



Het mobiele internet

Verschenen in *AMI* 2003-5, p. 161-168.

S.K. Sukhram en P.B. Hugenholtz

De koppeling van mobiele telecommunicatiediensten met het 'vaste' internet – kortweg 'het mobiele internet' – roept boeiende auteursrechtelijke vragen op. Is de doorgifte van pagina's afkomstig van het internet aan te merken als openbaarmaking, waarvoor afzonderlijk toestemming vereist is? Is het geschikt maken van webpagina's voor mobiel gebruik ('conversie') ongeoorloofde veeleenvoudiging, of wellicht zelfs in strijd met morele rechten? Hoe zit het met de aansprakelijkheid van aanbieders van mobiele internetdiensten? Een verkennende beschouwing.

Inleiding

Terwijl het auteursrecht nog maar nauwelijks van de internetrevolutie is bekomen, dient de volgende digitale uitdaging zich alweer aan. Volgens recente schattingen bezitten meer dan een miljard mensen een mobiele telefoon. Veel van deze telefoons beschikken over multimediale nevenfuncties, zoals SMS, radio, MP3-speler en spelletjes. Moderne mobieltjes zijn tevens geschikt voor de ontvangst van allerlei internetachtige informatiediensten, zoals het laatste nieuws, de bioscoopagenda, het weerbericht, enzovoorts. 'Mobiel internetten' gebeurt in Nederland op basis van twee standaarden: WAP en i-Mode. Hoewel het 'wappen' zich niet in een grote populariteit mag verheugen, lijkt i-Mode een doorslaand succes te worden. Het 'ouderwetse' berichtenprotocol SMS is dat al veel langer; volgens schattingen worden er per jaar meer dan 100 miljard SMS-jes verzonden, niet alleen door particulieren, maar in toenemende mate ook door professionele informatieaanbieders

De 'content' die door de aanbieders van mobiele internetdiensten wordt aangeboden, wordt meestal speciaal – en soms exclusief – voor de informatieleveranciers geproduceerd. Het mobiele internet biedt echter ook toegang tot de webpagina's van het 'vaste' internet. De in HTML opgemaakte pagina's worden daartoe automatisch geconverteerd (dat wil zeggen geschikt gemaakt om op de beeldschermjes van mobiele telefoons te worden bekeken) en via een 'gateway' naar de mobiele gebruikers gezonden. Hoewel deze 'doorgifte' van webpagina's vooralsnog – om technische redenen – mondjesmaat geschiedt, roept zij onmiddellijk de nodige auteursrechtelijke vragen op. Deze vragen roepen herinneringen op aan de opkomst van de kabel distributie in de jaren '70 en '80. Is de beschikbaarstelling van webpagina's via het mobiele telefoonnet een 'doorgifte' met auteursrechtelijke consequenties?

Het praktische belang van deze vraag zal in veel gevallen nog niet zo groot zijn. De meeste aanbieders van 'web-based content' zullen verdere verspreiding via het 'mobiele' internet alleen maar toejuichen. Voor professionele aanbieders ligt dat echter mogelijk anders. De weerman die met Planet Internet een lucratieve overeenkomst tot levering van de weersverwachting heeft afgesloten, zal niet blij zijn met ongeautoriseerde doorgifte hiervan aan alle 'wappers' van

Nederland. Hij ziet een profijtelijke secundaire markt aan zich voorbij gaan.

Dat niet iedere websitebeheerder dit soort secundaire exploitatie door de vingers ziet, ondervond enkele jaren geleden het Israëlische bedrijf GoSMS. Het bedrijf had een techniek ontwikkeld om webpagina's op verzoek van mobiele gebruikers automatisch tot SMS-berichten te reduceren en (in 'gestripte' vorm) te verzenden.^[1] Een openbare proef met deze techniek, waarbij nieuwsberichten afkomstig van de websites van The New York Times, The Washington Post en CNN werden 'verSMSt', kwam GoSMS onmiddellijk op gerechtelijke stappen van deze mediagiganten te staan.^[2]

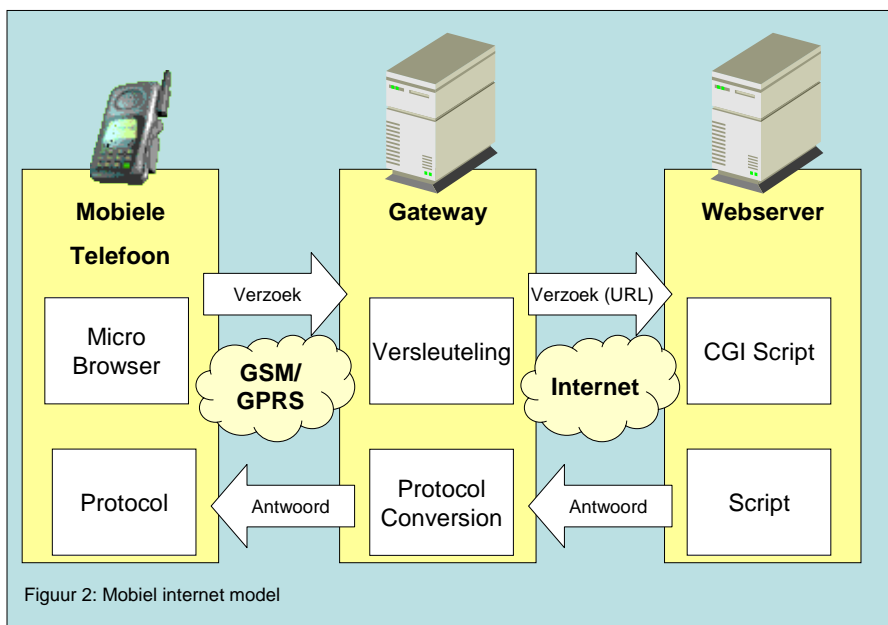
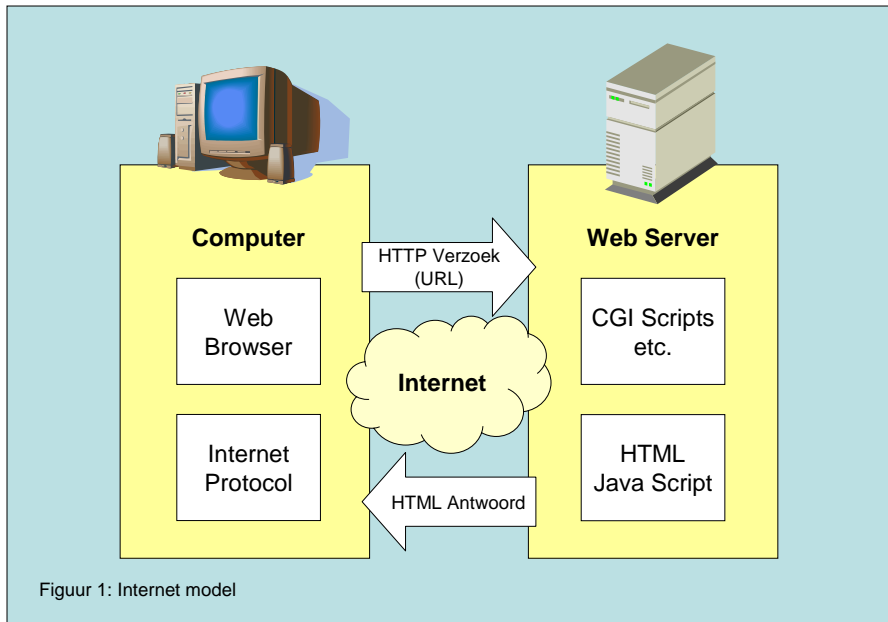
In dit artikel worden de auteursrechtelijke aspecten van het mobiele internet belicht. Is de 'doorgifte' van webpagina's via het mobiele internet aan te merken als openbaarmaking of verveelvoudiging? Zijn de morele rechten van de auteurs in het geding? In hoeverre is de provider van een gateway aansprakelijk voor de (onrechtmatige) inhoud van webpagina's die van het internet afkomstig zijn? Voorafgaand aan deze auteursrechtelijke beschouwing wordt de techniek van het mobiele internet, in het bijzonder WAP en i-Mode, uitvoerig geschetst. Het artikel wordt afgesloten met enkele conclusies.

Bij dit alles past een waarschuwing vooraf. Het betreft hier een verkennende beschouwing. Over dit onderwerp is, voorzover de auteurs hebben kunnen nagaan, nog nergens ter wereld gepubliceerd of geprocedeerd. Hier komt bij dat de term 'mobiel internet' voor de nodige verwarring zorgt. Sinds kort is het ook mogelijk via mobiele breedbandnetwerken (GPRS^[3]) en daartoe geschikte mobiele randapparaten (zogenaamde *smart phones*), die over meer capaciteit en grotere beeldschermen beschikken dan normale mobiele telefoons, 'gewoon' te internetten. Met een dergelijk apparaat kan door middel van een draadloze modem rechtstreeks toegang tot het internet verkregen worden, en kunnen webpagina's normaal gelezen worden. Deze vorm van 'draadloos internetten' roept in vergelijking met het 'vaste' internet nauwelijks bijzondere problemen op; daarover gaat dit artikel derhalve niet.

Techniek

Mobiele internetdiensten worden aangeboden op basis van twee verschillende standaarden ('protocollen'): WAP (Wireless Application Protocol) en i-Mode (information Mode). Het belangrijkste verschil tussen beide standaarden is dat WAP een open, voor iedereen toegankelijk protocol is, terwijl i-Mode vooralsnog door slechts één marktpartij (KPN Mobile in samenwerking met NTT DoCoMo) wordt toegepast. De techniek die voor beide standaarden gebruikt wordt, is echter soortgelijk.

Het mobiele internet benut de infrastructuur van het mobiele telefoonnet en het 'vaste' internet. Hiervoor is een tussenschakel tussen beide netten noodzakelijk, de *gateway*, in wezen een server die zowel met het mobiele netwerk als met het internet verbinding kan maken. De figuren 1 en 2 tonen de structuur van het mobiele internet vergeleken met die van het 'gewone' Internet.



In de mobiele telefoon bevindt zich een *microbrowser*, die vergelijkbaar is met de browser (communicatieprogramma) in een PC. De microbrowser kan verbinding maken met de gateway, waarna de gateway toegang verleent tot het mobiele internet. Op het scherm van de mobiele telefoon zal in de meeste gevallen een startpagina met hyperlinks (snelkoppelingen) verschijnen, waarop geklikt kan worden. Figuur 3 toont een mobiele internetpagina met hyperlinks.

Het is ook mogelijk om een URL (internetadres) in te toetsen, maar door het kleine formaat van het toetsenbord van een mobiele telefoon, is dit onhandig. De opdracht van de gebruiker om een webpagina op te halen wordt via het mobiele netwerk naar de gateway geleid. De gateway haalt

de webpagina vervolgens op van het 'vaste' internet en levert deze via het mobiele netwerk af bij de mobiele telefoon van de gebruiker.



Figuur 3

Een gatewayfunctie kan door verschillende partijen worden aangeboden. Zo hebben de mobiele netwerkkoperators elk hun eigen gateway, die derhalve deel uitmaakt van de infrastructuur van het mobiele netwerk. Mobile netwerkkoperators beschikken doorgaans ook over WAP-*portals*^[4], die als startpagina op het scherm verschijnen. WAP-gateways worden tevens verzorgd door zogenaamde 'content providers' (meestal mediabedrijven) en door internet service providers. Om hiervan gebruik te maken moet de gebruiker wel eerst de standaardinstellingen van zijn mobiele telefoon aanpassen. Dit laatste is bij i-Mode echter niet mogelijk. Door het gesloten karakter van deze dienst zijn de gebruikers 'veroordeeld' tot de gateway van KPN Mobile.

WAP

Het communicatieprotocol WAP is speciaal ontwikkeld voor kleine draadloze apparaten, zoals mobiele telefoons en Personal Digital Assistants (PDA's). In vergelijking met een PC hebben deze apparaten een klein scherm en toetsenbord, minder geheugen en een beperkte energievoorziening. Door deze beperkingen is het niet mogelijk om met een draadloos toestel 'gewoon' te internetten. WAP houdt rekening met de beperkte mogelijkheden van draadloze apparaten door gebruik te maken van de 'lichtgewicht' opmaaktaal WML (Wireless Markup Language). WAP-pagina's kunnen dan ook eigenlijk niet vergeleken worden met gewone internetpagina's. Er worden nauwelijks afbeeldingen getoond en evenmin grote stukken tekst. Een WAP-pagina lijkt nog het meest op een uitgebreid SMS-bericht.

Via het WAP-netwerk te verzenden informatie zal niet alleen aangepast moeten worden aan het kleine formaat van de mobiele telefoon, maar ook worden afgestemd op de gebruiker ('content op maat'). De meeste gebruikers zullen bij voorkeur gebruik maken van de portals met links naar aanbieders van diensten en informatie, waar enkel op geklikt hoeft te worden. Meer dan op het internet, zal degene die de meest aantrekkelijke portal aanbiedt de gebruikers weten te binden.

Via WAP worden allerlei diensten en informatie aangeboden, zoals nieuws-, sport- en weerberichten, reisplanners, agenda's, adresboeken en telefoongidsen, beurskoersen, voetbaluitslagen en omroepprogrammegevens. Het is ook mogelijk om hotelkamers te reserveren, bioscoopkaartjes te bestellen en e-mail te ontvangen en verzenden. Deze informatie

en diensten zijn grotendeels afkomstig van zogenaamde *content partners* waarmee aanbieders van WAP-gateways en portals samenwerken.^[15] Dit zijn bedrijven die tegen een deel van de opbrengsten informatie en diensten ontwikkelen voor WAP. De berekening van de kosten voor het gebruik van diensten kan per aanbieder verschillen; er kan abonnementsgeld en een bepaald bedrag per dienst gerekend worden, of er kan betaald worden voor de tijd dat de gebruiker online is, of voor het aantal pakketjes dat ontvangen en verstuurd wordt.^[16]

Het huidige voor WAP-gebruikers bestemde (in WML geschreven) informatieaanbod is nog vrij beperkt, en in elk geval veel kleiner dan het reusachtige aantal in HTML geschreven pagina's dat momenteel beschikbaar is op het 'vaste' internet (het World Wide Web). Deze pagina's kunnen voor WAP-gebruik geschikt worden gemaakt door ze om te zetten in WML. Dit omzetten (converteren) geschiedt doorgaans automatisch met behulp van speciale software (*conversion tools*). De meeste gateways beschikken over dergelijke software, zodat WAP-abonnees in beginsel toegang hebben tot het World Wide Web. Dat betekent overigens niet dat het informatieaanbod van het 'vaste' internet zonder meer geschikt kan worden gemaakt voor WAP-gebruik. Door de beperkingen van het beeldscherm en de beperkte bandbreedte van WAP is veel HTML-aanbod vooralsnog niet of nauwelijks te converteren.

I-Mode

I-Mode is ontwikkeld door het Japanse bedrijf NTT DoCoMo (het Japanse woord voor 'overall') en door dit bedrijf in 1999 in Japan geïntroduceerd, waar het een enorm succes geworden is. Dankzij een samenwerking met KPN Mobile is Nederland een van de eerste landen buiten Japan waar de dienst beschikbaar is gesteld. In tegenstelling tot het open protocol WAP, is i-Mode een volledig verzorgde dienst. I-Mode is een merk dat alleen door (of in samenwerking met) DoCoMo mag worden gebruikt. Dit betekent dat een gebruiker een speciale i-Mode telefoon nodig heeft om van de dienst gebruik te maken. Deze telefoon kan met de gateway van DoCoMo verbinding maken.

Ook voor i-Mode is een speciale opmaaktaal ontwikkeld: *compact HTML* (cHTML). Dit is een vereenvoudigde versie van HTML. Het is daardoor betrekkelijk eenvoudig om een pagina afkomstig van het internet om te zetten. I-Mode biedt dezelfde soorten diensten aan als WAP, maar omdat i-Mode bijzonder populair is in Japan, is het aanbod aanzienlijk groter en meer gevarieerd. Zo kan via i-Mode worden getelebankierd en kunnen afbeeldingen worden ontvangen.

Auteursrechtelijke analyse

Centraal in dit artikel staat de vraag naar de auteursrechtelijke relevantie van WAP en i-Mode. In hoeverre is de 'doorgifte' van internetpagina's naar het mobiele internet aan te merken als (secundaire) openbaarmaking? Is de conversie naar WML of cHTML wellicht aan te merken als verveelvoudiging? Hoe verhoudt de positie van de gateway-provider zich tot die van de 'gewone' ISP? Deze en aanverwante vragen komen in het vervolg van dit artikel aan de orde.

Openbaarmaking

Onder openbaar maken in de zin van art. 1 jo. 12 van de Auteurswet wordt een groot aantal handelingen verstaan die met elkaar gemeen hebben dat het werk op de een of andere manier ter beschikking van een publiek wordt gesteld.^[17] Openbaarmaking is een techniekonafhankelijk begrip; de gebruikte communicatietechniek is niet van belang. Openbaarmaking kan op alle mogelijke manieren plaatsvinden.^[18] Zoals hierboven uiteengezet, verzendt de gateway – de

verbinding tussen het internet en het mobiele netwerk – internetpagina's naar de mobiele telefoons van de gebruikers die daarom gevraagd hebben. Is dit beschikbaar stellen van internetpagina's aan te merken als openbaarmaken?

Evenals het aanbieden van informatie via het vaste internet is hier sprake van *on-demand* verzending. Dit houdt in dat de gebruiker eerst een verzoek moet richten tot de gateway-provider, waarna deze de opgevraagde pagina van het vaste internet ophaalt, zonodig converteert en naar de gebruiker verstuurt. Een gebruiker zal eerst op het scherm van zijn mobiele telefoon op een link moeten klikken, of een URL moeten intoetsen, alvorens de gateway een pagina verzendt.^[9] Hoewel deze verzending geïndividualiseerd plaatsvindt, is in dergelijke gevallen, naar algemeen wordt aangenomen, toch sprake van openbaarmaking. Deze openbaarmaking is gelegen in het aan de verzending voorafgaande openbare aanbod om het werk te verzenden.^[10] Dit oordeel wordt bevestigd door art. 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn,^[11] dat uitdrukkelijk voorziet in een 'making available' recht dat op dit type openbaar maken is toegesneden:

“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.”

Secundaire openbaarmaking

De van het internet afkomstige pagina die naar de mobiele gebruiker wordt verzonden, bevindt zich op een website van het 'vaste' internet, en is derhalve al eerder openbaar gemaakt. Is voor de 'doorgifte' van deze pagina via het mobiele internet afzonderlijke toestemming van de auteursrechthebbende vereist? Kan de beschikbaarstelling via het mobiele internet aangemerkt worden als een zelfstandige openbaarmaking?

Een vergelijking met kabeldistributie dringt zich op. De gelijktijdige kabeldoorgifte van radio- en televisieprogramma's die via ether werden uitgezonden, heeft in de jaren '80 aanleiding gegeven tot uitgebreide auteursrechtelijke discussie.^[12] Bezitters van een radio- of televisietoestel konden de programma's ook met een eigen individuele antenne ontvangen. De vraag rees of de gelijktijdige kabeldoorgifte toch als een afzonderlijke openbaarmaking, waarvoor de kabelexploitant toestemming moest vragen aan de auteursrechthebbenden, moest worden aangemerkt. In een aantal (proef)procedures^[13], waarin met name de interpretatie van artikel 12 lid 4 (nu: lid 6) van de Auteurswet als uitwerking van artikel 11 bis lid 1 sub 2 van de Berner Conventie centraal stond, werd deze vraag door de Hoge Raad uiteindelijk bevestigend beantwoord. Men spreekt in dit verband wel van 'secundaire openbaarmaking'.^[14] Diverse argumenten die pleitten tegen het aanmerken als afzonderlijke openbaarmaking werden door de Hoge Raad uiteindelijk verworpen. Zo hield het naar 'spiegelbeeldanalogie' van artikel 12 lid 4 Aw aanmerken van het kabelnet en de ontvangende burgers als één 'ontvangst-organisme' geen stand.^[15] Ook het argument dat door de kabeldoorgifte geen 'nieuw publiek' werd bereikt, of dat de doorgifte in hetzelfde 'service-gebied' plaatsvond, werd afgewezen.^[16] Beslissend is naar het oordeel van de Hoge Raad of de doorgifte door een 'ander organisme' wordt verzorgd.

Ook bij het mobiele internet is sprake van een afzonderlijke infrastructuur die aan een bestaand netwerk wordt gekoppeld, waardoor eenmaal openbaar gemaakte informatie aan een nieuwe kring van gebruikers wordt aangeboden. Ook in dit geval zijn de gebruikers tevens in de gelegenheid van de – ditmaal via het vaste internet – primair openbaar gemaakte informatie kennis te nemen. Tegenover deze overeenkomsten staan ook een aantal verschillen, waardoor de jurisprudentie van de Hoge Raad over de kabeldoorgifte niet zonder meer op het mobiele

internet kan worden toegepast. Een opvallend verschil is in de eerste plaats dat de kabeldoorgifte *gelijktijdig* met de etheruitzending plaatsvindt, terwijl de verzending via het mobiele internet geschiedt op individueel verzoek van de gebruikers. Een ander verschil is dat voor de ontvangst via het mobiele internet speciale randapparatuur (mobiele telefoons met Wap- of i-Modedefuncties) vereist is, terwijl kabelontvangst door middel van normale radio- of televisietoestellen geschiedt. Een wezenlijk verschil tussen beide vormen van 'doorgifte' is bovendien dat de kabelexploitant, voorzover hij niet aan 'must-carry' verplichtingen (vgl. art. 82i Mediawet) onderworpen is, vrij is te bepalen welke omroepprogramma's hij in zijn 'boeket' opneemt. Hiermee vergeleken speelt de gatewayprovider een volstrekt passieve rol. Hij selecteert niet, maar verzendt op verzoek van de mobiele gebruiker de pagina's die op het vaste internet beschikbaar zijn.

Organisme-uitzondering

Volgens artikel 12 lid 6 van de Auteurswet is geen toestemming van de rechthebbende vereist als de kabeldoorgifte aangemerkt kan worden als afkomstig van 'hetzelfde organisme'. Is deze beperking ook van toepassing op de doorgifte via het mobiele internet? Artikel 12 lid 6 van de Auteurswet spreekt van 'gelijktijdige uitzending van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk'. Kan een website als 'radio- of televisieprogramma' worden aangemerkt? In een grijs verleden is over de omroeprechtelijke status van ViewData, een alfanumerieke informatiedienst die als verre voorloper van het World Wide Web zou kunnen worden aangemerkt, gefilosofeerd.¹⁷¹ Zelfs als moet worden aangenomen dat het begrip 'radio- of televisieprogramma' in omroeprechtelijke zin ruim moet worden uitgelegd, lijkt een zodanige uitleg van artikel 12 lid 6 moeilijk te rijmen met de beperkte bedoeling van de wetgever of liever van de ontwerpers van art. 11bis van de Berner Conventie, dat in 1948 het licht zag. Hier komt bij dat art. 12 lid 6 enkel van toepassing is op 'uitgezonden' werken; het is zeer de vraag of de (niet-gelijktijdige) beschikbaarstelling van werken via het internet als 'uitzenden' in deze zin mag worden aangemerkt.

Maar ook indien de organisme-uitzondering wel – desnoods naar analogie – op het mobiele internet zou kunnen worden toegepast, dan nog heeft zij geen gevolgen. Noodzakelijk zou zijn dat het 'organisme' dat de primaire openbaarmaking verzorgt, dat wil zeggen de beheerder van de website tezamen met zijn service provider of wellicht enkel de service provider, dezelfde partij is als de aanbieder van de WAP-gateway. Dit zal normaliter niet het geval zijn.

Het recht van secundaire openbaarmaking heeft in de Auteursrechtlijn uitdrukkelijk en in zeer ruime zin erkenning gevonden. Volgens overweging 23 dient aan het recht van mededeling aan het publiek een ruime betekenis te worden toegekend. Dit recht omvat iedere mededeling die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan en strekt zich uit tot 'elke dergelijke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending.' Deze formulering biedt onmiskenbaar aanknopingspunten voor de conclusie dat het 'doorgeven' van webpagina's via het mobiele internet als afzonderlijke openbaarmaking is aan te merken. Een bijkomend argument kan wellicht gevonden worden in art. 3 lid 3 van de richtlijn, waarin bepaald wordt dat het recht van mededeling aan het publiek niet wordt 'uitgeput door enige handeling, bestaande in een mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling aan het publiek overeenkomstig dit artikel.' Anders gezegd: het 'making available' recht is niet onderhevig aan de uitputtingsregel en kan derhalve ten aanzien van voortgezette (secundaire, tertiaire) exploitatievormen telkens worden ingeroepen.

Enig soelaas voor de WAP-provider biedt wellicht overweging 27 bij de richtlijn:

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.

Deze overweging, die geïnspireerd is op het Agreed Statement^[18] betreffende artikel 8 van het WIPO-auteursrechtverdrag^[19], heeft naar algemeen wordt aangenomen ten doel te voorkomen dat internet service providers die webpagina's op verzoek van hun abonnees online beschikbaar stellen, als (potentiële) inbreukmakers worden aangemerkt. Zo overwoog de Rechtbank Den Haag in de Scientology-zaak^[20], dat service providers niet meer doen dan “gelegenheid geven tot openbaarmaking” en niet zelfstandig openbaar maken. Ook in de literatuur is verdedigd dat de activiteit van de service provider niet als een vorm van openbaar maken valt aan te merken.^[21] Wel handelen deze providers onder omstandigheden onrechtmatig indien zij inbreukmakende 'content', na daarvan in kennis te zijn gesteld, niet onmiddellijk verwijderen.

De bewoordingen van overweging 27 doen echter vermoeden dat de WAP-provider zich er niet met succes op zal kunnen beroepen. De fysieke faciliteiten dienen ten doel te hebben 'een mededeling mogelijk te maken of te verrichten'. Hieruit valt af te leiden dat het moet gaan om handelen op verzoek of in opdracht van de primaire openbaarmaker (i.e. de beheerder van de website). Het verder beschikbaarstellen van webpagina's via het mobiele internet geschiedt echter niet op verzoek of in opdracht van de rechthebbende.

Verveelvoudiging

Ook het tweede in de Auteurswet verankerde exploitatierecht, het recht van verveelvoudiging, speelt bij de beschikbaarstelling van werken via het mobiele internet een rol. Tijdens het transport van de pagina van het vaste internet via de gateway naar de mobiele gebruiker wordt een pagina meermalen tijdelijk vastgelegd en tevens bewerkt. Artikel 5 lid 1 van de richtlijn voorziet ten behoeve van tijdelijke reproductiehandelingen in een belangrijke beperking:

“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 en die worden 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.”

De meeste tijdelijke vastleggingen die plaatsvinden bij de verzending via het mobiele internet zullen voldoen aan deze voorwaarden, waardoor ze van het reproductierecht zijn uitgezonderd. De vraag is echter of de *conversie* van webpagina's (de omzetting van HTML naar WML of cHTML) ook onder deze uitzondering zal vallen. Uit overweging 33 bij de richtlijn blijkt dat deze beperking in het leven is geroepen “met het oog op het doelmatig functioneren van doorgiftesystemen”. Dezelfde overweging maakt duidelijk dat de beperking toepassing mist als de tussenpersoon de informatie modificeert. Hoewel volgehouden kan worden dat de conversie een essentieel onderdeel van een technisch procédé vormt, zonder welke de doorgifte van bepaalde internet pagina's niet plaats kan vinden, wordt de informatie door conversie wel degelijk gemodificeerd. De gateway-provider die van het web afkomstige pagina's converteert, zal zich dus niet kunnen beroepen op artikel 5 lid 1. Ook uit een oogpunt van wetsystematiek is deze conclusie onvermijdelijk. Art. 5 lid 1 heeft enkel betrekking op het reproductierecht; het bewerkingsrecht wordt niet door de richtlijn – en dus ook niet door de daarin vervatte uitzonderingen – bestreken.

Morele rechten

Zoals eerder uiteengezet, zullen in HTML opgemaakte webpagina's eerst moeten worden geconverteerd alvorens zij naar gebruikers van het mobiele internet worden verzonden. Hiertoe beschikt de gateway over een zogenaamde *content converter*. Bij het passeren van de gateway zet de converter een HTML pagina automatisch om in een voor de mobiele gebruiker geschikte taal (WML of cHTML). De converter kan echter slechts de tekstgedeelten van de HTML-pagina omzetten. Dit betekent dat de afbeeldingen en de opmaak van de originele pagina wegvallen, inclusief eventuele advertenties. Het valt moeilijk te ontkennen dat hier de morele rechten (met name het *droit au respect*) van de maker van de zonder zijn toestemming geconverteerde webpagina in het geding zijn. Mogelijk kan de redelijkheidstoets die in sub c en volgens velen ook in sub d besloten ligt ^[22] en die een belangenafweging impliceert, de provider van de gateway redding brengen.

Stilzwijgende toestemming

Om het gebruik van hyperlinks en met name *deep links* op het internet te rechtvaardigen, wordt wel het argument gebruikt dat degene die zijn werk op het World Wide Web plaatst, daarmee impliciet toestemming geeft om ernaar te linken. ^[23] De opmaaktaal HTML (*Hyper Text Markup Language*) is immers speciaal ontworpen om het (door)linken naar andere webpagina's mogelijk te maken. Wie informatie op het web aanbiedt, moet zich over een hyperlink dus niet beklagen.

Gaat het 'implied license' argument ook op voor het hergebruik van webpagina's via het mobiele internet? Wij achten dat weinig aannemelijk. Aanbieders van webpagina's zullen in veel gevallen niet op de hoogte zijn van de mogelijkheid van 'doorgifte' via het mobiele internet, en zullen dat daarom ook niet (moeten) verwachten. Terwijl de mogelijkheid van hyperlinking in het World Wide Web is ingebouwd en daarmee onverbrekelijk verbonden is, gaat het bij de doorgifte via het mobiele internet in wezen om een afzonderlijke – voortgezette – exploitatievorm. Het feit dat de integriteit van de aangeboden 'content' door de conversie mogelijk wordt aangetast, biedt voor deze conclusie een extra argument. In dit verband rijst de vraag of de beheerder van een website in staat is de doorgifte via het mobiele internet langs technische weg te blokkeren. Mocht dat zo zijn, dan zou uit de afwezigheid van zo'n technische maatregel mogelijk toch een stilzwijgende licentie kunnen worden afgeleid. ^[24]

Aansprakelijkheid voor de inhoud?

In de vorige paragrafen hebben wij nagegaan of het beschikbaar stellen van webpagina's via het mobiele internet als 'openbaar maken' of 'verveelvoudigen' in auteursrechtelijke zin is te beschouwen. Nu dringt zich de vraag op naar de aansprakelijkheid van de mobiele internet provider voor de door hem verzonden (mogelijk illegale) inhoud. Is hij aansprakelijk voor de schade die het gevolg is van het doorgeven van berichten die inbreuk maken op het auteursrecht van een derde?

De aansprakelijkheid van service- en access providers voor de inhoud van doorgegeven informatie wordt geregeld in de E-commerce richtlijn ^[25] en het daarop te baseren, nieuwe artikel 6:196c BW. Artikel 12 van de richtlijn heeft betrekking op providers die als *mere conduit* (doorgeefluik) fungeren. Het moet dan gaan om een dienst die "bestaat in het doorgeven in een communicatienetwerk van door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, of in het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk". De aansprakelijkheid van dergelijke dienstverleners wordt beperkt als voldaan is aan drie voorwaarden, en wel indien:

- a) het initiatief tot de doorgifte niet bij de dienstverlener ligt;
- b) de ontvanger van de doorgegeven informatie niet door de dienstverlener wordt geselecteerd, en
- c) de doorgegeven informatie niet door de dienstverlener wordt geselecteerd of gewijzigd.

Is aan deze voorwaarden voldaan, dan wordt de dienstverlener aangemerkt als doorgeefluik en zal hij slechts in uitzonderlijke gevallen aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de door hem getransporteerde informatie. Overweging 42 bij de richtlijn bevestigt dat het moet gaan om louter passief handelende intermediairs. Is de gateway-provider aan te merken als doorgeefluik in de zin van de richtlijn? Om deze vraag te beantwoorden moet onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende activiteiten die zo'n provider kan verrichten:

- 1) de 'gewone' verzending via het mobiele internet;
- 2) de verzending via het mobiele internet met *conversion*; en
- 3) *push*-verzending.

De 'gewone' verzending via het mobiele internet

Bij deze vorm van verzending vraagt de gebruiker via de gateway een voor mobiel gebruik bestemde pagina op. De gateway maakt verbinding met het internet, haalt de in WML of cHTML geschreven pagina op en verstuurt deze vervolgens naar de gebruiker. In dit geval komt de gatewayprovider zonder meer in aanmerking voor de beperking van de aansprakelijkheid. De activiteiten die de gateway voor deze verzending moet uitvoeren zijn immers louter technisch en automatisch. Op verzoek van een gebruiker volgt automatisch de doorgifte van de internetpagina, zonder dat de gateway kennis of controle heeft over de informatie die wordt doorgegeven. De gateway treedt louter op als doorgeefluik.

De verzending na conversion

Indien de doorgegeven pagina's door gateway worden geconverteerd, ligt deze conclusie echter minder voor de hand. De derde voorwaarde van artikel 12 van de richtlijn is dat "de doorgegeven informatie niet door de dienstverlener wordt geselecteerd of gewijzigd". Blijkens overweging 43 mag "de integriteit van de doorgegeven informatie" door het doorgeven niet worden aangetast. Bij conversie is dit onmiskenbaar wel het geval; de in HTML opgestelde pagina komt in gewijzigde vorm bij de gebruiker aan. De gatewayprovider verliest daardoor zijn rol als doorgeefluik.

Push-verzending

Verzending van informatie via het mobiele internet geschiedt normaliter op aanvraag van de gebruiker. Deze vorm van verzenden wordt ook wel *pull* genoemd, omdat de gebruiker de informatie als het ware naar zich toetrekt. Het is echter ook mogelijk om informatie naar de gebruiker te verzenden zonder dat hij een daartoe strekkend verzoek heeft gedaan. Dit wordt *push*-verzending genoemd, een enigszins met omroep vergelijkbare communicatiewijze.

Treedt de WAP-gateway bij de doorgifte van pushberichten op als doorgeefluik? Artikel 12 lid 1 sub a van de E-commerce richtlijn stelt als voorwaarde dat het initiatief tot de doorgifte niet bij de dienstverlener ligt, terwijl sub b voorschrijft dat de ontvanger van de doorgegeven informatie niet door de dienstverlener wordt geselecteerd. Het initiatief tot de doorgifte van pushberichten ligt weliswaar niet bij de gateway-provider (maar bij de aanbieder van de push-dienst), maar de gateway kan wel bepalen of het bericht wordt doorgestuurd naar de gebruiker. De gateway kan

namelijk zo worden geconfigureerd dat alleen de pushberichten die afkomstig zijn van bepaalde push-servers worden doorgestuurd. Daarmee heeft de gatewayprovider controle over het ontvangen van pushberichten en bepaalt de gateway in feite *of* een push-bericht wordt verzonden. Hiervan uitgaande, zou de gateway-provider niet als doorgeefluik zijn aan te merken.

Conclusie

Centraal in dit artikel stond de vraag naar de auteursrechtelijke relevantie van het 'doorgeven' van webpagina's via het mobiele internet. Het antwoord op deze vraag moet in beginsel bevestigend zijn. Het recht van openbaarmaking (c.q. 'making available' in de zin van de Auteursrechtlijn) strekt zich uit tot elke doorgifte, per draad of draadloos, van een werk aan het publiek. De 'organisme-uitzondering' die geldt voor de distributie van omroepprogramma's via de kabel mist toepassing bij het mobiele internet. Ook het recht van vereenvoudiging is in het geding. De in de Auteursrechtlijn opgenomen beperking ten aanzien van tijdelijke reproducties zal in het geval dat er conversie van HTML pagina's plaatsvindt evenmin van toepassing zijn. Door conversie worden mogelijk ook de morele rechten van de maker van de geconverteerde webpagina geschonden.

Met dat al is de conclusie dat voor het doorgeven van webpagina's via WAP of i-Mode de toestemming van rechthebbenden vereist is. Het is daarom enigszins verrassend te constateren dat het mobiele internet tot dusver nauwelijks heeft geleid tot auteursrechtelijke geschillen. Dat komt waarschijnlijk omdat het mobiele internet nog in de kinderschoenen staat, en dat conversie van webpagina's nog maar mondjesmaat geschiedt. Vooral WAP heeft de verwachtingen van de gebruikers tot op heden niet kunnen inlossen. Het GSM-netwerk beschikt over te weinig bandbreedte om het 'wappen' snel en aantrekkelijk te maken. Met de komst van mobiele breedbandnetwerken (GPRS en UMTS) zal dit euvel spoedig zijn verholpen. Hierdoor zal de vraag naar mobiele *content* toenemen en zal het verleidelijk worden aan deze vraag te voldoen door webpagina's van het internet te plukken, te converteren en aan mobiele gebruikers aan te bieden.

De hamvraag is hoe het mobiele internet zich in de toekomst zal ontwikkelen. Zal het mobiele internet als zelfstandig en gesloten medium doorgroeien, zoals nu het geval is met i-Mode? Of ontwikkelt het mobiele internet zich tot een open netwerk dat in wezen geïntegreerd wordt in het *World Wide Web*? In het eerste geval zullen de vragen die in dit artikel worden opgeworpen spoedig van groot praktisch belang blijken te zijn. In het andere zullen de problemen van het mobiele internet geleidelijk oplossen in die van het vaste net. Daarmee zijn die problemen natuurlijk nog niet opgelost, maar dat is weer een ander – en bekender – verhaal.