

## HET INTERNET: HET AUTEURSRECHT VOORBIJ?\*

### Preadvies

P.B. Hugenholtz

### Hoofdstuk I: Inleiding

Slechts eenmaal eerder in de illustere geschiedenis van de Nederlandse Juristen-Vereniging stond het auteursrecht op de agenda van de jaarvergadering. Dat was in 1877; de jonge vereniging vierde toen haar achtste verjaardag. Advocaten schreven hun memoranda nog eigenhandig met pen, papier en inkt. Brieven werden besteld per postkoets en ijlbode. De *courant* en het *magazijn* waren de enige massamedia van betekenis. En de Auteurswet 1912, die tot op de dag van vandaag - zij het in gewijzigde vorm - van kracht is gebleven, was nog ver weg. Sterker: zelfs haar voorganger, de Wet van 1880, stond nog in de steigers.

Toch was in 1877 de kiem van het Internet in feite al gelegd. In 1847 was de eerste openbare telegraafverbinding in Nederland door de Hollandsche Ijzeren Spoorwegmaatschappij in gebruik genomen. In 1877 was het telegraafnet uitgegroeid tot een wereldomspannend communicatienetwerk. Openbare telefonie werd korte tijd later (in 1880) in Nederland geïntroduceerd.<sup>1</sup>

Dat het Internet in 1877 reeds *in statu nascendi* verkeerde, ging aan de illustere leden der Vereeniging echter voorbij. Een jaar eerder hadden zij nog gedelibereerd over de prangende *quaestie* of het 'wenschelijk [is] dat dames-regentessen de absolute voogdij over kinderen, die onder haar toezicht verpleegd worden verkrijgen? Zijn zij geëmancipeerd genoeg om haar die voogdij zonder gevaar te kunnen geven?'<sup>2</sup>

Thans, in 1877, stond de emancipatie opnieuw centraal, en wel die van een betrekkelijk nieuw, zich ontluikend rechtsgebied. De beide praeadviseurs, Mrs Fresemann Viëtor en De Ridder, bogen zich tezamen met de leden ter vergadering verenigd over de vraag: 'Naar welk hoofdbeginsel moet de Staat de rechten van schrijvers en kunstenaars op het product van hun arbeid regelen?'<sup>3</sup> Anders geformuleerd: welke rechtsbeginselen liggen er ten grondslag aan

---

\* De tekst van dit preadvies werd afgesloten op 15 januari 1998.

1 A.A.M. Enserinck, *De Nederlandsche Radio-Wetgeving geschiedkundig ontwikkeld*, diss. Leiden, Alphen aan den Rijn 1933, p. 20.

2 *Handelingen NJV* 1876 II, p. 12.

3 *Handelingen NJV* 1877 I, p. 33.

het auteursrecht? De preadviseurs vonden dit geen moeilijke vraag: dergelijke rechtsbeginselen zijn er niet: '...er is geen rechtsbeginsel dat de Staat kan nopen schrijvers en kunstenaars de rechten van hun arbeid te verzekeren.'<sup>4</sup> Noch het leerstuk van de letterkundige of intellectuele eigendom, noch de leer 'dat de arbeider recht heeft op het loon van zijn arbeid', noch de opvatting dat de koper van een boek zich stilzwijgend verplicht zich van nadruk te onthouden vermocht de preadviseurs te vermurwen. Als er al gronden zijn tot bescherming van schrijvers en kunstenaars, dan zijn die slechts gelegen in het *algemeen belang*. De vergadering was het hiermee eens, met 36 stemmen voor en 10 tegen.<sup>5</sup>

Over de ratio van het auteursrecht valt 121 jaar na dato gelukkig meer te zeggen, zeker in het licht van de communicatierevolutie die sedertdien heeft plaatsgevonden. Het auteursrecht heeft zich in de afgelopen eeuw geëmancipeerd tot een volwaardig en volwassen rechtsgebied. Auteursrechtelijke beginselen zijn inmiddels diep in het rechtsbewustzijn van de gemiddelde justitiabele verankerd. Ironisch genoeg is het juist het Internet waardoor de grondslagen van het auteursrecht opnieuw ter discussie zijn komen te staan.

Over de bescherming van niet-openbare gedigitaliseerde gegevens heeft de Vereniging zich nog betrekkelijk recent (in 1988) gebogen. In zijn preadvies over privaatrechtelijke middelen van gegevensbescherming wijdde Verkade tien bladzijden aan de intellectuele eigendom, vooral aan het lelijke zusje van het auteursrecht, de *geschriftenbescherming*.<sup>6</sup> Het Internet kwam in de preadviezen van 1988 nog niet voor, zelfs niet in het algemeen gedeelte waar de integratie van informatica en telecommunicatie waaruit het Internet is voortgekomen, beschreven werd.<sup>7</sup>

Sinds de doorbraak van het World Wide Web, enkele jaren geleden, is het Internet uit de auteursrechtelijke literatuur niet meer weg te denken. De communicatierevolutie die door het Internet is ingezet, wordt in deze literatuur weerspiegeld. 'Almost everything we think we know about intellectual property is wrong', schrijft Internet-goeroe John Perry Barlow.<sup>8</sup> Het auteursrecht is ontstaan in een analoge wereld van tastbare kopieën (de drukpers). 'To assume that systems of law based in the physical world will serve in an environment that is as fundamentally different as Cyberspace is a folly for which everyone doing business in the future will pay.'<sup>9</sup>

Ook in de serieuze rechtswetenschappelijke literatuur wordt de noodklok over het auteursrecht geluid. In het spraakmakende artikel van Dommering is sprake van een ware 'crisis van het auteursrecht'; *het auteursrecht spoelt weg door het elektronische vergiet*.<sup>10</sup>

Tegenover deze doemdenkers staan optimisten die menen dat het met de auteursrechtelijke

---

4 J. Freseman Viëtor, *Handelingen NJV 1877 I*, p. 44.

5 *Handelingen NJV 1877 II*, p. 70-71. Zie de kritiek op het votum bij H.L. de Beaufort, *Het auteursrecht in het Nederlandse en het internationale recht* (diss. Utrecht), Utrecht: Den Boer 1909, p. 73 e.v.

6 *Handelingen NJV 1988 I*, p. 43-53.

7 *Handelingen NJV 1988 I*, p. 11.

8 John Perry Barlow, 'Selling Wine without Bottles. The Economy of Mind on the Global Net', in: P. Bernt Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Den Haag: Kluwer Law International, p. 187.

9 Barlow, a.w., p. 174, waarover *kritisch* P.B. Hugenholtz, 'Het auteursrecht gaat langer mee dan Barlow denkt', *Zeno* 1996-1, p.8.

10 E.J. Dommering, 'Het auteursrecht spoelt weg door het elektronisch vergiet. Enige gedachten over de naderende crisis van het auteursrecht', *Computerrecht* 1994-3, p. 109.

gevolgen van het Internet wel meevalt. In deze opvatting behoeft aan het auteursrechtelijke systeem in wezen weinig te veranderen. Misschien moeten enkele begrippen in het licht van het Internet wat worden opgefrist, bijgevoegd of 'verduidelijkt', grosso modo kan het auteursrecht zo blijven als het altijd (dat wil zeggen: sinds het begin van deze eeuw) is geweest. Het auteursrecht heeft in het verleden vele media-stormen (fonograaf, radio en televisie, kabel, informatica) doorstaan; waarom zou het aan het Internet ineens bezwijken?<sup>11</sup>

Over de toekomst van het auteursrecht in een digitale netwerkomgeving gaat dit preadvies. In hoofdstuk II wordt de eerste van vier rode draden, die de infrastructuur vormen van dit verhaal, geïntroduceerd: de actuele kwestie van de *elektronische kopie* en daaraan verwante problemen als de 'hyperlink', 'caching' en 'browsing'. Ook de reikwijdte van de wettelijke beperkingen zal in dit kader summier aan de orde komen.

De tweede rode draad is *de territorialiteit*. In hoofdstuk III zal worden geschetst hoe het wegvallen van territoriale grenzen voor het auteursrecht ernstige consequenties heeft. Het IPR, waarover Polak preadviseert, vormt daartegen geen adequate remedie, zelfs niet als vangnet.

De derde rode draad is de *aansprakelijkheid* van de Internet-provider. Dient de intermediair te 'bloeden' voor iedere inbreuk die via zijn computers plaatsvindt? Dit vraagstuk, dat centraal staat in hoofdstuk IV, lijkt zich te ontwikkelen tot een 'horizontaal' leerstuk, dat het auteursrecht ruimschoots overstijgt.

De vierde rode draad, tenslotte, wordt afgewikkeld in hoofdstuk V. Hier worden enkele *alternatieven* voor auteursrechtelijke bescherming beschreven. Aanbieders van informatie-diensten zullen hun toevlucht nemen tot contractuele en technische maatregelen om onbevoegd gebruik te verhinderen. De vraag rijst of deze maatregelen voldoende ruimte laten voor de informatie vrijheid van de gebruiker. Wellicht wordt het tijd voor dwingendrechtelijke bepalingen die deze vrijheid ook in de toekomst zullen waarborgen. Aan het slot van dit hoofdstuk wordt een somber scenario geschetst: rechtsregels zullen door informaticaregels buitenspel worden gezet, het publieke domein zal achter een ondoordringbare encryptielaag verdwijnen.

Deze inhoudsopgave maakt duidelijk dat dit preadvies over (veel) meer gaat dan het auteursrecht in enge zin. Aldus kom ik enigszins tegemoet aan de wens van het NJV-bestuur mij ook met mediarechtelijke kwesties in te laten. Over de (on)rechtmatigheid van publikaties op het Internet in brede zin gaat dit preadvies echter niet. Daarvoor zijn, afgezien van plaatsgebrek, twee redenen aan te voeren. Allereerst roept dit onderwerp naar mijn voorlopig oordeel geen belangwekkende nieuwe vragen van materieel civielrecht op. Een belediging in druk is ook op het Internet geen compliment. Interessant en belangrijk is natuurlijk wèl het IPR-probleem dat samenhangt met het onvermijdelijk wereldwijde effect van de uiting. Medepreadviseur Polak gaat op deze complicatie uitvoerig in.

De tweede reden is het feit dat de NJV zich nog betrekkelijk recent (nou ja, in 1978) met de bescherming van het individu tegen onrechtmatige uitingen in de media heeft bezig

---

11 Vgl. Paul Goldstein, *Copyright's Highway: The Law and Lore of Copyright from Gutenberg to the Celestial Jukebox*, New York: Hill & Wang 1994, p. 205: 'Copyright law has a youthful capacity to self-correct'.

gehouden; ik verwijs naar de preadviezen van Diemer<sup>12</sup> en Mout<sup>13</sup>. Voor uitvoerige beschouwingen over de digitale communicatie- en informatievrijheid vanuit *staatsrechtelijk* perspectief wijs ik op de preadviezen van Kalkman, Hins en Jurgens, die in 1995 werden uitgebracht aan de Vereniging voor Media- en Communicatierecht en de Staatsrechtkring.<sup>14</sup>

Dit preadvies biedt evenmin ruimte voor een aantal andere (auteursrechtelijke) kwesties: de allocatie van rechten (aan wie behoren de 'elektronische rechten'?)<sup>15</sup> en het complexe karakter van multimedialicenties<sup>16</sup>. Buiten beschouwing blijft eveneens het object van auteursrechtelijke bescherming, een onderwerp waarover in de afgelopen jaren meer dan genoeg geschreven is.<sup>17</sup> Evenmin wordt aandacht besteed aan de morele rechten van de auteur.

Tot slot van deze inleiding past een waarschuwing: *dit preadvies bevat bederfelijke waar*. Wij weten veel te weinig van de nieuwe digitale wereld om definitieve standpunten in te nemen. Gedreven door een mengeling van *horror vacui* en verlatingsangst (en aangevuurd door lobbies), kiezen nationale en internationale wetgevers voor de vlucht vooruit. Het Internet dreigt overspoeld te worden met premature wetgevende initiatieven. Laten wij, rechtsgeleerden en praktizijns, het goede voorbeeld geven en het hoofd koel houden.

## Hoofdstuk II: De elektronische kopie

Auteursrechthebbenden plegen het Internet te beschouwen als een wereldomspannend kopieerapparaat, bediend door een miljoenenleger van gevaarlijke en anonieme piraten. Dat schrikbeeld is, hoe karikaturaal ook, niet eens zo ver bezijden de waarheid. Anders dan in de goede oude tijd van de drukpers, waarin het auteursrecht is ontstaan, beschikt tegenwoordig vrijwel iedere informatieconsument over zijn eigen, hoogwaardige reproductie- en distributie-apparaat: zijn *personal computer*. Via het digitale net kunnen perfecte kopieën van auteursrechtelijk beschermde werken in een oogwenk naar alle uithoeken van de aarde worden verspreid. Geen wonder dat vanuit het kamp van de rechthebbenden de roep om versterking van het auteursrecht de afgelopen jaren oorverdovend is geweest.

De campagne van de rechthebbenden heeft, veel sneller dan op internationaal niveau gebruikelijk was, geresulteerd in een verdrag dat beoogt de rechten van auteurs en auteursrechthebbenden op het Internet veilig te stellen. Het Auteursrechtverdrag<sup>18</sup>, dat in

---

12 *Handelingen NJV* 1978 I, p. 7-79.

13 *Handelingen NJV* 1978 I, p. 81-165.

14 *Communicatie- en informatievrijheid in het digitale tijdperk*, Publikaties van de Staatsrechtkring nr. 11, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

15 K.J. Koelman, 'De overdracht overdacht', te verschijnen in *Informatierecht/AMI* 1998.

16 K.J. Koelman, *Multimedialicenties, enkele juridische en praktische knelpunten*, ITeR-reeks nr. 10, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998; J.M.B. Seignette, *Beheer en clearance van intellectuele eigendomsrechten in de digitale informatiemaatschappij*, ITeR-reeks nr. 10, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998.

17 F.W. Grosheide, *Auteursrecht op maat* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1986; A.A. Quaedvlieg, *Auteursrecht op techniek* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987; P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1989; J.H. Haeck, *Idee en programmaformule in het auteursrecht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1998.

18 E.J. Arkenbout, 'Nieuwe verdragen over auteursrecht en naburige rechten', *Informatierecht/AMI* 1997-4, p. 67; F.W. Grosheide, 'Enkele kanttekeningen bij het WIPO Copyright Treaty 1996', *Informatierecht/AMI* 1997-4, p. 74.

december 1997 in het kader van de WIPO (World Intellectual Property Organization) tot stand is gekomen, voorziet allereerst in een ruim geformuleerd 'right of communication to the public' (art. 8). Art. 8 stelt buiten twijfel dat de beschikbaarstelling aan het publiek via het Internet aan de auteursrechthebbende exclusief is voorbehouden. In Nederland heeft daaromtrent nimmer serieuze twijfel bestaan. Het 'media-neutraal' 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. Sterker: het openbaarmakingsrecht is daarvoor bij uitstek geschikt, veel beter dan het reproductierecht.<sup>19</sup>

Het Verdrag bevat voorts enige 'flankerende' bepalingen, zoals een verbod op het verwijderen van 'rights management information' (informatie over de auteursrechtelijke status van een werk) en een verbod op het omzeilen van technische beschermingsmaatregelen; zie § V.2 van dit preadvies.

Een poging om ook het reproductierecht in het WIPO-Verdrag een plaats te geven is op het laatste nippertje stukgelopen op taai verzet van een 'ad hoc' coalitie van intermediairs, telecommunicatiebedrijven en eindgebruikers. Het WIPO-ontwerp bevatte aanvankelijk (in art. 7) een zeer ruim geformuleerd reproductierecht, inhoudende de 'direct and indirect reproduction [...], whether permanent or temporarily, in any manner or form'. Ook de *tijdelijke kopie* zou aldus onder het reproductierecht worden gebracht.

Aanvaarding van het voorstel zou vergaande consequenties hebben gehad. Doordat in een digitale omgeving iedere verzending, ieder transport, iedere ontvangst en ieder gebruik van informatie met enige vorm van tijdelijk kopiëren gepaard gaan, zou het auteursrechtelijke exploitatierecht ver buiten zijn traditionele oevers zijn getreden.<sup>20</sup> Normale gebruikshandelingen die in de 'analoge' wereld altijd vrij van auteursrechtelijke aanspraken hebben kunnen plaatsvinden (het lezen van een boek, het draaien van een plaat, het kijken naar de televisie), zouden op het Internet auteursrechtelijk belast worden. Het auteursrecht zou eensklaps met een (digitaal) *gebruiksrecht*, een 'exclusive right to read', worden uitgebreid.<sup>21</sup> Aldus zou de ratio van het reproductierecht, het beschermen tegen ongeoorloofde vormen van *exploitatie*, geheel uit het oog worden verloren.<sup>22</sup>

In zijn artikel in *Computerrecht*<sup>23</sup> noemt Dommering de 'elektrokopie' een 'spook uit het papieren tijdperk'. Hij nodigt ons uit het 'repro-denken', waarvan de traditionele auteursrechtleer is doortrokken, te verlaten en op zoek te gaan naar auteursrechtelijke concepten die beter passen bij de digitale omgeving. In zijn dissertatie van 1997 neemt Visser de uitnodiging van Dommering, misschien wat al te gretig, aan. Volgens Visser kan het

---

Het WIPO-Auteursrechtverdrag is afgedrukt in *Informatierecht/AMI* 1997-4 (bijlage).

19 P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht en information retrieval*, Deventer: Kluwer 1982, p. 44; idem, 'Adapting copyright to the information superhighway', in: P. Bernt Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Den Haag: Kluwer Law International 1996, p. 101; D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang* (diss. Leiden), Den Haag: VUGA 1997, p. 173.

20 P.B. Hugenholtz, 'Het auteursrecht, het Internet en de informatiesnelweg', *NJB* 1995, p. 513-519; Visser, a.w., p. 61-82.

21 Jessica Litman, 'The Exclusive Right to Read', *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* (13) 1994, p. 29.

22 I. Cherpillod, 'Droit d'auteur et droits voisins en relation avec les autoroutes de l'information: le contenu des droits et leurs limitations', in: Reto M. Hilty (red.), *Information Highway*, Bern: Stämpfli 1996, p. 264.

23 Noot 10.

reproductierecht, van oudsher de harde kern van het auteursrecht (het 'copyright'), beter helemaal worden afgeschaft. Een ruim geformuleerd recht van openbaarmaking (een *auteursrecht op toegang*) is alles wat de rechthebbende in de toekomst nodig heeft.<sup>24</sup>

In zijn reactie op het Groenboek van de Europese Commissie pleit het Legal Advisory Board, een adviescollege van de Commissie, voor een *normatieve* benadering van de exploitatierechten. Verveelvoudiging is een rechtsbegrip, geen louter technisch bepaalde notie. Niet de (toevallige) stand van de techniek, maar het recht (de norm) dient de reikwijdte van de bescherming te bepalen.<sup>25</sup>

Onder druk van de 'ad hoc' coalitie is art. 7 van het WIPO-voorstel uiteindelijk geschrapt.<sup>26</sup> Daarbij speelden, toegegeven, rechtswetenschappelijke bezwaren nauwelijks een rol. Gevreesd werd dat een ruim geformuleerd reproductierecht zou leiden tot (ongewenste) verruiming van de aansprakelijkheid van Internet-providers; zie hoofdstuk IV.

De discussie over het digitale reproductierecht is daarmee echter niet gesloten. Het richtlijnvoorstel dat de Europese Commissie eind december 1997 openbaar maakte, voorziet eveneens in een uitgebreid reproductierecht (art. 2), dat ook de tijdelijke elektronische kopie omvat.<sup>27</sup> Het voorstel sluit aan bij gelijksoortige bepalingen in de Softwarerichtlijn<sup>28</sup> en de Databankrichtlijn<sup>29</sup>.

De bepaling in het richtlijnvoorstel reikt echter minder ver dan de verongelukte WIPO-bepaling. Tijdelijke reproductiehandelingen 'which are integral to a technological process made for the sole purpose of enabling a use of a work or other subject matter and have no separate economic significance' (art. 5 lid 1) moeten door de nationale wetgever worden vrijgesteld. De Toelichting noemt als (enig) voorbeeld van zo'n vrijgestelde reproductiehandeling het transport van een film vanuit een databank in Duitsland naar de personal computer (PC) van een gebruiker in Portugal. Onderweg op het netwerk zullen talloze tijdelijke kopieën van (gedeelten van) de film worden gemaakt, aldus de Commissie. Dergelijke 'transport-kopieën' vallen volgens het voorstel niet onder het auteursrecht.

Een ander voorbeeld is *caching*. Teneinde de wachttijden op het WWW (de 'World Wide Wait') binnen de perken te houden, zijn veel Internet providers er toe overgegaan kopieën van

---

24 D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang* (diss. Leiden), Den Haag: VUGA 1997, kritisch besproken door E.J. Arkenbout, *Informatierecht/AMI* 1997-8, p. 172.

25 Legal Advisory Board, *Reply to the Green Paper on Copyright in the Information Society*, <http://www2.echo.lu/legal/en/labhome>. In gelijke zin F.W. Grosheide, 'Enkele kantekeningen bij het WIPO Copyright Treaty 1996', *Informatierecht/AMI* 1997-4, p. 75 r.k.

26 Wel is bij wijze van compromis het volgende *Agreed Statement* bij het WIPO-Auteursrechtverdrag aangenomen: 'The reproduction right, as set out in Article 9 of the Berne Convention, and the exceptions permitted thereunder, fully apply in the digital environment, in particular to the use of works in digital form. It is understood that the storage of a protected work in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction within the meaning of Article 9 of the Berne Convention.'

27 Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society, COM (97) 628.

28 Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *PbEG* 1991 L 122/42.

29 Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *PbEG* 1996 L 77/20.

recent opgevraagde web-pagina's tijdelijk op hun eigen servers (computers) te bewaren, zodat zij door gebruikers sneller geraadpleegd kunnen worden ('proxy-caching'). Ook de gebruiker maakt zich, ongetwijfeld zonder het te beseffen, regelmatig schuldig aan caching. De bij het browsen gebruikte navigatiesoftware zorgt er voor dat recent opgevraagde webpagina's in het werkgeheugen of op de harde schijf van de PC van de gebruiker tijdelijk beschikbaar blijven. Het gaat hier in beide gevallen om technisch geïndiceerde reproductiehandelingen zonder zelfstandige economische betekenis, die op grond van het richtlijnvoorstel naar mijn oordeel zijn toegestaan.<sup>30</sup>

Verwant aan caching, maar daarvan wel te onderscheiden, is *mirroring*, het 'spiegelen' van een web site. In dit geval wordt een (populaire) web site door een service provider in zijn geheel gekopieerd en via zijn eigen server aan het publiek beschikbaar gesteld. Ook hier is het primaire doel de toegankelijkheid van de web site te verbeteren. Amerikaanse sites die op Europese servers worden gespiegeld zijn vanuit Europa veel sneller te bereiken. Zo bezien zou ook mirroring onder het regime van het richtlijnvoorstel een vrijgestelde handeling moeten zijn. Dikwijls dient mirroring ook een ander doel: het vergroten van de aantrekkingskracht (met bijbehorende advertentie-revenuen) van de 'spiegelende' provider. In zo'n geval kan uiteraard niet worden volgehouden dat het reproduceren geen zelfstandig economische betekenis heeft.

Overigens gaat mirroring niet alleen met reproduceren, maar ook met openbaarmaken gepaard. De analogie met secundaire kabeldistributie, waarvoor afzonderlijke toestemming van de rechthebbenden vereist is, ligt hier voor de hand.<sup>31</sup> In de praktijk pleegt voor mirroring eveneens toestemming (van de van de beheerder van de gespiegelde site) te worden gevraagd.

### *Probleemgevallen: browsen en hyperlink*

Het richtlijnvoorstel laat zich niet uit over de status van een tweetal gedragingen die op het World Wide Web evenzeer gemeengoed zijn, maar in auteursrechtelijke kringen voor veel controverse hebben gezorgd: het *browsen* (het 'bladeren' door web-pagina's) en de *hyperlink* (de 'aanklikbare' elektronische doorverwijzing).

Het browsen gaat ongetwijfeld met kopiëren (in technische zin) gepaard. Wie een web-pagina opvraagt, laadt de inhoud daarvan tijdelijk in het werkgeheugen van zijn computer. Is hier voldaan aan de beide criteria van art. 5 lid 1 van het richtlijnvoorstel?<sup>32</sup>

Om met het laatste te beginnen: is browsen een economisch relevante exploitatiehandeling? De vergelijking met het bladeren in een encyclopedie dringt zich op. De 'bladeraar' verricht een typische gebruikshandeling. Hij exploiteert de encyclopedie niet, zelfs niet als hij hem

---

30 Zie overweging 23 van de considerans. Denkbaar is overigens dat morele rechten wèl een rol spelen, bijvoorbeeld indien 'gecachte' webpagina's door de provider niet vaak genoeg ververs worden; gebruikers worden in zo'n geval naar verouderde pagina's verwezen.

31 Hoge Raad 30 oktober 1981, nr 11.739, *NJ* 1982, 435 (CAI Amstelveen).

32 Overweging 23 van de considerans suggereert dat browsen onder art. 5 lid 1 begrepen wordt.

van A-tot-Z leest en uit zijn hoofd leert. Dat wordt niet anders als de encyclopedie niet toebehoort aan de 'bladeraar', maar bijvoorbeeld aan een bibliotheek.

Zo is ook het browsen bij uitstek een consumptieve handeling. Het feit dat de gebruikers van commerciële databanken voor gebruikshandelingen afzonderlijk (*per use*) plegen te betalen, doet daar niet aan af. Wie zijn tijdschriften bij de kiosk betreft, betaalt eveneens per gebruikte eenheid. Maar daarmee is het lezen van de Panorama nog geen auteursrechtelijk relevante handeling geworden.

Niet iedere transactie waarmee auteursrechtelijk beschermde werken zijn gemoeid, behoort - kortom - een afzonderlijke auteursrechtelijke aanspraak te genereren. In de materiële wereld stelt onder meer de *uitputtingsregel* paal en perk aan de ongebreidelde opeenstapeling van auteursrechtelijke claims. De verkrijger van een exemplaar dat met toestemming van de rechthebbende op de markt is gebracht, kan daarmee doen en laten wat hij wil. In de virtuele wereld van het Internet bestaat behoefte aan een vergelijkbare begrenzing,<sup>33</sup> zeker als het (door de Commissie gepropageerde) uitgebreide reproductierecht regel zou worden.

Op de keper beschouwd, is de kwestie van het browsen niet het *hot issue* dat sommige Internet-scribenten er graag van maken. Zelfs als het reproductierecht zich tot iedere tijdelijk gekopieerde bit zou uitstrekken, zou browsen op het World Wide Web zijn toegestaan. Wie informatie via het web beschikbaar stelt, moet immers geacht worden het goed te vinden dat daarvan normaal gebruik wordt gemaakt. Browsen op het World Wide Web mag dus, al was het maar op grond van een *stilzwijgende licentie*.<sup>34</sup>

Ook over de auteursrechtelijke status van de *hyperlink* woeden heftige discussies een betere zaak waardig. Volgens sommigen is het aanbrengen van een 'link' naar auteursrechtelijk beschermde informatie mogelijk een vorm van (secundaire) openbaarmaking.<sup>35</sup> Anderen zien in de hyperlink slechts het elektronische equivalent van een voetnoot, die auteursrechtelijk buiten schot behoort te blijven.<sup>36</sup> Ik sluit mij graag aan bij laatstgenoemde opvatting, maar doe dat hier zonder argumenten. Evenals het browsen, is het maken van hyperlinks een verschijnsel dat inherent is aan het World Wide Web. De mogelijkheid naar *iedere* pagina op het web een link te leggen ('hypertext') is een wezenlijk onderdeel van de programmeertaal waarmee webpagina's worden opgemaakt. Wie informatie via het web beschikbaar stelt, moet dan ook niet klagen als van die mogelijkheid daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt.

Dat neemt niet weg dat zich situaties kunnen voordoen, dat tegen het leggen van een link legitiem bezwaar wordt gemaakt. Uit de praktijk bekend is het voorbeeld van de web site die zonder dat de bezoeker er erg in heeft, linkt naar pagina's van een concurrerende site. De bezoeker wordt in de waan gelaten dat de gepresenteerde pagina's deel uitmaken van de bezochte site ('framing'). Dergelijke gevallen van misleiding zijn op basis van het recht van

---

33 Jerome H. Reichman, 'Electronic Information Tools - The Outer Edge of World Intellectual Property Law', *IIC* (24) 1993, p. 463; E.J. Dommering, a.w., p. 110; David Nimmer, 'Brains and Other Paraphernalia of the Digital Age', *Harvard Journal of Law and Technology* (10) 1996, p. 33.

34 Nimmer, a.w., p. 20.

35 G. Brunt en M.H.M. Schellekens, 'Auteursrecht in DigiWorld', in: S.J.H. Gijrath e.a. (red.), *Intellectueel eigendom in digitaal perspectief*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1996, p. 35-36.

36 D.J.G. Visser, 'The Economic Rights Involved. Report on the Netherlands', in: M. Dellebeke (ed.), *Copyright in cyberspace*, ALAI Study Days, Amsterdam, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1997, p. 127.

ongeoorloofde mededinging (en eventueel het merkenrecht) gemakkelijk te bestrijden.<sup>37</sup>

De rechthebbende zal evenzeer willen kunnen optreden tegen wie welbewust linkt naar een inbreukmakende publikatie op het web. Ook in dat geval biedt het gemene recht voldoende aanknopingspunten voor rechtshandhaving. De 'linker' handelt in zo'n geval niet minder onrechtmatig dan wie welbewust adverteert voor een gepirateerd product en dusdoende inbreuk bevordert.<sup>38</sup> Aan een auteursrechtelijk verbodsrecht terzake van de hyperlink bestaat met dat al naar mijn oordeel geen enkele behoefte.

### *Wettelijke beperkingen*

Het Internet dwingt niet alleen tot heroverweging van de exploitatierechten, maar ook tot herijking van het stelsel van wettelijke beperkingen dat daarvan de limiet bepaalt. Veel bestaande beperkingen zijn, in tegenstelling tot de abstract geformuleerde rechten van verveelvoudiging en openbaarmaking, in 'media-specifieke' termen gesteld. Sommige gelden alleen voor de gedrukte media, andere alleen voor film of omroep. Om deze regels aan te passen aan de multimediale context van het Internet is een majeure 'operatie stofkam' noodzakelijk. Visser heeft daarvoor in zijn recente ITeR-studie belangrijk voorwerk verricht.<sup>39</sup>

Deze herijkingsoperatie dient verder te gaan dan het actualiseren van de bewoordingen van bestaande wetsteksten, het *multimedia-bestendig* maken van de wet. Wie beweert dat alles dat in de 'papieren wereld' thans is toegestaan, ook op het Internet 'moet kunnen', redeneert eendimensionaal. Evenals bij de uitleg van de exploitatierechten, dient de ratio van de beperkingen bij deze operatie leidraad te zijn. Deze ratio verschilt van beperking tot beperking; ik onderscheid gemakshalve drie categorieën.

Belangrijke wettelijke beperkingen als art. 15 Aw (vrije nieuwsvoorziening), art. 15a (citaatrecht) en art. 16b (eigen oefening, studie of gebruik) hebben hun rechtsgrond (mede) in constitutioneel gewaarborgde vrijheden, zoals de informatievrijheid (art. 10 EVRM en art. 7 Grondwet) en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 8 EVRM en art. 10 Grondwet). Het spreekt vanzelf dat deze grondrechtelijk geïnspireerde beperkingen ook op het Internet onverkort van kracht dienen te blijven. Waar de bewoordingen van de huidige wet tekort schieten, is wetswijziging noodzakelijk.

Een tweede categorie wettelijke beperkingen komt voort uit overwegingen van algemeen belang, zonder dat daarvoor direct een grondrechtelijke grondslag valt aan te wijzen. Ik denk hierbij aan wettelijke beperkingen ten behoeve van het onderwijs en de bibliotheken.<sup>40</sup> Vergelijkbare beperkingen gelden in andere landen voor archieven en musea. Dienen dergelijke beperkingen in een digitale omgeving in stand te blijven? Hier is het oppassen

---

37 Th. Hoeren, 'Cybermanners und Wettbewerbsrecht - Einige Überlegungen zum Lauterkeitsrecht im Internet', *Wettbewerb in Recht und Praxis* 1997-11, p. 996.

38 Spoor/Verkade, p. 342; Pres Rb Amsterdam 25 juni 1981, *Auteursrecht* 1981, p. 85 (NBB/De Piraat).

39 D.J.G. Visser, *Naar een multimedia-bestendig auteursrecht*, ITeR-reeks nr. 10, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998.

40 Uiteraard zijn deze beperkingen wel tot bepaalde *sociale* grondrechten te herleiden.

geblazen. Het gevaar bestaat dat deze beperkingen, eenmaal omgezet in 'multimedia-bestendige' bewoordingen, alle perken te buiten gaan.

Nemen wij als voorbeeld de bibliotheek. Naar huidig auteursrecht geldt een aantal 'bibliotheek-privileges', die de bibliotheken de ruimte bieden hun belangrijke maatschappelijke taak gevrijwaard van auteursrechtelijke besognes te vervullen. Boeken mogen zonder toestemming worden geraadpleegd en uitgeleend; kopieën mogen in opdracht van gebruikers worden gemaakt en afgegeven. Dienen deze privileges ook te gelden voor de *digitale bibliotheek* van de toekomst?

Het probleem is: niemand weet hoe de digitale bibliotheek er uit zal zien. De fysieke beperking van de traditionele bibliotheek - met zijn voordeur, zijn boekenvoorraad en zijn vier muren - vormt een natuurlijke begrenzing aan het bibliotheekprivilege. In de digitale omgeving vallen deze grenzen weg; de digitale bibliotheek is (potentieel) altijd geopend, voor de hele wereld toegankelijk en alom aanwezig. Vrij van auteursrechtelijke besommingen zou de digitale bibliotheek iedere uitgever en iedere rechthebbende de das omdoen.<sup>41</sup> Vergelijkbare problemen spelen ten aanzien van onderwijsinstellingen en musea. Van onderwijs-op-afstand naar online exploitatie is maar een kleine stap.

De derde categorie beperkingen levert de minste problemen op. Het gaat hier om de beperkingen die hun plaats in de wet slechts aan falende marktwerking hebben te danken. Een voorbeeld is het *reprorecht*, het stelsel van wettelijke beperkingen dat (institutionele) gebruikers de vrijheid laat op grote schaal - tegen betaling van 'reprodubbeltjes' - fotokopieën van auteursrechtelijk beschermde geschriften te maken. Mede door het enorme aantal gebruikers en rechthebbenden is een contractuele regeling van het fotokopiëren nooit van de grond gekomen.

Beperkingen als deze dienen niet blindelings naar de digitale omgeving te worden overgeplant. Zoals elders in dit preadvies (§ V.1) nader zal blijken, vormt het Internet een ideale voedingsbodem voor complexe contractuele exploitatiemodellen. Het staat zonder (proefondervindelijk) onderzoek geenszins vast dat op het Internet aan een 'reprorecht-model' behoefte bestaat. Terecht strekken de voorstellen van de Commissie Reprorecht en de minister van Justitie voor een vernieuwd reprorecht zich niet uit tot de elektronische kopie.<sup>42</sup>

In haar voorstel voor een Auteursrechtlijn doet de Europese Commissie een ambitieuze poging tot harmonisatie van de wettelijke beperkingen. Art. 5 leden 2 en 3 bevat daartoe een limitatieve opsomming van toegestane beperkingen, onder meer ten behoeve van bibliotheken, onderwijs en wetenschap, de actuele nieuwsvoorziening, het citeren en het voeren van gerechtelijke procedures. Aanvaarding van het voorstel zou betekenen dat een groot aantal thans geldende nationale beperkingen moet worden geschrapt of aangepast.<sup>43</sup> Gezien de grote culturele verschillen tussen de lidstaten, die zich vertalen in een scala van beperkingen die van land tot land verschillen, lijkt deze poging tot harmonisatie tot mislukken gedoemd.

---

41 Dirk Visser, 'De auteursrechtelijke bibliotheek-exceptie van morgen', *Informatie Professional* 1997-2, p. 26.

42 Commissie Auteursrecht, Eindrapport over het Reprorecht, *Informatierecht/AMI* 1997-5, p. 95; brief van de minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, Kamerstukken TK, 1996-1997, 25528, nr. 1.

43 Zie de voorbeelden genoemd door D.J.G. Visser, *Staatscourant* 1997, 246, p. 6.

### Hoofdstuk III: Het einde van de territorialiteit

De tweede rode draad in dit verhaal loopt door in de preadviezen van Polak en Buruma. In *cyberspace* ('the space without a space') zijn de grenzen van de fysieke ruimte ('meatspace') volledig weggevallen. Het Internet kent en ondersteunt geen geografische territorialiteit. Het net is een *zelf-routerend* systeem: de bits en bytes zoeken hun eigen weg van zender naar ontvanger. Fysieke locatie heeft op het net vrijwel iedere betekenis verloren. Wie veelvuldig van het Internet gebruik maakt, ervaart dat als het ware aan den lijve. Zijn vaste email-correspondent in Los Angeles is hem nader dan zijn Internetloze collega proximus uit Amsterdam.

Voor de theorie en de praktijk van het auteursrecht vormt het wegvallen van geografische territorialiteit een ernstig probleem. Het auteursrechtelijke bouwwerk rust immers op een solide territoriaal fundament. Alle internationale verdragen en harmonisatierichtlijnen ten spijt, het auteursrecht bestaat nog steeds uit een lappendeken van nationale, territoriaal begrensde rechten. De overgang van lappendeken naar netwerk ('from patchwork to network'<sup>44</sup>) roept ingewikkelde auteursrechtelijke vragen op, die door het IPR slechts ten dele kunnen worden beantwoord.

De Berner Conventie, die sedert 1886 wereldwijde auteursrechtelijke bescherming waarborgt, heeft deze lappendeken goeddeels in stand gehouden. De inhoud van het auteursrecht wordt autonoom bepaald door iedere conventiestaat (art. 5 lid 2 BC). De minimumrechten van de conventie doen daar - alleen voor buitenlanders<sup>45</sup> - nog een klein schepje bovenop. Het gelijkheidsbeginsel van de Conventie houdt in dat buitenlanders met 'binnenlanders' gelijk worden gesteld: een Fransman wordt in Nederland als een Nederlander beschermd (en omgekeerd). Aldus beschikt de maker van een werk over een *bundel* van (inmiddels meer dan honderd<sup>46</sup>) nationale auteursrechten, die hij in ieder conventieland volgens het locale recht beschermd weet.

De exploitatie van auteursrechtelijk beschermde werken heeft in de praktijk het patroon van de lappendeken grotendeels gevolgd. Uitgaverechten (voor boeken en andere gedrukte publicaties) worden per territoir verleend en geëxploiteerd. De exploitatie van bioscoopfilms geschiedt eveneens op geografische grondslag. Territoriale afbakening van markten fungeert hierbij onder meer als instrument van prijsdiscriminatie en gedifferentieerde marketing.<sup>47</sup> Nationale (quasi-)monopolies op het collectieve beheer van auteursrechten (BUMA, STEMRA, Stichting Reprorecht, enzovoorts) versterken deze 'nationalistische' tendens.

Deze licentiepraktijk werkt goed zolang het medium in kwestie territoriale exclusiviteit daadwerkelijk toelaat. Hierbij speelt de mogelijkheid van rechtshandhaving uiteraard een

---

44 Paul Edward Geller, 'From Patchwork to Network: Strategies for International Intellectual Property in Flux', te verschijnen in *IIC* 1998.

45 W.J.M. Diekman, 'TRIPs, WIPO en de Nederlanders', *Informatierecht/AMI* 1997-10, p. 207.

46 Bij de Berner Conventie zijn 128 staten aangesloten (stand per 1 januari 1998).

47 John H. Barton, 'The Balance Between Intellectual Property Rights and Competition: Paradigms in the Information Sector', *European Competition Law Review* 1997, p. 441.

belangrijke rol. De lappendeken gaat scheuren zodra het medium niet langer effectief aan de rechtsmacht van een nationale staat (met bijbehorend geweldmonopolie) kan worden onderworpen.<sup>48</sup> Gepirateerde boeken en video's kunnen aan de grenzen worden tegengehouden.<sup>49</sup> Fabrieken van illegale CD's kunnen, desnoods met de sterke arm, gesloten worden. Maar wat te doen tegen de (geenszins denkbeeldige) web site op de Kaaiman Eilanden, waar de nieuwste hits tegen een habbekrats wereldwijd verkrijgbaar zijn?

Helemaal nieuw is dit probleem overigens niet. Het auteursrecht heeft al eerder kennis gemaakt met een medium dat zich van staatsgrenzen weinig aantrekt: de etheromroep. De ether laat zich, evenmin als het Internet, gemakkelijk in het keurslijf wringen van een territoriaal licentiemodel. Geen wonder dat de introductie van de omroepsatelliet destijds voor grote verwarring onder rechthebbenden heeft gezorgd. Moest voor een uitzending per omroepsatelliet de toestemming worden verkregen van alle rechthebbenden die zich binnen de 'footprint' (het zenderbereik) van de satelliet bevinden, of kon met licenties in het land van 'opstraling' worden volstaan?

De Europese Richtlijn satellietomroep en kabeldoorgifte<sup>50</sup> heeft aan deze verwarring (voor de landen van de Europese Economische Ruimte) een einde gemaakt. De Richtlijn bepaalt dat een uitzending per satelliet slechts als openbaarmaking is aan te merken in de lidstaat waar de *injectie* van het programmadrage signaal plaatsvindt. Plaatselijke rechthebbenden (filmdistributeurs, omroepen, enz.) kunnen zich tegen een satelliet-uitzending vanuit een andere lidstaat derhalve niet langer met auteursrechtelijke middelen verzetten. Voor satelliet-uitzending behoeft voortaan slechts in het *land van oorsprong* toestemming van rechthebbenden te worden verkregen.

Hoewel op het eerste gezicht geschikt om ook voor het Internet soelaas te bieden, heeft de constructie van een 'injectierecht' voorlopig geen navolging gekregen.<sup>51</sup> Het reduceren van een veelheid van nationale rechten tot één digitaal injectierecht moge voor exploitanten een uitkomst zijn, voor rechthebbenden is het een nachtmerrie. Deze nachtmerrie heet *delocatie*, de verplaatsing van exploitatie-activiteiten naar landen met een laag beschermingsniveau, de zogeheten *copyright havens* (niet: 'heavens'). De angst voor delocatie verklaart in belangrijke mate waarom rechthebbenden zoveel belang hechten aan aansprakelijkheid van de service provider, de laatste 'fysieke' schakel tussen de tastbare en de virtuele wereld. Zolang de wereldkaart van het auteursrecht nog een groot aantal witte plekken vertoont, lijkt toepassing van het lex-originismodel op het Internet uitgesloten.

In afwachting van een globale oplossing moet het Internet onder de lappendeken van de territorialiteit een plaatsje krijgen. Dat is geen gemakkelijke opgave. Zoals Polak in zijn

---

48 David R. Johnson en David Post, 'Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace', *Stanford Law Review* (48) 1996-5, p. 1369.

49 Verordening nr. 3295/94 van de Raad tot vaststelling van maatregelen om het in het vrije verkeer brengen, de uitvoer, de wederuitvoer en de plaatsing onder een schorsingsregeling van nagemaakte of door piraterij verkregen goederen te verbieden van 22 december 1994, *PbEG* L 341/8.

50 Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, *PbEG* 1993 L 248/15, waarover P.B. Hugenholtz, 'De Europese richtlijn inzake satellietomroep en kabeldoorgifte', *Informatierecht/AMI* 1994-5, p. 87.

51 Zie het preadvies van Polak, § 50.

preadvies beschrijft, is de IPR-regel van de *lex protectionis* naar huidig recht de enige verwijzingsregel die redelijkerwijs in aanmerking komt. De vraag of een gedraging op het Internet als een inbreuk op een recht van intellectuele eigendom valt aan te merken, wordt derhalve beheerst door het recht van het land waar de gedraging haar 'schadelijke inwerking' heeft.<sup>52</sup> Die inwerking, zo schrijft Polak elders, is *voorzienbaar wereldwijd*.<sup>53</sup> Dat betekent dat iedere publikatie op het Internet potentieel naar het (auteurs)recht van meer dan 100 soevereine staten moet worden beoordeeld.<sup>54</sup> De aanbieder van informatie loopt daardoor een groot aansprakelijkheidsrisico.<sup>55</sup> Hij dient van ieder auteursrechtelijk beschermd werk dat hij 'op het net zet' voor meer dan 100 staten de nodige rechten te verwerven.

Een extra complicerende factor vormt hierbij de inhoud van het auteursrecht die van land tot land verschilt. De bestaande rechtsonzekerheid over de reikwijdte van het auteursrecht op het Internet accentueert deze verschillen. Wie het probleem van de tijdelijke kopie naar *Nederlands* recht al ingewikkeld vindt, wil er niet aan denken wat rechtens is in, laten we zeggen, Burkina Faso. Toch dwingt toepassing van de *lex-protectionis*-regel op het Internet de bona fide exploitant tot dergelijke hersengymnastiek. Zo heeft iedere actor op het Internet zijn eigen auteursrechtelijke nachtmerrie.

Prille initiatieven uit de hoek van het collectieve rechtenbeheer om exploitanten de helpende hand te bieden, geven weinig reden tot optimisme. De Internet-licentie die BUMA/STEMRA (op grond van een 'Tijdelijke regeling muziekgebruik op Internet'<sup>56</sup>) voor Nederlandse site-beheerders in petto heeft, is goed bedoeld, maar weinig meer dan een wassen neus. De licentie heeft slechts betrekking op het gebruik van muziekwerken (tekst en bladmuziek), niet op uitvoeringen of opnamen daarvan. Daarover waakt niet BUMA of STEMRA, maar de Stichting SENA, die belast is met het collectieve beheer van naburige rechten. SENA doet aan de Tijdelijke Regeling niet mee.

Het is overigens maar de vraag of de rechtenorganisaties over de vereiste bevoegdheden beschikken namens alle door hen vertegenwoordigde rechthebbenden Internet-licenties af te sluiten. Een generieke rechtenoverdracht of licentie pleegt onder de vigeur van art. 2 lid 2 Auteurswet beperkt (ten gunste van de auteur) te worden uitgelegd.<sup>57</sup> Of de thans door de rechtenorganisaties gehanteerde aansluitcontracten ook de 'elektronische rechten' omvatten, is betwist.<sup>58</sup>

Het gebrekkige mandaat van de rechtenorganisaties en de stammenstrijd tussen de organisaties onderling maken een collectieve oplossing op korte termijn illusoir. Ook op

---

52 Polak, § 53.

53 Polak, § 50.

54 Jane C. Ginsburg, 'Global Use/Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure', *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* (42) 1995, p. 320.

55 C.E. Drion en J.J. Linnemann, 'Aansprakelijkheidskwesties en andere uitdagingen van het Internet aan de nationale rechtsorde', *NJB* 1996-41, p. 1739.

56 J. Jonkers, 'Buma/Stemra en het Internet', *Informatierecht/AMI* 1997-3, p. 54; Tijdelijke regeling muziekgebruik op Internet, <http://www.buma.nl>.

57 Vgl. Rb Amsterdam 24 september 1997, *Mediaforum* 1997-11/12, p. B159 (NVJ/Volkskrant); K.J. Koelman, noot 15.

58 H.W. Wefers Bettink, 'Muziek op Internet: de BUMA-regeling', *Computerrecht* 1997-2, p. 55.

langere termijn biedt deze benadering weinig perspectief.<sup>59</sup> In veel rechtenorganisaties zijn het niet de individuele auteurs, maar de grote rechthebbenden (uitgevers, filmproducenten) die het voor het zeggen hebben. Deze *major players* zullen er de voorkeur aan geven de elektronische rechten zèlf te beheren. Internet-rechten zijn zolangzamerhand geen 'nevenrechten' meer, maar primaire exploitatierechten die door de rechthebbenden niet graag uit handen worden gegeven. Het Internet schept voor uitgevers en producenten nieuwe kansen die zij graag zèlf zonder tussenkomst van een rechtenorganisatie willen benutten.

De conclusie dringt zich op dat rechtmatige exploitatie van auteursrechtelijk beschermde werken via het Internet voorshands vrijwel *onmogelijk* is. Alleen in het uitzonderlijke geval dat vast staat dat geen rechtenoverdracht heeft plaatsgevonden en er geen reden is te twijfelen aan het makerschap van de auteur, kan de Internet-exploitant er op vertrouwen dat het 'auteursrechtelijk wel goed zit'. Het komt er in de praktijk op neer dat het alleen de auteur zèlf is die zonder auteursrechtelijke risico's zijn gedachtengoed in cyberspace de vrije loop kan laten.

De vraag rijst of het IPR geen alternatief zou moeten bieden. De *lex-protectionis*regel moge een elegant en intellectueel bevredigend resultaat opleveren, wie meer wil met het Internet dan het uiten van zijn eigen hoogstpersoonlijke gevoelens wordt er ernstig door belemmerd. Hoe deze impasse te doorbreken? Door het ontwerpen van een regel die de exploitant niet dwingt rekening te houden met de auteurswetten van meer dan honderd soevereine staten. In contractuele verhoudingen voorkomt de vrijwillige rechtskeuze door partijen veel IPR-ellende. Een mogelijke oplossing voor het Internet zou zijn auteurs(rechthebbenden) bij eerste publikatie van hun werk tot een rechtskeuze te *verplichten*, zodat a priori zekerheid bestaat over het op exploitatie en inbreuken toepasselijke recht. Verplichte rechtskeuze zou tevens een homogene beschermingsomvang van het werk over het gehele Internet (en daarbuiten) waarborgen; rechthebbende en gebruiker zouden met lokaal afwijkende regimes voortaan geen rekening meer hebben te houden.<sup>60</sup> De rechtskeuze zou als onderdeel van de 'rights management information' onverbrekkelijk met het werk verbonden blijven. Het spreekt vanzelf dat een dergelijke (of andere) IPR-oplossing bij voorkeur in een internationaal verdrag haar beslag zou moeten krijgen.<sup>61</sup>

Uiteraard zijn alle problemen hiermee nog lang niet uit de wereld. Het lijkt moeilijk voorstelbaar de inhoud van het auteursrecht geheel door het recht van het land van oorsprong te laten bepalen.<sup>62</sup> In elk geval zullen *ordre public*-regels, zoals beperkingen ter bescherming

---

59 Er zijn meer redenen waarom collectief rechtenbeheer op het Internet gedoemd is te falen. Stel dat website-beheerders of providers door een 'super-BUMA' in de gelegenheid werden gesteld een Internet-licentie voor alle mogelijke werken te verwerven. Aan wie zouden de royalties moeten worden uitgekeerd? Aan eenieder die via het Internet beschermde werken openbaar maakt: bij benadering de gehele Internet-bevolking.

60 Ik ontleen het idee van de verplichte rechtskeuze aan de doctoraalscriptie van UvA-student M.P.Th. Steyn, 'Internationaal auteursrecht in de informatiemaatschappij' (Amsterdam UvA 1998). Het idee impliceert herinvoering van een (thans door de Berner Conventie verboden) formaliteitseis; bij publikatie ware de naam van de rechthebbende ook het land van verplichte rechtskeuze te vermelden. Vgl. het *vlaggebeginsel* in het zeerecht, waarover J. Boek, in: Ingrid van den Berg e.a. (red.), *Regulering van het Internet*, ITeR-reeks nr. 9, Alphen aan den Rijn: Samsom 1997, p. 63.

61 A.A. Quaedvlieg, 'Een multiple personality syndroom in het i.p.r.: wie is auteursrechthebbende?', *Informatierecht/AMI* 1997-8, p. 161-162.

62 Vgl. Quaedvlieg, a.w., p. 160.

van de informatie vrijheid, roet in het eten blijven gooien<sup>63</sup>, zeker als rechthebbenden er toe zouden overgaan en masse het recht van een àl te auteursrechtvriendelijke staat te kiezen.

Welke IPR-regel men ook verkiest, het territorialiteitsbeginsel van het nationale en internationale auteursrecht blijft het belangrijkste obstakel. Veruit de beste oplossing is dan ook het materiële auteursrecht op mondiaal niveau geheel gelijk te schakelen. Als de voortekenen ons niet bedriegen, zal het Internet aan de mondiale unificatie van het auteursrecht een beslissende impuls geven. De contouren van een *wereldauteursrecht* (lange tijd een fata morgana) beginnen zich af te tekenen. Het WIPO-Auteursrechtverdrag dat eind 1996 tot stand kwam, moge een mislukking heten, het verbijsterende tempo waarmee het verdrag tot stand is gekomen, is veelzeggend.

#### IV. Aansprakelijkheid van intermediairs

Zelfs met een wereldauteursrecht in de hand blijft de handhaving van het auteursrecht op het Internet een *mer à boire*. In een oceaan van potentiële inbreukmakers lijkt effectieve rechtshandhaving een illusie. Geen wonder dat rechthebbenden hun pijlen elders richten: op de intermediairs die de schakel vormen tussen de virtuele en de 'echte' wereld. Anders dan de digitale wereldburger die zich kan verschuilen achter een masker van anonimiteit of zich door delocatie aan rechthandhaving kan onttrekken, zijn de providers relatief gemakkelijke prooien. De aansprakelijkheid van de provider is een van de meest controversiële - en moeilijke - juridische vraagstukken die het Internet te bieden heeft.<sup>64</sup>

De aansprakelijkheidsvraag vergt een nauwkeurige analyse van de maatschappelijke rol en functie van de Internet providers.<sup>65</sup> Problematisch is vooral de hybride positie van de *service provider*, die derden in de gelegenheid stelt informatie via het net te verspreiden. De service provider stelt daartoe capaciteit op zijn servers ter beschikking. In sommige gevallen is hij ook inhoudelijk bij het informatie-aanbod betrokken. Daarnaast biedt de service provider andere communicatiediensten aan, zoals email en nieuwsgroepen.

Van de service provider te onderscheiden is de *access provider*; deze biedt gebruikers toegang tot het Internet door het aanbieden van inbelfaciliteiten. De access provider heeft met het informatie-aanbod op het Internet niets van doen; tot blokkeren of afsluiten van inbreukmakende sites is hij evenmin in staat. Complicerende factor is de dubbelrol die veel providers in de praktijk vervullen: zij zijn access en service provider in één. Deze dubbelrol verklaart ten dele de verwarring die over de aansprakelijkheid van de provider inmiddels is ontstaan.

De variabele rol van de provider maakt het moeilijk algemene uitspraken over de

---

63 Vgl. Cour de Cassation 28 mei 1982, *RIDA* 1991, nr. 149, p. 197 (Asphalt Jungle).

64 Zie o.m. G. Spindler, 'Deliktsrechtliche Haftung im Internet - nationale und internationale Rechtsprobleme', *ZUM* 1996-7, p. 533; N. Bortloff, 'Die Verantwortlichkeit von online Diensten', *GRUR Int* 1997-5, p. 387; Instituut voor Informatierecht (K.J. Koelman), *Liability for On-line Intermediaries*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 1997.

65 Zie preadvies van Koers, § 1.3.

aansprakelijkheid te doen. Om dezelfde reden dienen vergelijkingen met tussenpersonen uit de 'analoge' wereld, zoals uitgevers, drukkers, kabelexploitanten en PTT's, met de nodige voorzichtigheid gemaakt te worden.

Een favoriete analogie onder de providers zelf is die van de *common carrier*, die (volgens een oude PTT-slogan) 'geen boodschap aan de boodschap' heeft, en voor de vervoerde boodschappen nimmer aansprakelijk kan worden gesteld. Deze vergelijking is misplaatst. De bijzondere status van de common carrier vloeit voort uit de universele leveringsplicht die hem als (quasi-)monopolist bij wet is opgelegd. Deze verplichting impliceert een exoneration (of rechtvaardigingsgrond) ten aanzien van de inhoud van de vervoerde boodschappen. Voorts kan de common carrier zich ten aanzien van de door hem geleverde niet-openbare diensten (telefonie, dataverkeer, huurlijnen) beroepen op het telecommunicatiegeheim (art. 13 Gw<sup>66</sup>) en daarop gebaseerde strafbepalingen.

Anders dan de common carrier geldt voor Internet providers geen wettelijke leveringsplicht; er is (voorshands) geen sprake van dominante marktpartijen, maar van een levendige concurrentie. Het telecommunicatiegeheim kan door de providers alleen worden ingeroepen voor diensten met een besloten karakter (email bijvoorbeeld).<sup>67</sup>

### *Toerekenbare inbreuk?*

Zijn providers aansprakelijk voor de inbreukmakende bits en bytes die hun servers passeren? Oudere rechtspraak inzake 'analoge' intermediairs werpt enig licht op deze vraag. Geen twijfel bestaat over de aansprakelijkheid van drukkers en uitgevers<sup>68</sup> of handelaars in gepirateerde producten.<sup>69</sup> Deze intermediairs plegen rechtstreeks inbreuk op een uitsluitend recht (van verveelvoudiging of openbaarmaking) en zijn daarvoor aansprakelijk. De omstandigheid dat de intermediair bij de gepubliceerde inhoud op geen enkele wijze betrokken is geweest, doet aan de toerekenbaarheid niet af.<sup>70</sup> Op de intermediair rust normaliter een onderzoeksplicht; door die te verzaken neemt hij het risico van auteursrechtinbreuk voor zijn rekening. Het absolute karakter van het auteursrecht brengt mee dat de intermediair eerder voor door derden gepleegde auteursrechtinbreuk dan voor anderszins onrechtmatige uitingen van derden aansprakelijk zal zijn.<sup>71</sup> Hierbij speelt de 'ideële' uitingsvrijheid van de media uiteraard een rol.<sup>72</sup>

---

66 Een weinig doordacht voorstel tot wijziging van art. 13 Gw heeft aanleiding gegeven tot pittige discussies: Kamerstukken TK 1996-1997, 25443, nrs. 1-2, waarover kritisch N.A.N.M. van Eijk, '(G)een recht op vertrouwelijke communicatie: fax en email vogelvrij', *NJB* 1997, p. 1554, en Egbert Dommering, 'Geen telefoongeheim op de elektronische snelweg', *Mediaforum* 1997-10, p. 142.

67 Kamerstukken TK, 1997-1998, 25443, nr. 5, p. 19.

68 Rb. Amsterdam 15 december 1930, *NJ* 1931, 938.

69 Pres. Rb. Amsterdam 5 augustus 1982, *KG* 1982, 139; zie *Onrechtmatige Daad*, Art. 162, lid 3, aant. 16 en aldaar aangehaalde jurisprudentie.

70 Hoge Raad 10 november 1989, *NJ* 1990, 113 (Mary Daly/Kardinaal Simonis); Spoor/Verkade, p. 404-405. Overigens is voor toewijzing van een verbod of een verklaring voor recht geen toerekenbaarheid vereist.

71 Vgl. Pres. Rb. Amsterdam 11 januari 1993, *Mediaforum* 1993-3, p. B38 (Ditcorp/Heertje); Pres. Rb. Amsterdam 24 februari 1993, *KG* 1993, 115 (Sonja op zaterdag); zie *Onrechtmatige Daad*, VII, aantt. 44, 47 en 167 en aldaar aangehaalde jurisprudentie.

72 EHRM 23 september 1994, *NJ* 1995, 387, *Mediaforum* 1994-11/12, p. B101 (Jersild).

Geen auteursrecht-inbreuk pleegt de organisator van een evenement (bijvoorbeeld een muziekconкурс<sup>73</sup>) of degene die in zijn lokaliteit (bijvoorbeeld een horeca-gelegenheid<sup>74</sup>) de gelegenheid schept tot openbaar maken. De organisator of zaaleigenaar is niet degene die *feitelijk* openbaar maakt.<sup>75</sup> Wel kan onder omstandigheden sprake zijn van (onrechtmatig) 'bevorderen' van inbreuk; zie hierna. Het is moeilijk een scherpe grens te trekken tussen activiteiten die rechtstreeks auteursrechtinbreuk opleveren en vormen van inbreuk 'bevorderend' handelen of nalaten. Gerbrandy merkt hierover op: 'Hoe verder de gewraakte handelingen (van hem in wiens inrichting de uitvoering plaats had) van de feitelijke uitvoering af staan, des te meer dringt zich de schuldvraag naar voren en vereist deze een afzonderlijk onderzoek.'<sup>76</sup>

Evenmin als inbreukmakers aan te merken zijn leveranciers van hulpgoederen en -diensten of andere ondersteunende faciliteiten, zoals kaartverkopers, zettters en elektriciteits-maatschappijen.<sup>77</sup> Ook de producent of leverancier van kopieerapparatuur is voor daarmee gepleegde verveelvoudigingen niet auteursrechtelijk aansprakelijk; zie *infra* § V.2.

Een grensgeval is de kabelexploitant. In de zaak *KTA/Columbia* moest de Hoge Raad oordelen over de vraag of de kabelexploitant die uitzendingen van zogenoemde kabelpiraten (nolens volens) doorgaf als openbaarmaker was aan te merken. In eerdere arresten had de Hoge Raad al uitgemaakt dat kabeldoorgifte van omroepprogramma's als (secundaire) openbaarmaking is aan te merken.<sup>78</sup> In de KTA-zaak beriep de kabelexploitant zich vergeefs op zijn passieve rol van 'doorgeefluik'. Vast stond dat KTA door het nemen van technische maatregelen (het 's nachts afschakelen van haar antennes) aan de piraterij een einde kon maken. De Hoge Raad baseerde mede hierop zijn oordeel dat de kabelexploitant wel degelijk openbaar maakte. Reeds het enkele 'in werking doen zijn van haar apparatuur - die meebrengt dat haar abonnees de films op hun scherm ontvangen' werd door de Hoge Raad beschouwd als openbaarmaking waarvoor het kabelnet aansprakelijk is.<sup>79</sup> Eerder had de Hoge Raad in het *Draadomroeparrest* beslist dat de PTT als exploitant van de draadomroep voor openbaarmaking aansprakelijk was en 'dat daaraan niet kan afdoen dat ... de PTT geen invloed heeft op de samenstelling van de programma's, welke zij op deze wijze openbaar maakt'.<sup>80</sup>

In de eerste (en tot op heden enige) procedure over de auteursrechtelijke aansprakelijkheid van Internet service providers, de geruchtmakende zaak *Scientology/XS4ALL e.a.*, overwoog de President van de Rechtbank Den Haag:

---

73 Hoge Raad 11 februari 1926, *NJ* 1926, p. 354.

74 Hoge Raad 8 maart 1957, *NJ* 1957, 271 (BUMA/De Vries); S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 125 en p. 327, met uitvoerige verwijzingen naar jurisprudentie.

75 Hoge Raad 4 juni 1920, *NJ* 1920, 720; Hoge Raad 11 februari 1926, *NJ* 1926, 354; Gerbrandy, a.w., p. 125 en 327.

76 Gerbrandy, a.w., p. 317.

77 Vgl. voor Duitsland: G. Schrickler (red.), *Urheberrecht. Kommentar*, München: Beck 1987, p. 1115.

78 Hoge Raad 30 oktober 1981, zaak 11.739, *NJ* 1982, 435 en Hoge Raad 30 oktober 1981, zaak 11.740, *AA* 1982, 79; in gelijke zin Hoge Raad 25 mei 1984, zaak 12.281, *NJ* 1984, 697 en Hoge Raad 25 mei 1984, zaak 12.282, *AA* 1986, 628; G.J.H.M. Mom, *Kabeltelevisie en auteursrecht* (diss. Amsterdam UvA), Lelystad: Vermande 1990.

79 Hoge Raad 14 januari 1983, *NJ* 1984, 696.

80 Hoge Raad 27 juni 1958, *NJ* 1958, 405.

'dat zij [providers] niet meer doen dan gelegenheid geven tot openbaarmaking en dat zij in beginsel geen invloed kunnen uitoefenen of zelfs maar kennis dragen van datgene wat diegene die via hen toegang tot Internet hebben gekregen daarop uitdragen. In beginsel is er daarom geen aanleiding hen aansprakelijk te houden voor onrechtmatige - bijvoorbeeld op auteursrechten van derden inbreuk makende - handelingen van gebruikers.'<sup>81</sup>

Volgens de President is de activiteit van de service providers derhalve niet als 'openbaarmaken' te kwalificeren. Het Scientology-vonnis lijkt op het eerste gezicht moeilijk te rijmen met het arrest in de zaak KTA/Columbia.<sup>82</sup> Een relevant verschil is wellicht de mate van inhoudelijke betrokkenheid van de intermediair. De rol van de kabelexploitant in het communicatieproces is minder passief dan die van de Internet-provider. De kabelexploitant heeft weliswaar met de inhoud van de doorgegeven programma's geen bemoeienis, voor de *selectie* van de programma's is hij, behoudens bindende aanwijzingen door de wetgever, programmaraden of het Commissariaat door de Media (artt. 81h-81l Mediawet), wel degelijk verantwoordelijk.

Tijdens de Diplomatieke Conferentie in Genève is door de verdragsluitende landen een *Agreed Statement* bij artikel 8 van het WIPO Auteursrechtverdrag aangenomen, dat naadloos aansluit bij het oordeel van de President:

'It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the Berne Convention.'

#### *Onzorgvuldigheid: bevorderen van inbreuk*

Handelingen die niet rechtstreeks in strijd zijn met de exclusieve rechten van auteursrechthebbenden, maar aan de inbreuk hebben bijgedragen, kunnen onder op grond van art. 6:162 BW wegens strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid toch onrechtmatig worden bevonden. Gerbrandy spreekt in dit verband van het 'bevorderen' van auteursrecht-inbreuk.<sup>83</sup> Zo werd in de zaak *Buma/De Vries* het stilzitten van de eigenaars van een café-bedrijf waar muziek ten gehore werd gebracht in strijd met artikel 1401 BW (oud) geoordeeld.<sup>84</sup> Bij het oordeel van de Hoge Raad speelde een rol dat de eigenaars feitelijke zeggenschap hadden over het musicerende personeel en dat zij hadden behoren te weten dat in het café-bedrijf auteursrechtelijk beschermde werken ten gehore zouden worden gebracht.

Toepassing van de beide door de Hoge Raad gehanteerde criteria (wetenschap en feitelijke controle) leidt ten aanzien van de Internet providers tot het volgende resultaat. De *access* provider is een 'bloot vervoerder'; hij heeft geen kennis van de getransporteerde informatie en

---

81 Pres. Rb. Den Haag 12 maart 1996, *Mediaforum* 1996/4, p. B59, met commentaar D.J.G. Visser op p. 61. De in het vonnis gebruikte terminologie is verwarrend; service providers worden door de President ten onrechte als 'access providers' aangeduid.

82 C.E. Drion en J.J. Linnemann, 'Aansprakelijkheidskwesties en andere uitdagingen van het Internet aan de nationale rechtsorde', *NJB* 1996-41, p. 1738.

83 Gerbrandy, a.w., p. 327; Spoor/Verkade, p. 341.

84 Hoge Raad 8 maart 1957, *NJ* 1957, 271.

zelfs geen mogelijkheid inbreukmakend handelen te voorkomen of, bij gebleken inbreuk, in te grijpen. De access provider kan inbreukend materiaal niet van het Internet verwijderen; het materiaal bevindt zich immers niet op zijn eigen servers. Technisch mogelijk is wel het compleet 'afsnijden' van de toegang tot de service provider die de inbreukmakende site faciliteert. Een dergelijke ingreep kan van de provider echter onmogelijk gevegd worden; alle 'onschuldige' informatie-aanbieders die van dezelfde service provider gebruik maken, zouden eveneens worden getroffen. Geconcludeerd kan worden dat de access provider voor inbreuk niet aansprakelijk gesteld kan worden.

De *service* provider bezit evenmin a priori kennis hebben van de vervoerde 'content', tenzij hij bij het informatie-aanbod op enigerlei wijze betrokken is (bijvoorbeeld door het verkopen van advertentieruimte of het actief ondersteunen van aantrekkelijke sites). Deze situatie doet zich met name voor bij 'besloten' service providers, zoals CompuServe. Het informatie-aanbod van deze providers wordt in belangrijke mate door de providers zelf samengesteld en geselecteerd.

*Behoort* de service provider van eventuele inbreuk te weten? Dat er via zijn servers zo nu en dan beschermde werken worden openbaargemaakt, zal hem in abstracto zeker bekend zijn c.q. behoren te zijn. In de praktijk is inbreuk echter eerder uitzondering dan regel; veruit de meeste informatie die via het Internet wordt verzonden is 'eigen werk', waaraan auteursrechtelijk geen vuiltje kleeft. In zoverre verschilt de positie van de service provider wezenlijk van die van de zaaleigenaar, drukker of handelaar in videobanden. Het lijkt daarom onjuist van de (subjectieve) wetenschap van de provider al te zeer te abstraheren.

Beschikt de service provider over de mogelijkheid feitelijke controle uit te oefenen? Niet a priori; het vooraf op inbreuk 'screenen' van de vele tienduizenden webpagina's die via zijn server(s) worden aangeboden, is naar de huidige stand van de techniek<sup>85</sup> ondoenlijk.<sup>86</sup> Na op de inbreuk te zijn gewezen, is ingrijpen door de provider daarentegen alleszins mogelijk. Het inbreukmakende materiaal kan, desnoods tegen de wil van de beheerder van de web site, van de server worden gewist.

Afgezien van gevallen van evidente inbreuk is notificatie van de service provider een sine qua non voor aansprakelijkheid. Het vonnis in de zaak *Scientology/XS4ALL c.s.* onderschrijft deze conclusie; de President overweegt dat van aansprakelijkheid eerst sprake zou kunnen zijn 'in een situatie waarin onmiskenbaar duidelijk is dat een publikatie van een gebruiker onrechtmatig is en waarin redelijkerwijs mag worden aangenomen dat zulks ook bij de access [bedoeld is: service, PBH] provider bekend is, bijvoorbeeld doordat deze op een en ander is geattendeerd.'

Het vonnis roept de vraag op wanneer 'onmiskenbaar duidelijk is dat een publikatie van een gebruiker onrechtmatig is'. Is iedere boze brief van een advocaat voldoende of dient de

---

85 In de toekomst is dat mogelijk anders. Zogenaamde *electronic copyright management systems* zullen in staat zijn de auteursrechtelijke status van gedistribueerde werken automatisch te verifiëren; zie § V.2 *infra*. De vraag rijst of de maatschappelijke zorgvuldigheid meebrengt dat providers dergelijke maatregelen moeten toepassen; zie Instituut voor Informatierecht, *Liability for On-line Intermediaries*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 1997, p. 80-81.

86 Op dit punt wijkt de positie van de service provider af van die van de beheerder van een elektronisch bulletin board (BBS), die uit het informatie-aanbod de rotte appels nog betrekkelijk gemakkelijk kan verwijderen; Rb. Rotterdam 24 augustus 1995, *Informatierecht/AMI* 1996-5, p. 101 (Bridgesoft/Lenior).

onrechtmatigheid eerst in rechte te worden vastgesteld? Naar mijn oordeel zal de provider in geval van gemotiveerde ontkenning door de beheerder van de web site de status quo voorlopig mogen handhaven, in afwachting van een gerechtelijk oordeel. De provider dient immers ook jegens zijn contractspartij zorgvuldig te handelen; zijn contractuele verplichtingen dienen bij het zorgvuldigheidsoordeel te worden meegewogen. Enige kennis van het auteursrecht mag echter wel van de provider worden gevegd. Ten aanzien van web sites waarop complete muziekwerken of romans worden aangeboden, zal hij zijn handen - in elk geval na notificatie door rechthebbenden - niet in onschuld kunnen wassen.

### *Risico-aansprakelijkheid?*

Vooraf onder rechthebbenden bestaat de (begrijpelijke) wens service providers met een vorm van risico-aansprakelijkheid te belasten.<sup>87</sup> Gezien het gesloten wettelijke systeem van risico-aansprakelijkheden<sup>88</sup>, is hiervoor wetswijziging noodzakelijk, tenzij zou worden aangenomen dat art. 162 lid 3, slotzinsnede (toerekening volgens verkeersopvattingen) hiervoor een voldoende grondslag biedt. De wetsgeschiedenis lijkt een extensieve uitleg van deze bepaling echter in de weg te staan.<sup>89</sup>

De vraag rijst of voor risico-aansprakelijkheid valide gronden bestaan. Vóór risico-aansprakelijkheid pleit ongetwijfeld het *culpa in causa*-beginsel dat aan iedere aansprakelijkheid uiteindelijk ten grondslag ligt. De providers hebben de condities gecreëerd, waardoor (grootscheepse en wereldwijde) inbreuk op auteursrechten mogelijk is geworden. Sterker, de providers plukken daarvan dagelijks de vruchten.

Een tweede argument voor risico-aansprakelijkheid is de eis van rechtszekerheid. Toepassing van het criterium van wetenschap is in hoge mate subjectief; aansprakelijkheid is in concreto moeilijk te voorspellen. Dit argument werkt overigens ook in omgekeerde richting; een wettelijke exoneratie biedt evenzeer rechtszekerheid.

Een belangrijk argument contra risico-aansprakelijkheid is gelegen in de informatievrijheid die door art. 10 EVRM wordt gewaarborgd. Op deze vrijheid kunnen Internet-providers zich ongetwijfeld beroepen.<sup>90</sup> Indirect speelt ook de uitingsvrijheid van de informatieleveranciers een rol. Risico-aansprakelijkheid dwingt de provider tot inhoudelijke bemoeienis en het nemen van preventieve voorzorgsmaatregelen. Dat hiervan een *chilling effect* op de uitingsvrijheid op het Internet zal uitgaan, behoeft geen betoog. Providers zullen voortaan alleen met 'nette' informatie-aanbieders in zee gaan.

Rechthebbenden stellen zich op het standpunt dat uit auteursrechtelijke aansprakelijkheid geen bloed vloeit. Het verbodsrecht van de rechthebbenden zal zich, zoals in de analoge praktijk gebruikelijk, oplossen in een vergoedingsaanspraak. De providers betalen een paar centen royalties aan de rechthebbenden, en berekenen deze door aan hun abonnees. Daarmee

---

87 E.J. Dommering, 'Internet: een juridische plaatsbepaling van een nieuw communicatieproces', in: M.F. Gelok en W.M. de Jong (red.), *Volatilisering in de Economie*, Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, V98, Den Haag: SDU Uitgevers 1997, p. 146.

88 Mon. Nieuw BW B-45 (Jansen), p. 11.

89 Asser-Hartkamp III, nrs. 91-92; Mon. Nieuw BW B-45 (Jansen), p. 12 en p. 36.

90 A.W. Hins, 'Gedachten en gevoelens over de elektronische snelweg', in: *Communicatie- en informatievrijheid in het digitale tijdperk*, Publikaties van de Staatsrechtkring nr. 11, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 35, onder verwijzing naar EHRM 22 mei 1990, *Publ. ECHR, Series A*, Vol. 178 (Autronic).

komen de rechthebbenden aan hun trekken, en blijft de informatievrijheid gesauveerd.

Dit argument overtuigt niet. Zoals hiervoor [...] geschetst, ontbreekt voor een dergelijke collectieve oplossing de contractuele infrastructuur. Rechthebbenden zijn er tot op heden niet in geslaagd voor het gebruik van beschermde werken op het Internet collectieve licenties aan te bieden, die de licentienemer enige vorm van zekerheid verschaffen. Anders dan zijn 'analoge' collega de kabelexploitant is de service provider niet in staat zich contractueel tegen auteursrechtelijke claims in te dekken. Mede in dit licht bezien, zou invoering van risico-aansprakelijkheid een disproportionele maatregel zijn.

### *Horizontale oplossing?*

De aansprakelijkheid van Internet providers is ook buiten het terrein van het auteursrecht een 'hot issue'. In het concept-wetsvoorstel Computercriminaliteit II wordt voorgesteld de (voor uitgevers en drukkers geschreven) *cascaderegel* van artt. 53 en 54 Sr zodanig te verruimen dat ook Internet-providers en andere 'tussenpersonen' van deze vervolgingsuitsluitingsgrond kunnen profiteren.<sup>91</sup> De provider zou aan aansprakelijkheid kunnen ontsnappen door zich bekend te maken, de dader aan te wijzen en verdere verspreiding van de uiting te voorkomen.

Het voorstel biedt ook voor civielrechtelijke verhoudingen een interessant model. Door de getrapte aansprakelijkheid wordt de service provider gestimuleerd in zijn contracten met informatieleveranciers verplichtingen over (het opheffen van) anonimiteit en (het verwijderen van) inbreukmakend materiaal op te nemen. Onder een civielrechtelijke *cascaderegel* zullen gelaedeerden altijd over een verhaalsmogelijkheid beschikken. Anders dan onder het huidige recht zullen zij echter niet langer de keuze hebben tussen de 'deep pocket' van de provider en de smalle beurs van de kleine inbreukmaker.<sup>92</sup>

Ook uit een oogpunt van rechtszekerheid en -transparantie lijkt het zinvol op zoek te gaan naar een *horizontale* aansprakelijkheidsregel, die voor alle rechtsgebieden gelijkkluidend is. Een horizontale benadering zou goed aansluiten bij het Scientology-vonnis; de door de President ontwikkelde aansprakelijkheidsmaatstaf heeft voor *alle* (civielrechtelijk) onrechtmatige uitingen gelijke gelding.

Het Duitse *Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz*<sup>93</sup>, dat op 1 augustus 1997 in werking is getreden, bevat een (eerste) voorbeeld van een horizontale wettelijke regeling.<sup>94</sup> De wet geldt als *lex specialis* voor alle vormen van civiel- of strafrechtelijke

---

91 Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in verband met nieuwe ontwikkelingen in de informatietechnologie, concept-wetsvoorstel d.d. 10 november 1997; A.W. Hins, a.w., p. 52-54; Theo de Roos, Gerard Schuijt en Louisa Wissink, 'Smaad, laster, discriminatie en porno op het Internet', ITeR-reeks nr. 3, Alphen aan de Rijn: Samsom 1996, p. 154 e.v.

92 Hins, a.w., p. 57.

93 BT-Drucksache 13/7934, <http://www.iid.de/rahmen/iukdgbt.html>.

94 De wet creëert geen uniforme maatstaf van aansprakelijkheid, maar een horizontale wettelijke exoneratie. Van civiel-, straf- of bestuursrechtelijke aansprakelijkheid kan in een concreet geval eerst sprake zijn als het 'filter' van het Teledienstegesetz gepasseerd is; S. Engel-Flehsig, 'Das neue Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz', *NJW* 1997-45, p. 2984.

aansprakelijkheid.<sup>95</sup> Informatieleveranciers zijn voor 'eigen inhoud' normaal aansprakelijk. Service providers zijn voor 'vreemde inhoud' alleen aansprakelijk als zij daarvan kennis dragen en redelijkerwijs technisch in staat zijn verder gebruik te verhinderen. Access providers zijn nimmer aansprakelijk, ook niet voor gevallen van 'proxy-caching'. De nieuwe wet laat blokkeringsverplichtingen voortvloeiend uit het gemene recht onverlet, voorzover deze technisch uitvoerbaar zijn.

Het recente voorstel voor een Europese Auteursrechtlijn bevat geen regels over de aansprakelijkheid van intermediairs. In de Toelichting wordt een afzonderlijke richtlijn, waarin deze kwestie horizontaal - naast andere aspecten van *electronic commerce* - geregeld wordt, in het vooruitzicht gesteld. Ongetwijfeld zal de Duitse wet daarbij als inspiratiebron dienen.

Voor de praktijk heeft een uniform regime ongetwijfeld voordelen; gelaedeerden en providers weten ongeveer waar zij aan toe zijn. De bestaande divergentie tussen de verschillende aansprakelijkheidsregimes heeft merkwaardige consequenties. Om aan auteursrechtelijke aansprakelijkheid te ontsnappen, zal de provider geneigd zijn 'verdachte' web sites te controleren en af te sluiten. Door dergelijke inhoudelijke bemoeienissen wordt de provider, geheel in strijd met zijn gedroomde rol van common carrier, gaandeweg in de rol van uitgever gedwongen, waardoor hij ook voor anderszins onrechtmatige uitingen aansprakelijk zal zijn.<sup>96</sup>

Nadeel is dat een horizontale benadering weinig recht doet aan het verschil in rechtsgrond van de betrokken regimes. Aansprakelijkheid voor onrechtmatige uitingen heeft, mede onder invloed van de uitingsvrijheid, een sterk 'culpoos' karakter. In gevallen van auteursrechtinbreuk speelt het risico-element een grotere rol. Het is in dit licht bezien de vraag of het verstandig is al deze regimes over één aansprakelijkheidskam te scheren.<sup>97</sup>

In elk geval dienen technologiespecifieke oplossingen te worden voorkomen. Door de voortgaande convergentie van telecommunicatie-, informatie- en omroepdiensten zal de rol van de Internet service provider in de toekomst met die van de kabelexploitant, omroepinstelling en elektronische uitgever vervloeien. Eventuele wetgeving zal daarom niet te nauw mogen aansluiten bij de huidige stand van de techniek. De door het wetsvoorstel Computercriminaliteit II geïntroduceerde, technologieneutrale *tussenpersoon*<sup>98</sup> is een novum dat navolging verdient.

## Hoofdstuk V: Alternatieven voor het auteursrecht

---

95 F.W. Bulst, 'Hear No Evil, See No Evil, Answer for No Evil: Internet Service Providers and Intellectual Property - The New German Teleservices Act', *EIPR* 1997-13, p. 33.

96 Vgl. de Amerikaanse *Prodigy*-zaak, beschreven door Q.R. Kroes, 'Internet, aansprakelijkheid in het Amerikaanse recht', *Computerrecht* 1996-1, p. 7.

97 Instituut voor Informatierecht, *Liability for On-line Intermediaries*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 1997, p. 82-83.

98 Art. 53 lid 2 van het concept-wetsvoorstel Computercriminaliteit II definieert deze 'tussenpersoon' als volgt: 'een persoon die zijn beroep of bedrijf maakt van de openbaarmaking of verspreiding van uitingen in gesproken woord, beeld of geschrift afkomstig van derden...'

Gedreven door twijfels over de effectiviteit van het auteursrecht in een digitale omgeving zijn rechthebbenden op zoek gegaan naar alternatieve beschermingsregimes of strategieën. In dit hoofdstuk zal een tweetal substituten voor auteursrechtelijke bescherming worden beschreven: het overeenkomstenrecht (§ V.1) en technische maatregelen, inclusief de daarbij behorende juridische bescherming (§ V.2). Vooral de combinatie van beide instrumenten belooft in de toekomst een serieuze en vervaarlijke concurrent van het auteursrechtelijke stelsel te worden (§ V.3).

## V.1 Overeenkomstenrecht

Het overeenkomstenrecht is in veel opzichten een volwaardig alternatief voor auteursrechtelijke bescherming op het Internet. De structuur van het net maakt het mogelijk dat informatieproducenten rechtstreeks (of door tussenkomst van intermediairs) een veelheid van contractuele relaties aangaan en onderhouden met hun eindgebruikers. Sterker: het Internet (en het World Wide Web in het bijzonder) is daarvoor geknipt. De 'textuele' context en het interactieve karakter van het medium zijn ideale randvoorwaarden voor het ontstaan van een contractuele cultuur.<sup>99</sup>

Het contractenrecht lijkt het instrument bij uitstek om het rechtvacuüm waarin het Internet zich thans bevindt, te vullen. Informatieproducenten, intermediairs en eindgebruikers kunnen zonder inmenging van de alom gevreesde overheden hun eigen regels kiezen, en daarmee naar hartelust experimenteren. Idealiter kunnen uit deze zich ontwikkelende contractuele praktijk nieuwe rechtsnormen ontstaan die op de nieuwe omgeving van het net beter zijn toegesneden.

Contractuele zelfregulering oogt aantrekkelijk, maar heeft een keerzijde. Anders dan de mythe van het Internet het wil, is cyberspace geen egalitaire samenleving met gelijke kansen voor iedere *netizen*. In een wereld die geheel door contracten wordt geregeerd, delven zwakkere partijen het onderspit en komen fundamentele vrijheden in het gedrang.

Buiten het Internet zijn rechtstreekse contractuele relaties tussen informatieproducent en -consument betrekkelijk uitzonderlijk. De koper van een boek contracteert niet met de auteur of uitgever. Wie een CD aanschaft, doet met de platenmaatschappij of musicus geen zaken. Een uitzondering vormt de afnemer van computersoftware, die zich door middel van zogenoemde *gebruikslicenties* dikwijls rechtstreeks aan de softwareproducent gebonden weet. Ook kopers van CD-ROMs worden in toenemende mate met dergelijke (standaard)contracten geconfronteerd.

De opmars van de gebruikslicentie staat in direct verband met de (in hoofdstuk II beschreven) uitdijning van het reproductierecht. Waren gebruikshandelingen in het papieren tijdperk vrij van auteursrechtelijke aanspraken, in een digitale omgeving valt ieder gebruik in beginsel onder het verbodsrecht van de rechthebbende. Dit verbodsrecht vormt de grondslag van de gebruikslicentie.

Gebruikslicenties zijn, evenals de 'garanties' die fabrikanten van huishoudelijke elektronica zo

---

<sup>99</sup> Robert P. Merges, 'The End of Friction? Property Rights and Contract in the "Newtonian" World of On-Line Commerce', *Berkeley Technology Law Journal* (12) 1997-1, p. 118.

graag hanteren, veelal eufemismen voor hun tegendeel. Gebruikslicenties staan in de praktijk (anders dan het *licere* suggereert) de arme consument bijzonder weinig toe. De software mag gebruikt worden (gelukkig maar!), maar meer zit er voor de gebruiker niet in. Het programma mag maar op één machine tegelijk worden gebruikt; behalve een enkele reserve-kopie mogen geen kopieën worden gemaakt; de software mag niet worden uitgeleend of doorverkocht; enzovoorts.

Naar verwachting zal de gebruikslicentie op het gecommercialiseerde Internet van de nabije toekomst eerder regel dan uitzondering zijn. Wie regelmatig over het net surft, stuit nu reeds bij tijd en wijle op allerhande *click-through* of *mouse-click* contracten. Over enkele jaren zullen de meeste reguliere informatieproducten via het Internet gelicentieerd worden: kranten, tijdschriften, boeken, muziek, computersoftware, enzovoorts. De relatie tussen informatieproducent en -consument zal aldus in toenemende mate door het contractenrecht worden beheerst. De technische maatregelen die in § V.2 worden besproken, zullen in dat proces een belangrijke rol spelen. Zonder acceptatie van de licentievoorwaarden zal het informatieproduct, dat de consument op het net wordt aangeboden, achter een ondoordringbare encryptielaag verborgen blijven.

Over de rechtsgeldigheid van dergelijke contracten gaat dit preadvies niet. Uiteraard zijn daarbij, mede in het licht van Afdeling 6.5.3 BW (Algemene voorwaarden), vraagtekens te plaatsen.<sup>100</sup> In de zaak *Coss/TM Data* achtte de Amsterdamse rechtbank de koper van computersoftware niet gebonden aan de bepalingen van de gebruikslicentie die zich in de cellofaan-verpakking van het programma bevond, een zogenoemde *shrinkwrap*- of krimpfolielicentie.<sup>101</sup> Terecht oordeelde de Rechtbank dat het enkele openen van de verpakking geen licentie-overeenkomst tussen de producent van het programma en de gebruiker deed ontstaan.

Ervan uitgaande dat via het Internet afgesloten (licentie)contracten in beginsel gewoon geldig zijn, rijst de vraag in hoeverre de wettelijke beperkingen van het auteursrecht daardoor genegeerd kunnen worden. Staat het de producent vrij de gebruiker contractueel aan gebruiks- en kopieerbeperkingen te onderwerpen die *verder* gaan dan de Auteurswet voorschrijft? Mag, bijvoorbeeld, in een gebruikslicentie de consument worden verboden een werk voor eigen gebruik te kopiëren (art. 16b Aw), te citeren (art. 15a Aw) of voor educatieve doeleinden te 'readeren' (art. 16 Aw)? Vragen die steeds belangrijker zullen worden naarmate het aanbod aan 'licentievrije' informatieproducten zal afnemen.

Uit het *Leesportefeuille-arrest* uit 1952<sup>102</sup> zou met enige goede wil een aanwijzing voor een antwoord gelezen kunnen worden. Spaarnestad, uitgever van onder meer Libelle en Panorama, had op de voorpagina van haar bladen de volgende clausule afgedrukt:

'dat de uitgeefster dit tijdschrift slechts ter beschikking stelt onder de uitdrukkelijke voorwaarde, dat iedere verkrijger door het enkele feit van zijn verkrijging jegens haar

---

100 J.E.J. Prins, 'Contracting in an On-line Marketplace', in: V. Bekkers e.a. (eds.), *Emerging Electronic Highways*, Den Haag: Kluwer Law International 1996, p. 144-148.

101 Rb Amsterdam 24 mei 1995, *Computerrecht* 1997-2, p. 63; zie K.J. Koelman, *Multimedialicenties, enkele juridische en praktische knelpunten*, ITeR-reeks nr. 10, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998, § 4.2.

102 Hoge Raad 25 januari 1952, *NJ* 1952, 95.

[...] de verplichting op zich neemt het tijdschrift niet ter beschikking te stellen of te doen stellen van een leesportefeuille...'

Kon deze clausule de uitputting van het verspreidingsrecht voorkomen? De Hoge Raad meende van niet en oordeelde dat het beding 'het beoogde gevolg niet kon brengen, daar de Spaarnestad niet aan zich kon houden een recht, dat haar, nadat de uitgaven in druk waren verschenen, niet toekwam.'<sup>103</sup>

Zijn de wettelijke beperkingen van het auteursrecht van regelend of dwingend recht? Deze vraag heeft in de Verenigde Staten, vooral in de context van het Internet, inmiddels tot uitgebreide literatuur<sup>104</sup>, rechtspraak<sup>105</sup> en zelfs wetgevende initiatieven<sup>106</sup> geleid. De discussie staat daar vooral in het teken van het constitutionele leerstuk van de *preemption*; het statelijke contractenrecht mag het federale auteursrecht niet ondermijnen.

In Nederland is de discussie eerst recent op gang gekomen.<sup>107</sup> De wettelijke beperking van het auteursrecht blijkt zich in een complex krachtenveld te bevinden. Het beginsel van de contractsvrijheid in combinatie met het 'eigendomsrechtelijke' karakter van het auteursrecht biedt op het eerste gezicht alle ruimte voor contractuele beperkingen die verder gaan.<sup>108</sup> Het grondrechtelijke karakter van diverse wettelijke beperkingen wijst daarentegen in omgekeerde richting; zie hoofdstuk II *supra*.

Dat de grondrechten rechtstreeks, indirect of gehuld in het kleed van de algemene rechtsbeginselen kunnen doorwerken in (horizontale) contractuele rechtsverhoudingen is inmiddels algemeen aanvaard.<sup>109</sup> Voor horizontale werking lijkt in casu des te meer alle aanleiding te bestaan, nu het hier gaat om contractuele relaties tussen partijen waarvan er één, de producent/rechthebbende, welhaast per definitie een machtspositie inneemt.<sup>110</sup> Deze machtspositie manifesteert zich onder meer in het gebruik van standaard-adhesiecontracten.<sup>111</sup>

---

103 In gelijke zin Hoge Raad 20 november 1987, *NJ* 1988, 280 (Stemra/Free Record Shop).

104 Jerome H. Reichman, 'Electronic Information Tools - The Outer Edge of World Intellectual Property Law', *IIC* (24) 1993, p. 462; Paul Goldstein, 'Summary of Discussion', in: P. Bernt Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Den Haag: Kluwer Law International 1996, p. 245-246; Maureen A. O'Rourke, 'Copyright Preemption After the ProCD Case: A Market-Based Approach', *Berkeley Technology Law Journal* (12) 1997-1, p. 53; Niva Elkin-Koren, 'Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract', *Berkeley Technology Law Journal* (12) 1997-1, p. 93.

105 *ProCD v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

106 Digital Era Copyright Enhancement Act, H.R. 3048; het voorstel verklaart ongeldig bepalingen in een standaard-licentieovereenkomsten die (a) betrekking hebben op onbeschermde informatie of (b) bestaande wettelijke beperkingen inperken.

107 Instituut voor Informatierecht (L. Guibault), *Contracts and Copyright Exemptions*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 1997.

108 P.C. van Schelven en H. Struik, *Softwarerecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 121.

109 A.G. Maris en J.M. Polak, *Handelingen NJV* 1969-I; A.K. Koekkoek, 'De betekenis van grondrechten voor het privaatrecht', *WPNR* 1985, nr. 5742, p. 385.

110 E.J. Dommering, *Algemene belangen in het burgerlijk recht*, Mon. Nieuw BW A-7, Deventer: Kluwer 1982, p. 17-20.

111 Anders J.E.J. Prins, 'Contracting in an On-line Marketplace', in: V. Bekkers e.a. (eds.), *Emerging Electronic Highways*, Den Haag: Kluwer Law International 1996, p. 148 (in een netwerkomgeving zullen contracten 'op maat' voor adhesiecontracten in de plaats komen).

Ook vanuit een oogpunt van consumentenbescherming zijn er goede gronden aan de partijautonomie paal en perk te stellen. Het BW bevat een uitvoerige regeling van de koopovereenkomst, die ten aanzien van de *consumentenkoop* grotendeels van dwingend recht is (art. 7:6 BW). De beperkte omschrijving van 'koop' (art. 7:1 BW) c.q. 'consumentenkoop' (art. 7:5 BW) laat echter niet toe deze regeling toe te passen op de 'koop' van informatie anders dan op fysieke dragers, bijvoorbeeld via het Internet. Elektronisch afgenomen informatiediensten vallen buiten de definitie; het verdient aanbeveling het BW op dit punt aan te passen.<sup>112</sup>

Tenslotte kan het nationale of Europese mededingingsrecht een licentie eveneens op losse schroeven zetten.<sup>113</sup> De monopoliepositie die ieder recht van intellectuele eigendom in feite schept, maakt dat het opleggen van gebruiksbepalingen die verder gaan dan het uitsluitend recht mededingingsrechtelijk riskant is.<sup>114</sup>

In de huidige Auteurswet valt niet te lezen of bestaande wettelijke beperkingen van regelen of dwingend recht zijn. In het arrest *Dior-Evora* heeft de Hoge Raad overwogen dat de wettelijke beperkingen in het *algemeen belang* gecodificeerd zijn.<sup>115</sup> Of daarmee ook bedoeld is dat zij - op straffe van strijd met de wet of de openbare orde (art. 3:40 BW) - nimmer contractueel opzij mogen worden gezet, is echter de vraag.<sup>116</sup>

Aan de Europese wetgever komt de eer toe de eerste *uitdrukkelijk* dwingendrechtelijke beperkingen te hebben gecodificeerd. De Softwarerichtlijn van 1991 bevat er een viertal. Op grond van art. 5 lid 2 kan 'het maken van een reservekopie door een rechtmatige gebruiker van het programma [...] niet bij overeenkomst worden verhinderd...' Ook het 'observeren' (bestuderen) van de werking van een programma mag contractueel niet worden uitgesloten (art. 9 lid 1 jo. art. 5 lid 3). Blijkens Overweging 17 van de considerans geldt dat ook voor het 'runnen' van het programma en het corrigeren van fouten (art. 5 lid 1). Van dwingend recht zijn eveneens de hoogst ingewikkelde decompilatie-bepalingen van (art. 9 lid 1 jo. art. 6).

Over de rechtsgrond van deze beperkingen is verschil van mening mogelijk. De decompilatieregels zijn sterk mededingingsrechtelijk gekleurd; de overige bepalingen lijken (mede) te zijn ingegeven door overwegingen van consumentenbescherming. De informatievrijheid heeft bij de Softwarerichtlijn, gezien de aard van het product, nauwelijks een rol gespeeld. Bij de Databankrichtlijn, die van een aanzienlijk wijdere strekking is, lijkt dat wel het geval te zijn geweest. Ook deze richtlijn bevat enkele beperkingen van dwingend recht (art. 15): de rechtmatige gebruiker mag normale gebruikshandelingen verrichten (art. 6 lid 1); hergebruik van niet-substantiële gedeelten van een databank is toegelaten (art. 8).

---

112 C.J. Sander, 'De consument op de elektronische snelweg: een inleiding naar Nederlandse en Duits recht', *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 1997-3, p. 195.

113 Per 1 januari 1998 is ook in zuiver nationale verhoudingen een beroep op het mededingingsrecht ten overstaan van de gewone rechter mogelijk; Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet), *Stb.* 1997, 242.

114 Vgl. Verordening (EG) nr. 240/96, *PbEG* 1996 L 31/2 (Vrijstellingsverordening Techno-licenties), waarover H.W. Wefers Bettink, *NTER* 1996-5, p. 103.

115 Hoge Raad 20 oktober 1996, *Informatierecht/AMI* 1996-3, p. 43.

116 K.J. Koelman, *Multimedialicenties, enkele juridische en praktische knelpunten*, ITeR-reeks nr. 10, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998, § 4.3.

Hoewel de bewoordingen van de Softwarerichtlijn over het dwingendrechtelijk karakter van deze bepalingen geen misverstand laten bestaan, heeft de Nederlandse wetgever bij de implementatie nagelaten de Richtlijn op dit punt te volgen. Bij de totstandkoming van de implementatiewet stelde de staatssecretaris van Justitie zich op het standpunt dat uitwerking in de wet niet nodig was, omdat reeds op grond van de 'algemene regels van het vermogensrecht' afwijking bij contractueel beding nietig zou zijn.<sup>117</sup> Kennelijk ging de staatssecretaris er van uit dat de beperkingen van het auteursrecht in beginsel (op grond van art. 3:40 BW?) dwingendrechtelijk van aard zijn.<sup>118</sup>

Geconcludeerd kan worden dat reeds naar huidig recht de licentievrijheid van de rechthebbende niet onbeperkt is. Wettelijke beperkingen die hun rechtsgrond hebben in constitutionele vrijheden mogen in een licentie-overeenkomst niet zomaar opzij worden gezet; voor beperkingen op mededingings- of consumentenrechtelijke grondslag geldt mogelijk hetzelfde.

Deze conclusie roept opnieuw de vraag op wat de rechtsgronden van de wettelijke beperkingen nu eigenlijk zijn<sup>119</sup>; zie hoofdstuk II. Om discussies hierover te vermijden verdient het aanbeveling het dwingendrechtelijke karakter van de beperkingen die deze status in elk geval verdienen (artt. 15 en 15a Aw, alsmede de privé-kopie van art. 16b) in de wet vast te leggen. Op termijn zal de wetgever wellicht nog een stap verder moeten gaan. Het (contracten)recht zal ook buiten de context van het auteursrecht dwingendrechtelijke waarborgen moeten bieden aan de informatieconsument, bijvoorbeeld in de vorm van onvervreembare gebruiksrechten.<sup>120</sup>

Geheel zonder precedent zou een wettelijke bescherming van de informatieconsument niet zijn. In tal van landen, waaronder Frankrijk, België en Duitsland, bestaat sinds jaar en dag een wettelijke regeling van de uitgifteovereenkomst. 'Zwakke' auteurs worden tegen 'sterke' uitgevers, ten dele met dwingendrechtelijke bepalingen, in bescherming genomen.<sup>121</sup> Daarvoor worden argumenten gehanteerd die ook aan het consumentenrecht ten grondslag liggen.<sup>122</sup> Alle reden dus om ook de informatieconsument een wettelijke hand toe te steken.<sup>123</sup>

## V.2 Technische maatregelen

---

117 Kamerstukken TK, 1991-1992, 22531, nr. 3, p. 7 en nr. 5, p. 17-18.

118 Zie de kritiek op dit standpunt bij D.W.F. Verkade, 'Computerprogramma's in de Auteurswet: het vierde regime', *Computerrecht* 1992-3, p. 95 l.k.; en Van Schelven/Struik, a.w., p. 122.

119 Guibault, a.w. (noot 107), p. 24-28.

120 Elkin-Koren, a.w. (noot 104), p. 105-106.

121 Reichman, a.w., p. 467.

122 N. Knittler, 'Die Wertungsgrundsätze des Konsumentenschutzgesetzes und ihre sinngemässe Anwendung auf das Urhebervertragsrecht', in: R. Dittrich, *Urhebervertragsrecht. Stand - Entwicklung*, Wenen: Manz 19986, p. 46.

123 Het is in dit verband betreuenswaardig dat de Consumentenbond zich uitsluitend voor de consument van materiële goederen lijkt in te zetten. Is het de Bond ontgaan dat wij inmiddels ruimschoots het informatietijdperk zijn binnengetreten?

Dat de handhaving van het auteursrecht op het Internet geen sinecure is, moge inmiddels wel duidelijk zijn. Het wereldomspannende kopieerapparaat roept handhavingsproblemen op van duizelingwekkende proporties. Zolang die problemen niet zijn opgelost, verbaast het niet dat veel producenten er voor terugschrikken hun 'zachte waren' elektronisch aan te bieden. De relatieve schraalheid van het huidige informatie-aanbod op het Internet is hiermee ten dele verklaard.

Overigens is het *opsporen* van inbreuk, vergeleken met de analoge wereld, een peuleschil. Met behulp van de geavanceerde zoekmachines die op het World Wide Web gratis beschikbaar zijn (Alta Vista, Excite, Yahoo!, enz.) zijn inbreukmakende sites in een oogwenk te vinden. Daarnaast maken sommige rechthebbenden gebruik van gespecialiseerde zoekprogramma's, zogenaemde 'web crawlers', om piraten volautomatisch op te sporen.<sup>124</sup>

Wat te doen als bestaande wettelijke instrumenten ontbreken of onvoldoende functioneren om eigendomsaanspraken te beschermen? Mackaay geeft het antwoord: *build your own fence!*<sup>125</sup> Zoals in het Wilde Westen (een populaire Internet-metafoor) eigendomsrechten door palen en prikkeldraad werden gevestigd, zo kunnen in cyberspace door het optrekken van digitale hekwerken uiteindelijk nieuwe *property rights* ontstaan.

Het digitale prikkeldraad heet *encryptie*: het versleutelen van informatie. Door toepassing van encryptie kunnen commerciële informatieleveranciers voorkomen dat ongeautoriseerde (niet-betalende) gebruikers toegang krijgen tot een informatiedienst of -product. Alleen wie over de juiste sleutel beschikt, kan over de informatie(dienst) beschikken.

Naast encryptie staat een heel scala aan technische beschermingsmaatregelen ter beschikking van de informatie-exploitant of -producent die zijn aanbod wil beveiligen: het gebruik van wachtwoorden en andere login-procedures, combinaties van hardware en software, antikopieerprogrammatuur, elektronische 'watermerken', enzovoorts. Al deze technieken culminereren in het *Electronic Copyright Management System (ECMS)*, een volautomatisch systeem van beveiligde distributie, rechtenbeheer, controle en afrekening. Met dergelijke systemen wordt thans op diverse fronten geëxperimenteerd, o.a. in het kader van het Europese ESPRIT-project IMPRIMATUR.<sup>126</sup>

Zelfs al ligt volgens sommigen het antwoord op machine in de machine<sup>127</sup>, het toepassen van technische beschermingsmaatregelen gebeurt in de praktijk nog niet op grote schaal. Wie op het World Wide Web rondkijkt, stuit maar zelden op een gesloten deur. Voorlopig zijn het vooral de aanbieders van digitale *sex* die van wachtwoorden en/of encryptie gebruik maken. Selectieve toegang past ook slecht bij de open-deurcultuur die voor het Internet tot op heden zo kenmerkend is geweest. Met de verwachte commercialisering van het net zullen gebruikers echter in toenemende mate met digitale wegversperringen te maken krijgen.

---

124 'Copyright owners learning to police online sales, performance of musical works', *BNA Electronic Information Policy and Law Report* (3) 1998-1, p. 4.

125 E. Mackaay, 'The Economics of Emergent Property Rights on the Internet', in: P. Bernt Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Den Haag: Kluwer Law International, p. 20.

126 Zie <http://www.imprimatur.alcs.co.uk>.

127 Ch. Clark, 'The Answer to the Machine is in the Machine', in: P. Bernt Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Den Haag: Kluwer Law International, p. 139.

Technische maatregelen zullen veelal in combinatie met contractuele middelen worden toegepast. De technische maatregel vormt het begin- en eindpunt van de contractuele relatie tussen producent en eindgebruiker. Wie geen contractpartij (meer) is, wordt af- of uitgesloten.

### *Diverse functies*

Technische maatregelen kunnen verschillende functies vervullen. Bekend uit de 'analoge' wereld zijn de *conditional access* (voorwaardelijke toegang) systemen. Deze dienen er toe de toegang tot een informatiedienst te controleren; de abonnees van Filmnet/Canal+ en de gebruikers van de online databank van Kluwer Datalex zijn hiermee inmiddels vertrouwd.

Een tweede categorie vormen de maatregelen die ongeoorloofd reproduceren en (verder) gebruik van informatieproducten aan banden leggen. Bekend uit de jaren '80 zijn de *kopieersloten* waarmee sommige softwareproducenten hun programma's trachtten te beveiligen. Voor 'hackers' vormde het kraken van deze sloten een ware sport. Reguliere gebruikers voelden zich echter bekocht; reserve-kopieën moesten worden nabesteld, de software kon niet op een andere PC worden geïnstalleerd. Beveiligde computersoftware is inmiddels vrijwel uit de schappen van de computerwinkels verdwenen. Een voorbeeld uit de jaren '90 is de antikopieer-chip die in sommige digitale audio-recorders wordt ingebouwd. De chip voorkomt het maken van 'seriële' (meer dan één) kopieën.<sup>128</sup> Ook de digitale audio-recorder is inmiddels 'geflopt'.

Een derde categorie maatregelen dient er toe auteursrechtelijk beschermde werken te identificeren en de rechthebbenden te traceren. Een werk wordt voorzien van een moeilijk te verwijderen digitale code, die informatie verschaft over de identiteit en het adres van de maker of rechthebbende, het land van oorsprong van het werk, het jaar van eerste publicatie, enzovoorts. Een vergelijkbare code wordt in de wereld van het gedrukte boek al jaren toegepast: het ISBN-nummer. Het digitale equivalent, waarover uitgevers recent overeenstemming hebben bereikt, heet *Digital Object Identifier* (DOI).<sup>129</sup> Dergelijke codes vormen een onmisbare schakel in ieder electronic copyright management system. Zowel in het WIPO-verdrag (art. 12) als in het richtlijnvoorstel (art. 7) worden maatregelen tegen het verwijderen van deze *rights management information* in het vooruitzicht gesteld.<sup>130</sup>

Tot de vierde categorie behoren maatregelen die de *authenticiteit* van de getransporteerde informatie waarborgen. Elektronische documenten worden voorzien van een 'digitale handtekening', 'vingerafdruk' of 'watermerk'. Alleen gewaarmerkte informatie is authentiek.

### *Het nieuwe regime: bescherming van technische bescherming*

Technische beschermingsmaatregelen vormen met dat al een belangrijke uitbreiding van het auteursrechtelijke wapenarsenaal. Bovenop de auteursrechtelijke beschermingslaag fungeren de technische maatregelen als een extra pantser. Voor rechthebbenden schijnt deze tweede

---

128 In de Verenigde Staten zijn fabrikanten van digitale audio-recorders op grond van de *Audio Home Recording Act* (1992) wettelijk verplicht tot toepassing van dergelijke chips.

129 <http://www.doi.org>.

130 P.B. Hugenholtz, 'De WIPO-Verdragen: ongeregeld goed', *Informatierecht/AMI* 1997-4, p. 80.

laag echter nog niet genoeg te zijn. Een derde laag is inmiddels in de maak: de *juridische* bescherming van technische bescherming van auteursrechtelijk beschermde werken.

Op grond van art. 11 van het WIPO-Auteursrechtverdrag zijn de verdragstaten verplicht '[to] provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights [...] and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.'<sup>131</sup> In het voorstel voor een Auteursrechtlijn van de Europese Commissie, dat ten dele strekt tot implementatie van het WIPO-verdrag, komt eveneens een anti-kraakbepaling voor. Deze gaat echter aanzienlijk verder dan de WIPO-bepaling; niet alleen het 'kraken' zelf, maar ook het produceren en verhandelen van apparatuur die daarvoor geëigend is, vallen onder het richtlijnvoorstel.<sup>132</sup> De Softwarerichtlijn bevat een vroege voorloper van deze bepaling in art. 7 lid 1 onder c (art. 32a Auteurswet).

Dit nieuwe regime roept tal van vragen op. Vragen, allereerst, over de reikwijdte van het nieuwe recht. Richten de bepalingen zich alleen tegen handelingen die auteursrecht-inbreuk faciliteren of reiken zij verder? Een complicatie vormt met name het stelsel van wettelijke beperkingen van het auteursrecht, dat kopiëren voor bepaalde 'goede doelen' uitdrukkelijk toelaat. Is het kraken van een kopieerbeveiliging in het kader van dergelijk legitiem gebruik toegestaan? De zinsnede 'permitted by law' aan het slot van de WIPO-bepaling suggereert van wel. Maar hoe te oordelen over het richtlijnvoorstel dat ook de productie en verhandeling van antikraakapparatuur verbiedt? Bedenk hierbij dat veel technisch beschermde informatie tot het publieke domein behoort, bijvoorbeeld wetsteksten en jurisprudentie.<sup>133</sup>

Als het kraken in het kader van legitieme kopieerhandelingen is toegestaan, kan het produceren van daartoe benodigde apparatuur mijns inziens moeilijk worden verboden. Juist omdat bestaande kopieerapparatuur, zoals fotokopieermachines, videorecorders en personal computers, niet alleen voor inbreukmakende doeleinden (kunnen) worden aangewend, maar ook voor 'substantial non-infringing uses'<sup>134</sup> geschikt zijn, is naar Nederlands recht de fabricage of verhandeling van dergelijke *dual-use technologies* nimmer onrechtmatig verklaard.<sup>135</sup>

Het nieuwe regime roept, in de tweede plaats, vragen op ten aanzien van de proportionaliteit. Is er naast het arsenaal aan auteursrechtelijke en technische middelen waarover informatieproducenten thans kunnen beschikken nu werkelijk behoefte aan nog meer? De

---

131 Zie voor kritiek op eerdere voorstellen Thomas C. Vinje, 'A Brave New World of Technical Protection Systems: Will There Be Room For Copyright?', *EIPR* (19) 1996-8, p. 431; F.W. Grosheide, 'Enkele kanttekeningen bij het WIPO Copyright Treaty 1996', *Informatierecht/AMI* 1997-4, p. 78.

132 Artikel 6 lid 1 van het richtlijnvoorstel luidt: 'Member States shall provide adequate legal protection against any activities, including manufacture or distribution of devices or the performance of services, which have only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent and are carried out knowingly or with reasonable grounds to know that they will enable or facilitate without authority the circumvention of any effective technological measure designed to protect any copyright or any rights related to copyrights as provided by law or the sui generis rights provided for in Chapter III of Directive 96/9/EC.'

133 Vinje, a.w. (noot 131), p. 434: 'technical protection does not follow the contours of copyright'.

134 De term is van het Amerikaanse Supreme Court in de Betamax-zaak, waarover P.B. Hugenholtz, 'Betamax: geen happy end voor Hollywood', *Auteursrecht/AMR* 1984, p. 47.

135 Spoor/Verkade, p. 342; vgl. Gerbrandy, a.w. (noot 74), p. 328-329.

informatie-industrie is (zeer) groot geworden met 'maar' één laag bescherming: het auteursrecht. *Drie lagen bescherming* (met de nog te implementeren Databank-richtlijn er bij zelfs vier) lijkt in dat licht bezien wat overdreven. Waar zijn de tijden gebleven dat het verlenen van rechten van intellectuele eigendom een goed gemotiveerde uitzondering op de regel van vrije mededinging was?<sup>136</sup>

Van een *aantoonbare* behoefte is al helemaal geen sprake geweest.<sup>137</sup> In de praktijk wordt van technische beschermingsmaatregelen nog maar mondjesmaat gebruik gemaakt. Een nuchtere wetgever had eerst, zoals het hoort, de kat uit de boom gekeken. Uit rechtseconomisch oogpunt valt de haastige spoed waarmee het nieuwe regime tot stand is gekomen eveneens te betreuren. Volgens Mackaay moeten nieuwe 'fences' niet te snel door wettelijke maatregelen worden gevolgd; het rijpingsproces van nieuwe rechten in wording wordt er door verstoord.<sup>138</sup>

Ook het rechtskarakter van het nieuwe regime roept vragen op. Opneming in het WIPO-Auteursrechtverdrag resp. het richtlijnvoorstel suggereert dat het auteursrechtelijk van aard is; de bewoordingen van beide bepalingen wijzen in dezelfde richting. Toch is gereede twijfel op zijn plaats. Technische maatregelen hebben lang niet altijd tot doel de bescherming van auteurs of auteursrechthebbenden veilig te stellen. Veel maatregelen dienen, integendeel, in de eerste plaats de belangen van de aanbieders van informatiediensten.<sup>139</sup> Zo geschiedt het coderen van een abonneetelevisiedienst niet primair ter bescherming van de rechten van de filmproducenten, maar om ongeautoriseerd gebruik van de *dienst* te verhinderen. De enigszins gekunstelde relatie met het auteursrechtelijke regime vormt een welkome legitimatie voor verbodsbepalingen en strafrechtelijke sancties.<sup>140</sup> Door het nieuwe regime de jas van het auteursrecht aan te trekken kan het meeliften met de bestaande internationale instrumenten.

Het nieuwe regime valt daarenboven moeilijk te rijmen met een der belangrijkste rechtsgronden van het auteursrechtelijke systeem, het bevorderen van de spreiding van cultuur en kennis in de samenleving.<sup>141</sup> Het auteursrecht beloont de auteur die zijn gedachtengoed uit (dat wil zeggen: in de openbaarheid brengt) met een uitsluitend recht van exploitatie. Het nieuwe regime heeft een omgekeerd effect. Het beloont het ontoegankelijk maken van informatie met een aanvullend recht, met behoud van auteursrechtelijke bescherming.<sup>142</sup>

### *Voorwaardelijke toegang*

---

136 T. Koopmans, 'Intellectuele eigendom, economie en politiek', *Informatierecht/AMI* 1994-6, p. 107; in gelijke zin Laddie, 'Copyright: Over-Strength, Over-Regulated, Over-Rated?', *EIPR* 1996-5, p. 260: 'We should not be handing out monopolies like confetti while muttering "this won't hurt".'

137 Vinje, a.w. (noot 131), p. 439.

138 Mackaay, a.w. (noot 125), p. 22.

139 A. Lucas, 'Le droit d'auteur et protections techniques. Rapport Général', in: M. Dellebeke (ed.), *Copyright in cyberspace*, ALAI Study Days, Amsterdam, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1997, p. 344.

140 Lucas, a.w., p. 352.

141 F.W. Grosheide, *Auteursrecht op maat*, Deventer: Kluwer 1986, p. 139-143.

142 Pamela Samuelson, 'Copyright, Digital Data, and Fair Use in Digital Networked Environments', in: Ejan Mackaay e.a. (eds.), *The Electronic Superhighway*, Den Haag: Kluwer Law International 1995, p. 126.

Om de verwarring compleet te maken heeft de Europese Commissie in juli 1997 een voorstel ingediend voor een afzonderlijke richtlijn 'betreffende de rechtsbescherming van diensten gebaseerd op, of bestaande uit, voorwaardelijke toegang'.<sup>143</sup> Hoewel het daaraan ten grondslag liggende Groenboek<sup>144</sup> alleen het oog had op de bescherming van geëncrypteerde televisiediensten, is het richtlijnvoorstel ook van toepassing op zogenoemde 'diensten van de informatiemaatschappij', een verschrikkelijke term waarmee diensten worden bedoeld 'die op individueel verzoek van de ontvanger van de dienst op afstand langs elektronische weg worden verricht' (aldus de considerans). Informatiediensten via het Internet vallen hier uiteraard ook onder.

Het richtlijnvoorstel richt zich tegen de productie, invoer, verhandeling en het bezit van 'illegale uitrusting', dat wil zeggen soft- of hardware die bedoeld is om ongeautoriseerde toegang tot een beschermde dienst te verschaffen. Anders dan de WIPO-bepaling en haar pendant in de voorgestelde Auteursrechtlijn maakt het voor de toepassing van dit voorstel niet uit of de beschermde dienst auteursrechtelijk beschermd materiaal bevat.

Beide richtlijnvoorstellen laten de lidstaten vrij in de wijze waarop de rechtsbescherming gestalte krijgt. De wetgever heeft derhalve de keuze uit een strafrechtelijke of civielrechtelijke oplossing. Met betrekking tot het verhandelen van kraakmiddelen voor computerprogramma's heeft de Nederlandse wetgever gekozen voor een strafrechtelijke aanpak (art. 32a Auteurswet) ter implementatie van de Softwarerichtlijn. Uiteraard kan implementatiewetgeving achterwege blijven, indien zou blijken dat het bestaande recht reeds in voldoende mate bescherming biedt.

### *Kraken naar Nederlands recht*

Hiermee rijst de vraag hoe het kraken en verhandelen van kraakmiddelen zich verhouden tot het bestaande Nederlandse recht.<sup>145</sup> Is het verwijderen van een technische beschermingslaag van een informatieproduct of -dienst jegens de producent of dienstverlener onrechtmatig? In de materiële wereld wordt het plaatsen van een hek niet onmiddellijk met een eigendomsaanspraak beloond. Het enkele feit dat ergens in het veld een hek staat, impliceert nog geen verbod over het hek te springen<sup>146</sup>, laat staan erover heen te kijken.

Tegen bepaalde vormen van kraken biedt het strafrecht een remedie. De Wet op de Computercriminaliteit verklaart *computervredereuk* tot een misdrijf (art. 138a Sr); het 'vernietigen' van gegevens opgeslagen in een computer is eveneens strafbaar (artt. 350a-b Sr).

---

143 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de raad betreffende de rechtsbescherming van diensten gebaseerd op, of bestaande uit, voorwaardelijke toegang, COM (97) 356 def, *PbEG* C 314/7; hierover: H.M.H. Speyart, 'Décodeurs de Dijon: een communautair beschermingsregime voor technische inhoudsbeveiliging', *NTER* 1997-9, p. 190.

144 Europese Commissie, 'Groenboek rechtsbescherming van geëncrypteerde diensten op de interne markt', COM(96) def. van 6 maart 1996.

145 F.W. Grosheide, 'Copyright and Technical Protection Devices. Report on the Netherlands', in: M. Dellebeke (ed.), *Copyright in cyberspace*, ALAI Study Days, Amsterdam, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1997, p. 400-411.

146 Geller, a.w. (noot 44).

Indien het kraken geschiedt door het aftappen van een versleuteld signaal biedt het verbod van art. 139c Sr eveneens een strafrechtelijke grondslag. Tenslotte kan ook art. 441 Sr (doorgifte van een vertrouwelijk radio-bericht) een rol spelen.

Het verwijderen van een encryptielaag rondom een informatieproduct 'in ruste' is echter naar huidig recht, behoudens bijkomende (bijvoorbeeld contractuele) omstandigheden, niet onrechtmatig, en zou dat naar mijn mening ook niet moeten worden.<sup>147</sup> Zoals het de eigenaar van een gesloten koffer is toegestaan deze desnoods met geweld te openen, zo staat het de eigenaar van een beveiligde CD-ROM vrij deze naar hartelust te kraken. Voorzover in dat proces (delen van) de CD-ROM tijdelijk worden gekopieerd, dient dat op grond van art. 16b Auteurswet te zijn toegelaten.

Over de (on)rechtmatigheid van de fabricage of verhandeling van kraakmiddelen bestaat grote onduidelijkheid. Het huidige auteursrecht biedt, afgezien van art. 32a Auteurswet, weinig soelaas. De civielrechtelijke omweg van het 'bevorderen van inbreuk' biedt onder omstandigheden wellicht enig perspectief. Hierbij moet echter bedacht worden dat kraken en kopiëren verschillende handelingen zijn, en dat het een niet noodzakelijk tot het ander leidt.

De jurisprudentie op basis van het recht van ongeoorloofde mededinging is verdeeld. In het arrest *Decca/Holland Nautic*<sup>148</sup> oordeelde de Hoge Raad de verhandeling door Holland Nautic van radio-ontvangers waarmee navigatiesignalen afkomstig van het Decca-systeem konden worden ontvangen jegens Decca niet onrechtmatig. Het enkel profiteren van het Decca-systeem was niet onrechtmatig, nu Decca zich niet op enig recht van intellectuele eigendom kon beroepen. Voor aanvullende bescherming op grond van het gemene recht zou slechts ruimte bestaan indien de prestatie van Decca zodanig is 'dat zij op één lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigen'. Daarvan was naar het oordeel van de Hoge Raad geen sprake. Het risico van aanhaken was, gelet op het beginsel van vrijheid van handel en bedrijf, inherent aan de wijze waarop Decca haar bedrijf had ingericht.

In scherp contrast met het Decca-arrest staat de uitkomst van de zaak *Ten Electronics/Esselte*, die helaas niet tot de Hoge Raad is doorgezet. Het Amsterdamse Hof achtte de verkoop van decoders waarmee de abonneeprogramma's van Filmnet zonder toestemming konden worden genoten, jegens Esselte (destijds exploitant van FilmNet) onrechtmatig.<sup>149</sup> Volgens het Hof was de prestatie van Esselte wel als 'éénlijnsprestatie' aan te merken.

In de zaak *Groeneveld/TDS* kon de Hoge Raad wegens het ontbreken van een daartoe strekkend cassatiemiddel geen antwoord geven op de vraag of de exploitant van een abonneetelevisiesysteem deze bescherming daadwerkelijk verdiende. Het gemak waarmee de Hoge Raad het beroep op de ontvangstvrijheid (art. 10 EVRM) verwierp, doet echter een bevestigend antwoord vermoeden.<sup>150</sup>

---

147 In gelijke zin Julie E. Cohen, 'Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed to Protect Them', *Berkeley Technology Law Journal* (12) 1997-1, p. 178.

148 Hoge Raad 27 juni 1986, *NJ* 1987, 191.

149 Hof Amsterdam 2 mei 1991, *Mediaforum* 1991, p. B73; vgl. Pres. Rb. Den Haag 20 januari 1986, *KG* 1986, 92 (Filmnet/Planken); Th.C.J.A. van Engelen, *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 244.

150 Hoge Raad 17 december 1993, *NJ* 1994, 274 met kritische noot EAA. De Hoge Raad overwoog dat 'de door het

### V.3 Lex Informatica

De combinatie van technische beschermingsmaatregelen en *online* licenties roept een duister toekomstbeeld op. Gaan wij toe naar een wereld waarin ieder gebruik van informatie volledig gediceerd wordt door volautomatische systemen? Een wereld waarin ieder informatieproduct zijn eigen licentievooraarden in de vorm van onuitwisbare computerprogramma's met zich meedraagt? Waarin wat mag en niet mag niet langer bepaald wordt door het recht, maar is *voorgeprogrammeerd*?

Zullen 'programmaregels' voor echt recht in de plaats komen? De ware technocraat ziet het liever vandaag dan morgen gebeuren. Zo zingt de Amerikaan Reidenberg de lof van 'Lex Informatica' in alle toonaarden.<sup>151</sup> Het informaticaregime biedt vele voordelen boven het recht van intellectuele eigendom en andere juridische instrumenten. Aantrekkelijk is vooral de volautomatische handhaving, die niet *ex post* maar onmiddellijk en automatisch plaatsvindt. Het programma dwingt de gebruiker zich aan de regels te houden: (goedkope en snelle) *self-enforcement* in plaats van (dure en trage) handhaving in rechte. In de cynische woorden van Lessig: 'In the well implemented system, there is no civil disobedience. Law as code is a start to the perfect technology of justice'.<sup>152</sup>

Van de vrijheid van het Internet naar de dictatuur van de Lex Informatica, het is maar een kleine stap. Het net zal van een open en anarchistische ruimte in een gesloten en gecontroleerd systeem veranderen. De regels van deze 'gecodeerde' wereld zullen niet langs democratische weg, maar door ingenieurs worden bepaald, zo waarschuwt Lessig.<sup>153</sup>

In zijn preadvies van 1988 bespreekt Verkade een eerste symptoom van het nieuwe schrikbewind: de *logische bom*. Het computerprogramma dat niet regelmatig door de leverancier wordt onderhouden, blaast zichzelf op.<sup>154</sup> Verkade noemt in zijn preadvies een scala van rechtsgrondslagen op grond waarvan tegen dergelijk maatregelen kan worden geageerd: wanprestatie, ongeoorloofde oorzaak, redelijkheid en billijkheid, enzovoorts. Tegen extreme vormen van technologische eigenrichting kan ook het strafrecht een remedie bieden, zo heeft het legendarische *Palingfuiken*-arrest ons geleerd.<sup>155</sup>

Maar hoe te oordelen als het de informatieconsument a priori duidelijk is dat het door hem gekochte computerspel maar X maal gespeeld kan worden; het boek maar Y gekopieerd kan worden; de muziek maar Z maal beluisterd kan worden? Is het onrechtmatig een gloeilamp op de markt te brengen die sneller stuk gaat dan de stand van de techniek, strict genomen, voorschrijft? Hebben wij onze welvaart niet juist te danken aan de productie van

---

verdragsartikel gewaarborgde ontvangstvrijheid zich niet uitstrekt tot het ontvangen van televisiebeelden die door de verspreider ervan zijn gecodeerd met het oogmerk aldus de toegankelijkheid van deze beelden te beperken tot de kring van personen die hem, als tegenprestatie voor de verspreiding, abonnementsgelden betalen'.

151 Joel R. Reidenberg, 'Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology', *Texas Law Review* (76) 1998, p. 553.

152 Lawrence Lessig, 'The Zones of Cyberspace', *Stanford Law Review* (48) 1996, p. 1408.

153 Lessig, a.w., p. 1410.

154 *Handelingen NJV* 1988 I, p. 54.

155 Hoge Raad 25 juni 1934, *NJ* 1934, 1261.

consumptiegoederen die ab initio defectueus zijn?

De vraag rijst of hier voor de wetgever een taak ligt. Mogelijk zal de onzichtbare hand van het marktmechanisme hier corrigerend werken. Ik roep in herinnering het fiasco van de *copy protected* software, die niemand lustte. Boeken die zichzelf na eerste lezing verbranden; dat worden, hoop ik, ook geen bestsellers.

### *Het afkalvende publieke domein*

Voor het auteursrecht zal de Lex Informatica hoe dan ook verreikende consequenties hebben. Het auteursrecht zal door de informatieproducent worden vervangen 'with a new, private regime of his own making that admits no exceptions and pays no heed to the public domain', voorspelt Vinje.<sup>156</sup> Volgens Samuelson zal er op den duur voor het auteursrecht hooguit een ceremoniële rol overblijven: 'there may be nothing for copyright to do, except perhaps to serve as a kind of *deus ex machina* justifying the use of technological and contractual means for protecting works in digital form.'<sup>157</sup>

'Moet het mooie stelsel van beperkingen dat we hebben dan in het Museum voor Auteursrecht worden bijgezet?', vraagt wetgever Arkenbout zich bezorgd af.<sup>158</sup> Als de techniek zijn kans grijpt, inderdaad. Ook de rest van de Auteurswet kan dan naar het archief. In een volledig gecontroleerd systeem bestaat aan bescherming *erga omnes* immers geen behoefte meer.

Grootschalige toepassing van contracten en technische maatregelen zal het delicate evenwicht tussen informatiebescherming en informatievrijheid, waarin het huidige auteursrecht tracht te voorzien, verstoren. Het gevaar bestaat dat allerhande informatie die tot het publiek domein behoort (onbeschermde gegevens, wetten, rechtspraak, overheidsinformatie, 'verjaarde' werken) door middel van encryptie en contract aan de openbaarheid onttrokken wordt.<sup>159</sup> Mede in het licht van de nog immer voortgaande proliferatie van het recht van intellectuele eigendom, waarvoor onder meer Spoor<sup>160</sup> en Verkade<sup>161</sup> hebben gewaarschuwd, is dat een zorgwekkend vooruitzicht.

Het publieke domein kalft af, zo waarschuwt Phillips. 'Look at every aspect of intellectual property and the evidence is plain: the public domain, like the mighty rainforests of South-America, is being whittled away almost while we watch it'.<sup>162</sup>

---

156 Vinje, a.w. (noot 131), p. 437.

157 Pamela Samuelson, 'Copyright, Digital Data, and Fair Use in Digital Networked Environments', in: Ejan Mackaay e.a. (eds.), *The Electronic Superhighway*, Den Haag: Kluwer Law International 1995, p. 125; Visser, diss., p. 208.

158 E.J. Arkenbout, *Informatierecht/AMI* 1997-8, p. 174.

159 W. Sorgdrager, 'Ook in Cyberspace zijn afspraken nodig', *NRC Handelsblad* 6 juni 1996, p. 8.

160 J.H. Spoor, *De gestage groei van merk, werk en uitvinding* (oratie Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

161 D.W.F. Verkade, *Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1990, p. 11-15; idem, 'Intellectuele eigendom: wetenschaps-stimulator', *Mededelingen KNAW*, Deel 60, 1997-6, met venijnige kritiek op art. 45o Auteurswet (het nieuwe auteursrecht op 'gevonden voorwerpen').

162 Jeremy Phillips, 'The Diminishing Domain', *EIPR* 1996-8, p. 429; zie tevens Jessica Litman, 'The Public Domain', *Emory Law Journal* (39) 1990, p. 965.

## Recht op informatie

Tegen de voorspelde 'versleuteling' van het publieke domein kan zelfs een met dwingendrechtelijke beperkingen uitgerust auteursrecht geen remedie bieden. Met auteursrechtelijke middelen valt immers geen *toegang* tot informatie te forceren. Ook elders in het recht zijn regels die de toegang van de burger tot specifieke (voor de samenleving essentiële) informatie waarborgen, uiterst schaars. Een uitzondering vormt het recht op informatie dat iedere burger ingevolge de Wet Openbaarheid van Bestuur jegens de *overheid* kan invoeren. In horizontale verhoudingen heeft een vergelijkbaar, op de informatievrijheid geïnspireerd recht (ook wel 'garingsrecht' of 'garingsvrijheid' geheten) tot op heden niet<sup>163</sup> of nauwelijks<sup>164</sup> erkenning gevonden.

Het mededingingsrecht lijkt vooralsnog de enige rechtsgrond voor een horizontaal recht op informatie te bieden, althans voor het spiegelbeeld daarvan: een *leveringsplicht*. In het *Magill*-arrest<sup>165</sup> oordeelde het Hof van Justitie dat de weigering van de Britse omroepen om uitgever Magill een licentie te verstrekken voor het gebruik van de programmeergegevens misbruik van machtspositie opleverde. Deze machtspositie was volgens het Hof gegeven door het *feitelijke* monopolie op de gegevens; de omroepen zijn hiervan immers de enige bron.

Interessant is dat het Hof de casus ook vanuit het perspectief van de *levering* van de gegevens beoordeelt. Onder verwijzing naar oude jurisprudentie van het Hof over de levering van grondstoffen overweegt het Hof, dat de omroepen elke mededinging op de markt (voor wekelijkse programmagidsen) hebben uitgesloten, 'aangezien [de omroepen] eenieder de toegang tot de basisgegevens, het onontbeerlijke materiaal voor de productie van een dergelijke gids, ontzegden'. Waar art. 10 EVRM geen horizontale informatierechten en -plichten schept, doet art. 86 EG-Verdrag onder omstandigheden wél een plicht tot levering van informatie ontstaan. Mede in het licht van de recent in werking getreden Nederlandse Mededingingswet, waarin het Europese normenstelsel is overgenomen, is dat een belangrijke constatering.

Ook in het publiekrechtelijke omroeprecht zijn symptomen van een recht op informatie (in het algemeen belang) waar te nemen.<sup>166</sup> De recente discussies over de exclusiviteit van sportuitzendingen en de verslaggeving van (andere) belangrijke evenementen illustreren deze tendens.<sup>167</sup> Inmiddels zijn op nationaal en Europees niveau wettelijke maatregelen genomen om de toegang van het publiek tot dergelijke uitzendingen te waarborgen.<sup>168</sup> Teneinde de

---

163 Hoge Raad 25 juni 1965 nr. 9836, *NJ* 1966, 115 (Televizier I); Europese Commissie voor de Rechten van de Mens 6 juli 1976, *NJ* 1978, 237 (De Geïllustreerde Pers vs. Nederland).

164 Hoge Raad 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 310 (NOS/KNVB); zie met name de noot van G.A.I. Schuijt, *Informatierecht/AMI* 1988, p. 35; E.J. Dommering, 'Informatiemonopolies', in: *De Maris-bundel*, Deventer: Kluwer 1989, p. 150-153.

165 Hof van Justitie EG 6 april 1995, *Mediaforum* 1995, p. B65-71; vgl. Hof Arnhem 5 augustus 1997, *Informatierecht/AMI* 1997, p. 214 (Denda/KPN).

166 E.J. Dommering, 'Informatiemonopolies', in: *De Maris-bundel*, Deventer: Kluwer 1989, p. 152-153; vgl. J.W. Kalkman, 'Versleutelde informatie', *Mediaforum* 1994-6, p. 70.

167 Vgl. J. van den Beukel, 'De noodzaak van voetbal in een democratische samenleving', *Mediaforum* 1997-5, p. 75.

168 Artikelen 71j en 73 lid 7 Mediawet; artikel 9 Europese Conventie voor Grensoverschrijdende Televisie, Trb. 1989, 103; artikel 3bis Televisierichtlijn, *PbEG* L 202/60.

afkalving van het publieke domein te stuiten, ware vergelijkbare wetgeving buiten het domein van de omroep te overwegen. Te denken valt aan een recht van toegang tot belangrijk wetenschappelijk bronnenmateriaal, kunstvoorwerpen e.d. Ook maatregelen om het openbare aanbod van informatiediensten te stimuleren, bijvoorbeeld in de vorm van subsidies, lijken als middel tot instandhouding van het publiek domein gewenst.<sup>169</sup>

## VI. Conclusies

Tot besluit van dit preadvies zet ik, met een schuin oog naar de wetgever, mijn voornaamste bevindingen kort op een rij.

In hoofdstuk II bleek dat de bestaande auteursrechtelijke exploitatierechten met het Internet best uit de voeten kunnen. Het recht van openbaarmaking lijkt voor de netwerkomgeving geknipt. Het recht van verveelvoudiging behoeft, mits 'normatief' geïnterpreteerd, evenmin aanpassing. Daarentegen vormt de door de Europese Commissie geprogageerde technocratische uitleg van het reproductierecht, die ook iedere tijdelijke kopie omvat, een bedreiging voor de informatievrijheid. Controversiële kwesties zoals het browsen, caching, mirroring en de hyperlink lijken bij nuchtere analyse zonder wetswijziging oplosbaar. Wijziging behoeven wél een aantal wettelijke beperkingen in de Auteurswet, die al te zeer op 'analoge' media zijn toegeschreven (zoals art. 15). Bij het 'multimediabebestendig' maken van de wet dient de ratio van de beperkingen goed in het oog gehouden te worden. Niet iedere bestaande beperking verdient het naar het Internet te worden overgeplant.

Een veel groter probleem voor het auteursrecht vormt het wegvallen van de geografische grenzen. Zoals in hoofdstuk III beschreven, is het auteursrechtelijke systeem op territoriale leest geschoeid; bestaande licentiepraktijken sluiten hierbij aan. De *lex protectionis*-regel maakt dat iedere publikatie op het Internet naar het (auteurs)recht van meer dan 100 soevereine staten moet worden beoordeeld. De exploitant van auteursrechtelijk materiaal loopt daardoor onaanvaardbare aansprakelijkheidsrisico's. De conclusie is dat rechtmatige openbaarmaking van auteursrechtelijk beschermde werken op het Internet alleen voor de auteur zèlf is weggelegd. Dit probleem vraagt om een radicale oplossing: de gelijkschakeling van het auteursrecht op mondiaal niveau. Het einde van de territorialiteit is het begin van het wereldauteursrecht.

Hoofdstuk IV handelde over een van de moeilijkste vraagstukken die het Internet te bieden heeft, de aansprakelijkheid van de provider. Geconstateerd werd dat de variabele en hybride rol die de provider in de praktijk vervult, het onmogelijk maakt in algemene termen hierop een antwoord te geven. Met enige slagen om de arm werd geconcludeerd dat de access provider auteursrechtelijk buiten schot blijft, terwijl de service provider slechts via de omweg van de onrechtmatige daad valt aan te pakken. Van de provider kan niet gevergd worden dat hij het materiaal dat via zijn server wordt aangeboden, tevoren op inbreuk controleert. Aansprakelijkheid zal eerst ontstaan nadat de provider van de inbreuk kennis heeft genomen,

---

169 Dommering, a.w. (noot 87), p. 150.

en de inbreuk redelijkerwijs vast staat. Invoering bij wet van een vorm van risico-aansprakelijkheid werd, mede in het licht van de informatievrijheid, een disproportionele maatregel bevonden. Een eventuele 'horizontale' regeling, een voor alle rechtsgebieden uniform aansprakelijkheidsregime, heeft het voordeel van de rechtszekerheid, maar het nadeel dat met de ratio van het materiële recht geen rekening gehouden wordt.

In hoofdstuk V, tenslotte, passeerde een tweetal alternatieven voor auteursrechtelijke bescherming de revue, het contractenrecht en de techniek. De niet-hiërarchische architectuur van het Internet lijkt een ideale voedingsbodem voor een bloeiende contractuele cultuur. Om de informatieconsument te beschermen ontstaat behoefte aan wettelijke beperkingen die niet kunnen worden 'weggecontracteerd'. De combinatie van contractuele en technische bescherming (encryptie) zal de behoefte aan juridische bescherming *erga omnes* op den duur doen afnemen. De aanhoudende roep om versterking van het auteursrecht dient, in dit licht bezien, te worden gerelativeerd. Waar in elk geval geen behoefte aan bestaat is invoering van een derde beschermingslaag: juridische bescherming van technische bescherming van auteursrechtelijke bescherming. Naar verwachting zal het Internet in de nabije toekomst in snel tempo 'op slot' gaan. Versleutelde informatieproducten en -diensten zullen hun eigen 'voorgeprogrammeerde' gebruiksregels automatisch afdwingen. De 'Lex Informatica' zal het Internet met onwrikbare logica regeren. Voor het *informatierecht*, waarin het auteursrecht gaandeweg zal opgaan, ligt hier de schone taak het afkalvende publieke domein te redden.

Tot slot enige bemoedigende woorden voor de Nederlandse (auteurs)wetgever. Hoewel de logica gebiedt dat hij zich met het Internet niet inlaat, is er voor de wetgever toch een (bescheiden) rol weggelegd. Het internationale recht, waar eventuele regulering van het Internet haar beslag zou moeten krijgen, wordt niet in diplomatieke conferenties geboren, maar geschapen naar het beeld van bestaande nationale regelingen. Willen wij meespelen in het internationale spel, dan zullen wij eerst ons eigen, digitale Poldermodel moeten ontwerpen. Nationale wetgeving blijft dus zinvol, niet als panacee, maar als proeftuin voor een internationale oplossing.

Hiermee is niet gezegd, dat de nationale wetgever hals-over-kop aan de slag moet. Integendeel, als er één advies uit dit preadvies onthouden wordt, dan dit: laten we er nog een jaartje over slapen. Na het jaar 2000 zien we wel weer verder.

\* \* \* \* \*