederland, samen met Ierland, Luxemburg, Finland en Zweden, de wens hiertoe uitdrukkelijk uitgesproken.^[44] Waarvan akte!

Slot

Anders dan al het gekrakeel rond de totstandkoming van de Auteursrechtrichtlijn zou doen vermoeden, dwingt de richtlijn niet tot ingrijpende aanpassing van de Nederlandse Auteurswet. De wettelijke begrippen verveelvoudiging en openbaarmaking zijn flexibel genoeg om ook de tijdelijke reproductie en de beschikbaarstelling op verzoek (‘*making available*’) te omvatten. Met betrekking tot laatstgenoemde handeling dient de WNR wèl te worden aangepast. Implementatie vergen voorts art. 4 lid 1 (*communautaire* uitputting) en art. 5 lid 1 (technische kopieën). Hoe de wetgever met de lijst van overige wettelijke beperkingen (art. 5 leden 2-5) en de bescherming van technologische voorzieningen (art. 6) heeft om te gaan, daarover leze men de bijdragen van Visser en Koelman elders in dit nummer.