

[verschenen in: WPNR, Themanummer E-commerce, nr. 6443, jrg. 132, 28 april 2001, p. 399-406]

Elektronische handel en intellectuele eigendom

P.B. Hugenholtz

[* Prof. mr. P.B. Hugenholtz is hoogleraar informatierecht, in het bijzonder auteursrecht, aan de Universiteit van Amsterdam.]

1. Inleiding

De Amerikaanse filmproducent Miramax ‘verhuurt’ sinds kort speelfilms via het internet.¹ Tegen betaling van \$ 3,49 (door middel van een creditcard) kan de liefhebber zich het recht verwerven de film ‘Guinevere’ gedurende één dag via zijn PC te bekijken.² De ingebouwde tijd klok en technische beveiliging zorgen er voor dat de film na verloop van 24 uur niet meer valt af te spelen of te kopiëren.

De door Miramax geïntroduceerde digitale speelfilmverhuur illustreert het proces van commercialisering dat het internet momenteel doormaakt. Werd de internetgebruiker aanvankelijk overstelpd met gratis informatie, software en amusement, steeds vaker moet de consument voor zijn digitale levensbehoeften gewoon betalen. De omslag van idealistische informatiedemocratie (‘information wants to be free’) naar commercieel marktmodel (‘pay as you go’) voltrekt zich echter niet zonder slag of stoot. De consument is door jarenlang gratis internetgebruik verwend geraakt. Door de recent verongelukte ‘new economy’, een poging van het weggeven van informatieproducten en -diensten een rendabele activiteit te maken, is de animo voor het gebruik van informatie een passende prijs te betalen nog verder afgenomen.

Hoezeer de consument aan gratis ‘content’ verslaafd is geraakt, blijkt wel uit de spectaculaire opkomst en ondergang van Napster. Miljoenen muzikliefhebbers laadden in het afgelopen jaar hun harde schijven vol met geruilde MP3-bestanden. ‘Sharing’ heette dat, maar het kwam neer op grootscheepse piraterij.³ De ‘Napster Music Community’ telde in februari 2001 – kort voor het door een Amerikaanse rechter opgelegde verbod⁴ – meer dan 60 miljoen gebruikers. Inmiddels is Napster Inc. overgenomen door Bertelsmann, een van de grootste (muziek)uitgeverijen ter wereld. Naar verwachting zal Napster in een regulier commercieel medium worden getransformeerd; voortaan zal er voor het ‘napsteren’ gewoon (waarschijnlijk op abonnementsbasis) worden betaald.

Door de geleidelijke overgang naar een regulier marktmodel breken voor de makers van producten van intellectuele eigendom betere tijden aan. Van nachtmerrie voor de informatie-industrie (‘het wereldomspannende kopieerapparaat’) zal het internet zich in de komende jaren ontwikkelen tot platform voor een scala van – potentieel profijtelijke – informatiediensten. De elektronische handel in intellectuele eigendom kan eindelijk beginnen.

¹ ‘Miramax plans first Net feature release’, www.globetechnology.com/archive/20010120/RFILM.html (22 januari 2001).

² Voorshands blijft het assortiment beperkt tot één speelfilm, te verkrijgen op www.guineverethemovie.com.

³ P.B. Hugenholtz, ‘Napster: een bliksemonderzoek’, *Computerrecht* 2000/5, p. 228; J. Seignette, ‘Napster en de controle van de rechthebbende op de distributie van zijn werk’, *AMI* 2001/2, p. 29.

⁴ U.S. Court of Appeals (9th Circuit) 12 februari 2001, <http://laws.findlaw.com/9th/0016401.html>, samengevat door D.J.G. Visser in *AMI* 2002/2, p. 35.

In dit artikel zullen enkele ontwikkelingen in de sfeer van de intellectuele eigendom die zich in verband met e-commerce voordoen, worden geschetst. Het betreft, zoals zal blijken, een scala van deelproblemen; deze bijdrage zal het karakter van een overzichtsartikel daardoor niet kunnen ontstijgen.⁵ Centraal staat hierin het auteursrecht, dat onder invloed van een recente Europese richtlijn een herzieningsoperatie te wachten staat. Tevens komt aan de orde het databankenrecht, een nieuwe loot aan de stam van de intellectuele eigendom, die wij eveneens aan een Europese richtlijn hebben te danken. Tenslotte wordt aandacht besteed aan het octrooirecht, dat op het terrein van de e-commerce een onverwachte (en door velen ongewenste) rol dreigt te gaan vervullen.⁶

De opzet van deze bijdrage is als volgt. Allereerst wordt in § 2 nagegaan welke categorieën van (elektronisch verhandelbare) informatie door het recht van intellectuele eigendom worden beschermd. Vervolgens wordt in § 3 de omvang van de bescherming onderzocht. Hoe ver reiken de door het recht van intellectuele eigendom gewaarborgde exploitatierechten in een digitale omgeving? Aansluitend wordt in § 4 gezien aan wie de exploitatierechten in feite toekomen. Wie beschikt over de ‘elektronische rechten’: auteur of exploitant? In § 5 wordt een uitstapje gemaakt naar het octrooirecht, dat blijkens recente ontwikkelingen in de Verenigde Staten het domein van de (elektronische) handel is binnengedrongen. Tenslotte worden enkele gedachten gewijd aan de toekomst van het recht van intellectuele eigendom in een elektronische omgeving.

2. Beschermd informatie

De kolossale hoeveelheid informatie die dagelijks gratis via het internet beschikbaar is, roept gemakkelijk de gedachte op dat op deze informatie geen rechten van intellectuele eigendom drukken. Deze gedachte is onjuist. De wetgeving op het terrein van intellectuele eigendom, in het bijzonder de Auteurswet, bestrijkt een breed palet van informatieproducten en -diensten, variërend van traditionele ‘werken van letterkunde, wetenschap of kunst’, zoals wetenschappelijke artikelen, muziekwerken en foto’s, tot typische voortbrengselen van de informaticarevolutie, zoals computerprogramma’s. Door de invoering van de Databankenwet, een uitvloeisel van de Europese Databankrichtlijn, is het domein van de intellectuele eigendom nog verder uitgebreid; sinds 1999 is iedere gegevensverzameling waarin ‘substantieel’ geïnvesteerd is, tegen ongeoorloofde exploitatie beschermd. In het vervolg van deze paragraaf wordt nader ingegaan op de bescherming van informatie door het auteursrecht en het nieuwe databankenrecht.

Auteursrecht

Het auteursrecht beschermt ‘werken van letterkunde, wetenschap of kunst’, aldus art. 1 van de Auteurswet (Aw). Art. 10 Aw somt op wat de wet zoal onder ‘werken van letterkunde, wetenschap of kunst’ verstaat, onder meer boeken, tijdschriften, toneelwerken, muziekwerken, aardrijkskundige kaarten, fotografische werken en filmwerken. Onder laatstgenoemde categorie vallen niet alleen traditionele films en televisieprogramma’s, maar ook allerlei via het internet verkrijgbare audiovisuele werken, zoals videoclippen, computerspellen en multimedia-producties. In 1994 is aan de ‘werkenlijst’ van art. 10 Aw een nieuwe categorie toegevoegd:

⁵ Voor uitvoerige analyse zie P. Bernt Hugenholtz (ed.), *Copyright and Electronic Commerce*, Kluwer Law International: London/The Hague/Boston 2000.

⁶ De domeinnaamproblematiek, die grotendeels buiten het terrein van de intellectuele eigendom is gesitueerd, blijft in dit artikel onbesproken.

computerprogramma's; dit in navolging van een Europese richtlijn die in 1991 is vastgesteld.⁷ Daarmee is een eind gekomen aan een langdurige discussie over de vraag of computersoftware als 'werk van letterkunde, wetenschap of kunst' auteursrechtelijk beschermd kan zijn.

Al te veel waarde mag aan de 'werkenlijst' van art. 10 overigens niet worden gehecht, zo blijkt uit de slotzin van het eerste lid: 'en in het algemeen ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze of in welke vorm het ook tot uitdrukking zij gebracht'. Niet in de opsomming begrepen werken, zoals webpagina's of screensavers, komen dus even goed voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking. Voorwaarde voor auteursrechtelijke bescherming is enkel dat het gaat om werken met een 'eigen oorspronkelijk karakter' die het 'persoonlijk stempel' van de maker (auteur) dragen. Dit oorspronkelijkheidsvereiste, dat in de rechtspraak is ontwikkeld, laat in de praktijk ruimte voor een breed spectrum van menselijke creatie. Daarnaast verleent de Wet op de Naburige Rechten sinds 1993 aan het auteursrecht verwante ('naburige') rechten aan uitvoerende kunstenaar, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties. Ook met deze rechten is bij de elektronische handel, bijvoorbeeld bij het aanbieden van muziekopnamen *online*, terdege rekening te houden.

Databanken

Het auteursrecht beschermt geen gegevens als zodanig. Onder omstandigheden kan een verzameling van gegevens echter wel auteursrechtelijk beschermd zijn. De vereiste oorspronkelijkheid kan gelegen zijn in de selectie of rangschikking van de gegevens en in de wijze van ontsluiting. Maar in de meeste gevallen zullen databanken en andere gegevensverzamelingen niet aan deze eis voldoen, zo leert een belangrijk arrest van de Hoge Raad uit 1991.⁸ De Hoge Raad wil slechts van auteursrechtelijke bescherming weten 'indien de verzameling het resultaat zou zijn van een selectie die een persoonlijke visie van de maker tot uitdrukking brengt'; een strenge eis waaraan de meeste databanken in de praktijk niet zullen voldoen.

Om de producenten van databanken niet in de kou te laten staan, is in 1996 een Europese richtlijn inzake de juridische bescherming van databanken vastgesteld.⁹ De richtlijn voorziet in een niet-auteursrechtelijk (sui generis) 'databankenrecht' ter bescherming van de in een databank verzamelde gegevens. De richtlijn is medio 1999 – ruimschoots na het verstrijken van de implementatietermijn – in Nederlandse wetgeving omgezet; het databankenrecht heeft zijn beslag gekregen in een nieuwe Databankenwet (Dw).¹⁰ Op grond van deze wet kunnen producenten van databanken waarin 'substantieel' is geïnvesteerd, aanspraak maken op bescherming tegen ongeoorloofd 'opvragen' (downloaden) en 'hergebruiken' (exploiteren) van 'substantiële' gedeelten van de databank. Hoeveel 'substantieel' is, vertelt de wet helaas niet; ook de richtlijn zwijgt over dit criterium.¹¹

⁷ Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *PbEG* 1991 L 122/42.

⁸ HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608 m.n. DWFV, *Computerrecht* 1991, 84 m.n. P.B. Hugenholtz (Van Dale/Romme).

⁹ Richtlijn 96/9/EG van het Europese Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *PbEG* 1996 L 77/20.

¹⁰ Wet van 8 juli 1999, *Staatsblad* 1999, 303, in werking per 21 juli 1999. Zie P.B. Hugenholtz, 'Het wetsvoorstel implementatie Databankrichtlijn', *IER* 1998, p. 244-247

¹¹ Zie S.A. Klos, 'Databankieren in een lawyer's paradise', *IER* 2000/2, p. 6-8.

Het object van bescherming, de databank, wordt in artikel 1 lid 1 sub a Dw gedefinieerd als ‘een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn en waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering’. Deze definitie ziet niet enkel op databanken in elektronische vorm, maar ook op verzamelingen in traditionele (‘oude’) media.¹² Onder de Databankenwet vallen derhalve ook allerlei ‘papieren’ databanken, zoals spoorboekjes, telefoonboeken, omroepprogrammagidsen en encyclopedieën, voorzover hierin tenminste ‘substantieel’ geïnvesteerd is.

De eerste Nederlandse rechtspraak laat zien dat toepassing van de nieuwe wet geen sinecure is. Onduidelijkheid bestaat met name over de vraag welke investeringen (in tijd, geld of expertise) bij de toetsing aan het criterium van ‘substantialiteit’ mogen worden meegeteld. Het probleem is dat veel databestanden min of meer automatisch uit andere activiteiten voortvloeien, en als zodanig geen zelfstandige ‘substantiële’ investering vergen. Zo oordeelde het Haagse gerechtshof dat het woningbestand van de Nederlandse Vereniging van Makelaars (NVM), dat via het internet te raadplegen is, niet aan de investeringseis voldeed.¹³ Volgens het Hof was het bestand niet meer dan een ‘spin-off’ (bijproduct) van de hoofdactiviteit van de NVM, te weten het bemiddelen in de aan- en verkoop van onroerend goed. Een zelfde redenering volgde het hof ten aanzien van de programmeergegevens van de publieke omroep,¹⁴ evenals de Rotterdamse president ten aanzien van de ‘kopjes’ van in dagbladen gepubliceerde artikelen.¹⁵ Hierbij werd telkens verwezen naar het standpunt dat de Minister van Justitie bij de totstandkoming van de Databankenwet had ingenomen.¹⁶ In een eerdere zaak had het Arnhemse hof deze ‘spin-off’ redenering ten aanzien van de telefoongidsen van KPN Telecom echter uitdrukkelijk verworpen, en het databankenrecht gewoon toegepast.¹⁷ Diverse lagere rechters zijn het hof hierin gevolgd.¹⁸

De duur van het databankenrecht is beperkt; het vervalt vijftien jaar na eerste openbaarmaking van de databank. In de praktijk zullen veel databanken echter langer zijn beschermd. Blijkens art. 6 lid 3 Dw ontstaat met iedere substantiële wijziging ‘met name door opeenvolgende toevoegingen, weglatingen of veranderingen’ een nieuw recht. Het regelmatig onderhouden van een databank wordt dus met permanente bescherming beloond.

Een belangrijke bron van elektronische informatiehandel vormen al jaren allerlei producten van wetgeving en rechtspraak. Dergelijke informatie is om voor de hand liggende redenen – met name omwille van het goed functioneren van de democratische rechtstaat – van auteursrechtelijke bescherming uitgesloten (art. 11 Aw). Om dezelfde redenen bepaalt art. 8

¹² Zie de uitvoerige analyse van A.A. Quaedvlieg, ‘Onafhankelijk, geordend en toegankelijk: het object van het databankenrecht in de richtlijn’, *Informatierecht/AMI* 2000/9, p. 177.

¹³ Hof ’s-Gravenhage 21 december 2000, *Mediaforum* 2001/2, p. 87 m.nt. M. van Eechoud (De Telegraaf/NVM).

¹⁴ Hof ’s-Gravenhage 30 januari 2001, *Mediaforum* 2001/2, p. 90 m.nt. T.F.W. Overdijk (NOS e.a./De Telegraaf); in gelijke zin reeds Nederlandse Mededingingsautoriteit 10 september 1998, *Mediaforum* 1998/10, p. 304, m.nt. P.B. Hugenholtz (De Telegraaf/NOS en HMG), § 7.24.

¹⁵ Pres. Rb. Rotterdam 22 augustus 2000, *Informatierecht/AMI* 2000/10, p. 207-210, m.nt. K.J. Koelman, *Mediaforum* 2000/10, p. 344 (Kranten.com).

¹⁶ *Kamerstukken II* 1998-1999, 26108, nr. 6, p. 5.

¹⁷ Hof Arnhem 15 april 1997, *Informatierecht/AMI* 1997/10, p. 218 (KPN/Denda). Deze zaak heeft ook een mededingingsrechtelijk staartje gekregen. De OPTA, het met toezicht op de telecommunicatiesector belaste zelfstandige bestuursorgaan, gebod KPN Telecom de abonneegegevens aan Denda te leveren tegen een prijs lager dan f 0,005 per gegeven; OPTA 29 september 1999, *Computerrecht* 2000/1, p. 47 (Denda/KPN).

¹⁸ Pres. Rb. Den Haag 14 januari 2000, *Informatierecht/AMI* 2000/4, p. 71 (KPN/XSO); Rb. Almelo 6 december 2000, *AMI* 2001/2, ??? m.nt. H. Cohen Jehoram (KPN/Denda).

lid 1 Dw dat aan de openbare macht geen databankenrecht toekomt ten aanzien van wetten- en rechtspraakverzamelingen waarvan zij zelf producent is. Over deze bepaling is veel te doen geweest. In het voorontwerp van wet werden dergelijke verzamelingen van het databankenrecht geheel uitgesloten. In de wet is het enkel de openbare macht die geen databankenrecht verkrijgt; commerciële exploitanten van juridische databanken genieten derhalve volle bescherming.¹⁹

3. Reikwijdte van de bescherming

Over de reikwijdte van het recht van intellectuele eigendom in een digitale omgeving is de afgelopen jaren veel gelobbyd, geconfereerd en gepolemiseerd.²⁰ Een tweetal internationale verdragen dat in 1996 in het kader van de Wereldorganisatie voor Intellectuele Eigendom (WIPO²¹) tot stand is gekomen, heeft recent geresulteerd in een Europese richtlijn 'betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij', kortweg Auteursrechtlijn. Deze richtlijn zal op korte termijn moeten leiden tot aanpassing van de Nederlandse wet. In deze paragraaf zal de richtlijn, voorzover zij voor de elektronische handel van belang is, worden geschetst. Daarnaast zullen enkele onopgeloste problemen, zoals de status van de 'hyperlink', worden aangeduid. Tevens zal worden ingegaan op de reikwijdte van het databankenrecht, waarvan de inhoud evenals het object nog goeddeels *terra incognita* is.

Auteursrecht

Het auteursrecht heeft zijn wettelijke grondslag in de Auteurswet 1912 (Aw). Dit jaartal suggereert dat de wet voor het digitale tijdperk volkomen ongeschikt zou zijn; ten onrechte. Hoeveel ontworpen in een tijdsgewricht waarin de drukpers het dominante medium was en de fonograaf en de film nieuwerwetse fenomenen, heeft onze wet een opvallend moderne, flexibele structuur. Met een zéér vooruitziende blik heeft de wetgever van 1912 er van afgezien het auteursrecht in mediaspecifieke termen (recht van uitgave in druk, recht van mechanische reproductie, recht van verfilming, e.d.) te vatten. In plaats daarvan is gekozen voor een tweetal neutraal geformuleerde exploitatierechten: het recht van openbaarmaking en het recht van verveelvoudiging. Bewust heeft de wetgever nagelaten deze rechten wettelijk definiëren; uitgangspunt van interpretatie is de 'natuurlijke betekenis' van beide begrippen, die in de artikelen 12-14 Aw met een aantal minder voor de hand liggende betekenissen is uitgebreid. Door het open karakter van deze rechtsbegrippen heeft de wet zich in de loop der tijden betrekkelijk moeiteloos weten aan te passen aan de reeks van mediarevoluties (radio, televisie, kabel, computer, internet) die ons land in de loop van de 20^{ste} eeuw van een agrarisch-industriële samenleving in een 'informatiemaatschappij' hebben veranderd.

In andere landen, zoals Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten, zijn deze revoluties daarentegen met even zovele crises in het auteursrecht gepaard gegaan. Het rigide stelsel van mediaspecifiek geformuleerde exploitatierechten dat voor de auteurswetten van

¹⁹ Aldus (anticiperend) Pres. Rb. Den Haag 20 maart 1998, *Computerrecht* 1998/3, p. 144 m.nt. J.H. Spoor, *IER* 1998/3, p. 111 m.nt. JJK (Vermande/Bojkovski). Het wetsvoorstel heeft geleid tot hevige pennenstrijd; zie D.J.G. Visser, 'Het ministerie zwicht weer voor de uitgevers', *NJB* 1998/31, p. 1396-1397; met reacties van A.A. Quaadvlieg en M. Reinsma in *NJB* 1998/34, p. 1564-1565.

²⁰ Zie onder (veel) meer D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang* (diss. Leiden), Den Haag: VUGA 1997; P.B. Hugenholtz, 'Het auteursrecht: het Internet voorbij?', *Handelingen NJV* 1998-I, p. 199-260.

²¹ World Intellectual Property Organization.

deze (en vele andere) landen kenmerkend is, maakte het noodzakelijk de wet te wijzigen telkens wanneer een nieuwe exploitatievorm zich aandeed. Ook de Berner Conventie, het internationale auteursrechtverdrag dat reeds in 1886 het licht zag, lijdt aan dit euvel. Vooral onder druk van de Verenigde Staten, waar de grote auteursrechthebbenden van de wereld (de filmstudio's, de platenfabrikanten en de softwareproducenten) zich bevinden, is de Berner Conventie in 1996 – na in recordtempo gevoerde onderhandelingen – aangevuld met een 'WIPO Auteursrechtverdrag' (WAV), dat het internationale auteursrecht 'Internet-bestendig' beoogt te maken. Ook de Conventie van Rome inzake de naburige rechten (1960) verkreeg een digitaal addendum in de vorm van een afzonderlijk WIPO-verdrag.²² Beide verdragen zijn inmiddels door enige tientallen landen, waaronder de Verenigde Staten, geratificeerd. Ook de Europese Gemeenschap en haar lidstaten hopen tot de verdragen toe te treden. De Auteursrechtrichtlijn, die op ??? door de Raad en het Europese Parlement werd vastgesteld, vormt daartoe een opmaat. De richtlijn transformeert de WIPO-bepalingen op uniforme wijze voor de gehele Europese Unie; tevens voorziet zij in enkele aanvullende harmonisatiebepalingen. De lidstaten krijgen achttien maanden de tijd de richtlijn te implementeren,²³ waarna ratificatie zal plaats vinden.

De richtlijn beoogt de belangrijkste exploitatierechten, zowel voor het auteursrecht als de naburige rechten, te harmoniseren. Zij voorziet in de eerste plaats in een ruim geformuleerd reproductierecht, dat ook de tijdelijke elektronische kopie omvat (art. 2). Om te voorkomen dat hierdoor allerlei 'onschuldige' transport- en gebruikshandelingen, zoals 'caching',²⁴ en 'browsing', onder het bereik van de rechthebbenden worden gebracht, voorziet art. 5 lid 1 in een ingewikkelde wettelijke beperking:

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

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

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

De richtlijn voorziet tevens in een ruim geformuleerd recht van 'mededeling aan het publiek' (openbaarmaking), dat mede omvat 'de beschikbaarstelling van [...] werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn' (art. 3 lid 1). Deze bepaling, een van de weinig niet-controversiële onderdelen van de richtlijn, is rechtstreeks ontleend aan art. 8 van het WIPO-Auteursrechtverdrag en brengt voor het Nederlandse auteursrecht niets nieuws. Sterker: ons alomvattende recht van openbaarmaking heeft voor dit recht waarschijnlijk model gestaan. Art. 3 lid 1 bevestigt dat het recht van openbaarmaking ook een recht van beschikbaarstelling op individueel verzoek ('making available') omvat. Daarmee wordt buiten twijfel gesteld dat het aanbieden van werken via web sites aan de rechthebbenden exclusief is voorbehouden.

²² E.J. Arkenbout, 'Nieuwe verdragen over auteursrecht en naburige rechten', *Informatierecht/AMI* 1997-4, p. 67.

²³ Richtlijn ???/2001/EG van het Europees Parlement en de Raad van ??? 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *PbEG* 2001, ??? Voor kritisch commentaar zie E.J. Arkenbout, 'Nieuw auteursrecht op komst', *Informatierecht/AMI* 2000/7, p. 125; P.B. Hugenholtz, 'Brussels broddelwerk. Recht en krom in de Auteursrechtlijn', *AMI* 2001/1, p. 2-8.

²⁴ Caching is de tijdelijke opslag van gegevens in het werkgeheugen van een computer (in een zogenoemde 'cache') met het doel het herhaald opvragen van deze gegevens te versnellen. Zie P.B. Hugenholtz, 'Caching and Copyright. The Right of Temporary Copying', *EIPR* 2000/11, p. 482.

De richtlijn geeft geen antwoord op een van de meest nijpende vragen waarmee informatieaanbieders op het web momenteel worden geconfronteerd. Is voor het aanbrengen van een *hyperlink* naar een document de toestemming van de rechthebbende vereist? Het ruim geformuleerde recht van ‘mededeling aan het publiek’, waarin de richtlijn voorziet, doet een bevestigend antwoord vermoeden. Inderdaad is in de literatuur wel verdedigd dat het ‘linken’ als een vorm van openbaarmaking is aan te merken.²⁵ Naar verluidt, vraagt het Amerikaanse dagblad *The Albuquerque Journal* \$ 50 voor het recht naar artikelen op zijn website te ‘linken’.²⁶

Maar de heersende leer en praktijk zijn anders. De hyperlink wordt meestal beschouwd als het elektronische equivalent van een voetnoot, die auteursrechtelijk buiten schot blijft.²⁷ Deze conclusie strookt met de praktijk; het aanbrengen van links is een volstrekt normale gang van zaken. Sterker: het world wide web bestaat enkel bij de gratie van de hyperlink; de ‘voertaal’ van het web is *hypertext mark-up language* (HTML). Wie de hyperlink tot een verboden handeling verklaart, maakt de gemeenschap van het web monddood.

De schaarse jurisprudentie bevestigt deze conclusie. Dagbladuitgever PCM ving bot bij de Rotterdamse president in een poging de web site *Kranten.com*, die stelselmatig linkt naar krantenartikelen op de web sites van PCM. Volgens de President is het hyperlinken, zelfs naar achterliggende webpagina’s (‘deep linking’), niet onrechtmatig; de door PCM gestelde schade was bovendien niet aannemelijk gemaakt.²⁸

Het vorenstaande neemt niet weg dat het aanbrengen van hyperlinks onder omstandigheden wel degelijk onrechtmatig kan zijn. Dat kan bijvoorbeeld zo zijn in een geval van ‘framing’, een vorm van linken waardoor de indruk wordt gewekt dat het document waarnaar de link verwijst, deel uitmaakt van de ‘eigen’ website. Ook het welbewust linken naar inbreukmakend materiaal (illegale muziekbestanden bijvoorbeeld) is onrechtmatig.²⁹

Het grootste deel van de Auteursrechtrichtlijn (het zeer lange artikel 5) beoogt het terrein van de wettelijke beperkingen, van oudsher een gebied waar de regels van land tot land sterk te verschillen, te egaliseren.³⁰ Deze poging is goeddeels mislukt. Artikel 5 bevat slechts een opsomming van (in totaal 22) toegestane wettelijke beperkingen, waarvan alleen de eerste (art. 5 lid 1) daadwerkelijk is voorgeschreven. Van de door de Europese wetgever beoogde harmonisatie van het recht van intellectuele eigendom is aldus weinig terecht gekomen.

Zeer moeilijk te doorgronden is artikel 6, dat uiteindelijk het meest controversiële onderdeel van de richtlijn is gebleken. Het artikel voorziet in de juridische bescherming van technische bescherming van auteursrechtelijk beschermde werken.³¹ De lidstaten hebben enorm

²⁵ 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.

²⁶ ‘Free Links, Only \$50 Apiece’, <http://www.wired.com/news/business/0,1367,40850,00.html> (28 december 2000).

²⁷ M. de Cock Buning & M. Vermeer, ‘Hyperlinks en metatags; meeliften in cyberspace’, *Computerrecht* 1999/4, p. 166-173. D.J.G. Visser, *Internet. Domeinnamen en website content*, Adfo Juridische Aspecten, Amsterdam: Samson 2000, p. 64-66.

²⁸ Pres. Rb. Rotterdam 22 augustus 2000, *Informatierecht/AMI* 2000/10, p. 57 m.nt. K.J. Koelman (Algemeen Dagblad e.a./Eureka).

²⁹ Rb. Den Haag 9 juni 1999, *Informatierecht/AMI* 1999/7, p. 110, m.nt. K.J. Koelman; *Computerrecht* 1999/4, p. 200 m.nt. P.B. Hugenholtz (Scientology/XS4ALL).

³⁰ Zie D.J.G. Visser, ‘De beperkingen in de Auteursrechtrichtlijn’, *AMI* 2001/1, p. 9-15.

³¹ Zie K.J. Koelman, ‘Bescherming van technische voorzieningen’, *AMI* 2001/1, p. 16-27.

geworsteld met het complexe probleem van de relatie tussen dit nieuwe beschermingsregime en de wettelijke beperkingen. Mogen rechthebbenden de beperkingen (bijv. voor onderwijsdoeleinden of eigen gebruik) door het toepassen van technische maatregelen feitelijk uitschakelen, of dienen zij gebruikers in de gelegenheid te stellen van de wettelijke beperkingen daadwerkelijk te profiteren? De lidstaten zijn er niet echt uitgekomen. Voor een aantal, kennelijk belangrijk(er) geachte wettelijke beperkingen (onder meer voor educatief en wetenschappelijk gebruik) bepaalt art. 6 lid 4 sub 1 als volgt:

‘Niettegenstaande de in lid 1 bedoelde rechtsbescherming nemen de lidstaten, bij gebreke van door de rechthebbenden vrijwillig genomen maatregelen, waaronder overeenkomsten tussen de rechthebbenden en andere betrokken partijen, passende maatregelen om ervoor te zorgen dat de rechthebbenden aan de begunstigde van een nationaalrechtelijke beperking of restrictie overeenkomstig artikel 5, lid 2, onder a), c), d) en e), en lid 3, onder a), b) en e), de nodige middelen verschaffen om van die beperking of restrictie gebruik te kunnen maken, ingeval die begunstigde op rechtmatige wijze toegang heeft tot het beschermde werk of materiaal.’

Wat voor passende maatregelen de lidstaten moeten nemen, maakt de richtlijn echter niet duidelijk. Zal Miramax worden verplicht decryptiesleutels op aanvraag te verstrekken aan bona fide gebruikers die zich willen beroepen op een wettelijk beperking (bijvoorbeeld voor educatief gebruik)? Of dient een niet door technische maatregelen beveiligde, dus ‘kopieerbare’ versie van ‘Guinevere’ bij de Koninklijke Bibliotheek dan wel een *trusted third party* (een notaris bijvoorbeeld) te worden gedeponereerd? De nationale wetgever mag het zeggen.³²

Merkwaardig is dat de richtlijn zich niet uitlaat over de relatie tussen de wettelijke beperkingen en het contractenrecht. Lijkt het ontgaan van beperkingen door toepassing van technische maatregelen nog ver weg, het ‘overrulen’ van beperkingen door het opleggen van (standaard)gebruikslicenties is inmiddels schering en inslag op het internet. Mag Miramax haar klanten langs contractuele weg verbieden uit ‘Guinevere’ te citeren (art. 15a Aw), of voor ‘eigen oefening, studie of gebruik’ (art. 16b Aw) te kopiëren? Zijn de wettelijke beperkingen van dwingend of regelend recht? Het antwoord ligt, mede afhankelijk van de ratio van de beperking in kwestie, vermoedelijk ergens in het midden.³³

In haar ‘Advies over auteursrecht, naburige rechten en de nieuwe media’ dat de Commissie Auteursrecht op 18 augustus 1998 aan de minister van Justitie heeft uitgebracht,³⁴ wordt onder meer voorgesteld gebruikers tegen al te knellende gebruikslicenties te beschermen door het toekennen van ‘minimum-gebruikersrechten’, zodat in elk geval het lezen, luisteren en kijken in een digitale omgeving vrij blijven.³⁵ Tevens dient de wetgever vast te stellen dat van wettelijke beperkingen die belangen weerspiegelen ‘van algemene en fundamentele aard’ (informatievrijheid, privacy en eigendom) contractueel niet mag worden afgeweken.³⁶ De Commissie sluit zich op dit punt aan bij het oordeel van de Nederlandse Juristenvereniging.³⁷

³² Art. 6 lid 4 roept nog meer vragen op; volgens art. 6 lid 4 sub 4 geldt de opdracht de wettelijke beperkingen te sauveren niet ten aanzien van interactieve diensten. Of hierdoor de gehele regeling wordt ondergraven, is onduidelijk.

³³ Zie L. Guibault, ‘Contracts and Copyright Exemptions’, in: P. Bernt Hugenholtz (ed.), *Copyright and Electronic Commerce*, Kluwer Law International: London/The Hague/Boston 2000, p. 125-163; P.B. Hugenholtz, ‘Het auteursrecht: het Internet voorbij?’, *Handelingen NJV* 1998-I, p. 238-244.

³⁴ Commissie Auteursrecht, ‘Advies over auteursrecht, naburige rechten en de nieuwe media’, Den Haag, 18 augustus 1998, samengevat door E.J. Arkenbout, *Informatierecht/AMI* 1998/9, p. 161.

³⁵ Id., § 3.3.2.2.

³⁶ Id., § 3.9.2.

³⁷ *Handelingen NJV* 1998-II, p. 93, vraagpunt 10; M.M.M. van Eechoud, *Computerrecht* 1998/4, p. 202.

Een belangrijk praktijkprobleem is de handhaving van het auteursrecht op het internet. Inbreukmakers kunnen zich gemakkelijk verschuilen achter digitale ano- of pseudonimiteit of zich verbergen in verre landen waar de rechtshandhaving weinig voorstelt. Voor een gelaedeerde rechthebbenden rest dikwijls weinig anders dan het aanspreken van de internetprovider, die de inbreuk in technische zin heeft gefaciliteerd. Is de provider voor door derden gepleegde auteursrechtinbreuk (mede)aansprakelijk? De Auteursrechtlijn bevat hieromtrent geen regels. In de considerans (Overweging 16) wordt verwezen naar de Richtlijn elektronische handel,³⁸ die op 8 juni 2000 door de Raad en het Europese Parlement is vastgesteld. Deze richtlijn voorziet onder meer in een 'horizontale' (voor alle rechtsgebieden gelijk geldende) aansprakelijkheidsbeperking ten behoeve van internetproviders; deze regels zijn ook van toepassing op het terrein van de intellectuele eigendom.³⁹

Databankenrecht

Het databankrecht houdt in het recht het 'opvragen' of 'hergebruiken' van de databank of een substantieel gedeelte daarvan te verbieden (art. 2 lid 1 sub a Dw). Deze begrippen zijn verwant aan het auteursrechtelijke begrippenpaar verveelvoudigen en openbaar maken. Daarnaast omvat het verbodsrecht 'het herhaald en systematisch opvragen of hergebruiken van in kwalitatief of kwantitatief opzicht niet-substantiële delen van de inhoud van een databank, voorzover dit in strijd is met de normale exploitatie van die databank of ongerechtvaardigde schade toebrengt aan de rechtmatige belangen van de producent van de databank' (art. 2 lid 1 sub b Dw). Bibliotheken, wetenschappers en andere grootgebruikers van databanken zijn er niet gerust op dat gangbare praktijken onder de nieuwe wet mogen worden gecontinueerd.

De hamvraag is ook hier: wat is *substantieel*? De wet geeft evenmin als de richtlijn een duidelijk antwoord. In de Memorie van Toelichting wordt een relatie gelegd met art. 4 van de wet, dat de gebruiker verbiedt de 'normale exploitatie' van de databank in gevaar te brengen; een criterium dat kennelijk door art. 9 lid 2 van de Berner Conventie is geïnspireerd. 'Andere factoren die onder omstandigheden een rol zouden kunnen spelen bij de beantwoording van de vraag of van een «niet-substantieel deel» dan wel van een «substantieel deel» sprake is, zijn de verhouding tussen de totale omvang van de databank en het deel van de inhoud van de databank dat opgevraagd of hergebruikt wordt en de verhouding tussen de in de databank geïnvesteerde bedragen en de waarde in het economisch verkeer van het opgevraagde dan wel hergebruikte deel van de databank.'⁴⁰

Dat enige nadere instructie van de rechter hier node wordt gemist, blijkt uit de zaak NVM/De Telegraaf. Hier kwam de Haagse president tot het verrassende oordeel dat het opvragen van slechts enkele gegevens uit een groot bestand inbreukmakend was, omdat de gegevens aan de zoekspecificaties van de gebruikers voldeden en daarom ipso facto 'kwalitatief substantieel' waren. Deze redenering is in hoger beroep niet gesanctioneerd.⁴¹

³⁸ Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel in de interne markt, *Pb EG L* 178/1 van 17 juli 2000.

³⁹ Zie de bijdrage van Drion, elders in dit nummer.

⁴⁰ Kamerstukken II 1998-1999, 26108, nr. 3, p. 10.

⁴¹ Pres. Rb. Den Haag 12 September 2000, *Mediaforum* 2000/11-12, p. 395, m.nt. M. van Eechoud, vernietigd door Hof 's-Gravenhage 21 december 2000, *Mediaforum* 2001/2, p. 87 m.nt. M. van Eechoud (NVM/De Telegraaf).

De richtlijn heeft de lidstaten weinig ruimte gelaten voor het aanbrengen van wettelijke beperkingen op het databankenrecht. De Databankenwet voorziet daarom enkel in beperkingen voor privégebruik, onderwijs, wetenschap, openbare veiligheid en administratieve of gerechtelijke procedures (art. 5 Dw). Het kopiëren voor privédoeleinden is bovendien slechts toegestaan ten aanzien van *niet-elektronische* databanken; het kopiëren uit een elektronische databank valt derhalve volledig onder het verbodsrecht van de producent.⁴²

4. Wie heeft de ‘elektronische rechten’?

‘New technologies breathe new value into old content.’⁴³ Door de invoering van nieuwe informatietechnologie ontstaan voor bestaande ‘content’ nieuwe exploitatiemogelijkheden. De doorbraak van de televisieomroep in de jaren ‘50 en ‘60 schiep een grote nieuwe markt voor oude speelfilms. Het stormachtige succes van de videorecorder in de jaren ‘80 schonk nieuw leven aan populaire televisieprogramma’s en verlengde de levensduur van oude en nieuwe speelfilms. Met de introductie van ieder nieuw medium wordt telkens een schakel toegevoegd aan de bestaande ‘exploitatieketen’.

In de digitale revolutie die momenteel plaats vindt, herhaalt de geschiedenis zichzelf. Bestaande werken, die in ‘analoge’ tijden geproduceerd werden, blijken onvermoede elektronische toepassingen te hebben. Gearchiveerd televisienieuws wordt opnieuw gebruikt in multimedia-encyclopedieën. Oude filmfragmenten worden ‘gerecycled’ in computerspelletjes of educatieve software. Krantenartikelen worden herhaald op web sites, of gecompileerd op cd-rom’s.

Voor auteurs en exploitanten is hierdoor de vraag gerezen aan wie de ‘elektronische rechten’ op bestaande werken toekomen. Is het de oorspronkelijke uitgever/exploitant, die destijds de ‘analoge’ rechten heeft verworven, of zijn de elektronische rechten achtergebleven bij de auteur? Deze vraag is inmiddels in een groot aantal landen aan de rechter voorgelegd.⁴⁴ Hoewel de feiten in deze zaken van geval tot geval verschilden, zijn de elektronische rechten zonder uitzondering aan de auteurs toegewezen. Zo oordeelde de Amsterdamse rechtbank in een zaak die door drie freelance journalisten was aangespannen tegen De Volkskrant, dat het aan de krant verleende publicatierecht behoudens andersluidend beding slechts het recht van eenmalige publicatie in druk omvat. Elektronisch hergebruik op cd-rom of internet was in de jaren ‘80, toen de contracten met de journalisten tot stand waren gekomen, niet voorzienbaar geweest, aldus de rechtbank.⁴⁵ Door de artikelen van de journalisten zonder hun toestemming uit brengen op cd-rom en te verspreiden via het internet handelde De Volkskrant onrechtmatig, waardoor de journalisten schade leden.⁴⁶

⁴² De MvT maakt duidelijk dat de wetgever in het praktisch nut van deze regel geen enkele fiducie heeft; handhaving is, zo wordt terecht betoogd, praktisch onmogelijk en in strijd met het recht op privacy van de gebruiker. Kamerstukken II 1998-1999, 26108, nr. 3, p. 17.

⁴³ E. Atwood Gailey, ‘Who own digital rights?’, *Communications and the Law*, Vol. 18 (1996), nr. 1, p. 13.

⁴⁴ Zie P.B. Hugenholz en A.M. de Kroon, ‘The Electronic Rights War. Who owns the rights to new digital uses of existing works of authorship?’, *IRIS – Legal Observations of the European Audiovisual Observatory*, 2000-4, p. 16-19.

⁴⁵ Rb. Amsterdam 24 september 1997, *Informatierecht/AMI* 1997/9, p. 194 m.nt. H. Cohen Jehoram (Heg c.s./De Volkskrant); vgl. Rb. Amsterdam 9 augustus 2000, *Mediaforum* 2000/10, p. 349 (PCM/Koenen e.a.).

⁴⁶ Het vaststellen van de hoogte van de schade is in dergelijke gevallen niet eenvoudig, zo blijkt uit Rb. Amsterdam 22 december 1999, *Informatierecht/AMI* 2000/5, p. 93 (Heg c.s./De Volkskrant - schadestaatprocedure).

Uitgevers en andere exploitanten hebben in deze rechtspraak aanleiding gezien hun standaardcontracten met auteurs te herzien teneinde zich voor de toekomst van zo veel mogelijk rechten (of liever: *alle* rechten) te verzekeren. Zelfstandige auteurs krijgen voortaan de keuze: akkoord gaan met vergaande rechtenverlening of uitzien naar een andere opdrachtgever. Mede in het licht van de toenemende mediaconcentratie, is deze keuzevrijheid meestal meer theorie dan praktijk. De vraag is dan ook gerezen of de wetgever de auteurs hier niet te hulp zou moeten komen, bijvoorbeeld door het introduceren van wettelijke bepalingen die auteurs tegen al te inhalige exploitanten moeten beschermen.⁴⁷ De Auteurswet kent reeds één zo'n bepaling; op grond van de 'doeloverdrachtsregel' van art. 2 lid 2 Aw omvat een overdracht van rechten enkel die bevoegdheden 'waarvan dit in de akte is vermeld of uit de aard of strekking van de titel noodzakelijk voortvloeit'. In geval van een ongespecificeerde overdracht verkrijgt de exploitant slechts de rechten die hij ten tijde van de overdracht daadwerkelijk nodig had. Deze bepaling biedt auteurs echter maar beperkte bescherming. Zij kan gemakkelijk worden ontgaan door het hanteren van contractuele formules waarin iedere denkbare (en ondenkbare) huidige en toekomstige exploitatievorm wordt opgesomd en aan de exploitant gegund, zulks ten nadele van de auteurs.

De auteurswetgeving in België, Duitsland en Frankrijk gaat veel verder dan de Nederlandse wet in het (dwingendrechtelijk) beschermen van auteurs tegen exploitanten. Zo verbiedt de Duitse wet uitdrukkelijk het verlenen van rechten voor toekomstige (onbekende) exploitatievormen. Een wetsvoorstel dat auteurs voor iedere exploitatievorm een niet voor afstand vatbare billijke vergoeding moet garanderen, wordt binnenkort in de Bondsdag geïntroduceerd.⁴⁸ De Nederlandse wetgever zou er goed aan doen het voorbeeld van de ons omringende landen te volgen, en eindelijk serieus werk te maken van een hoofdstuk auteurscontractenrecht in de Auteurswet.

5. Octrooirecht

De overgang van industriële samenleving naar informatiemaatschappij gaat onvermijdelijk gepaard met verdere proliferatie van het recht van intellectuele eigendom. Het behoeft niet te verbazen dat ook het octrooirecht aan deze – door velen bekritiseerde⁴⁹ – ontwikkeling zijn steentje bij draagt. Opzienbarend en verontrustend is wel de wijze waarop het octrooirecht recent buiten zijn oevers is getreden. Door een baanbrekende uitspraak van de hoogste Amerikaanse octrooierechter uit 1998⁵⁰ is ruimte ontstaan voor de octrooiëring van zogeheten *business methods* (methoden van bedrijfsvoering), materie die zich van oudsher (ver) buiten het domein van het octrooirecht bevond. De uitspraak heeft in korte tijd geleid tot een groot aantal octrooi-aanvragen en -verleningen op allerlei terreinen van niet-technische bedrijvigheid, zoals architectuur, financiering, marketing, educatie, psycho-analyse en sport.⁵¹

Deze fundamentele verruiming van het octrooierechtelijke domein vormt een bedreiging van de verdere groei van de elektronische handel. Juist op dit terrein zijn de afgelopen maanden

⁴⁷ P.B. Hugenholtz, *Sleeping with the Enemy. Over de verhouding tussen auteurs en exploitanten in het auteursrecht*, (Rede Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers AUP 2000.

⁴⁸ http://www.bmj.bund.de/misc/2000/m_35_20.htm.

⁴⁹ J.H. Spoor, *De gestage groei van merk, werk en uitvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990; D.W.F. Verkade, *Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid*, Deventer: Kluwer 1990; T. Koopmans, 'Intellectuele eigendom, economie en politiek', *Informatierecht/AMI* 1994/6, p. 110-111.

⁵⁰ U.S. Court of Appeals (Fed. Circuit) 23 juli 1998, 149 F.3d 1368 (State Street Bank/Signature).

⁵¹ J.R. Thomas, 'Patents and E-commerce. The United States Experience Post-State Street Bank', *IER* 2000/3, p. 116; zie tevens J. Gleick, 'Patently absurd', *The New York Times Magazine*, 12 maart 2000, www.nytimes.com/library/magazine/home/20000312mag-patents.html.

talloze octrooien verleend. Berucht is inmiddels het 'one-click patent', dat in 1999 door het U.S. Patent Office aan Jeff Bezos, grondlegger en topman van Amazon.com, is verleend. De geoctrooierde 'uitvinding' bestaat in een methode kooptransacties via het internet sneller af te wikkelen. Kopers die bij de verkoper bekend zijn, behoeven niet steeds opnieuw een kooporder (met allerlei persoonsgegevens) in te vullen, maar kunnen volstaan met een enkele muis-click ('one click') om de transactie te completeren. Een uitvinding? Het Amerikaanse octrooibureau meende van wel, evenals de Amerikaanse rechter die het octrooi in eerste instantie valideerde, en Amazon-concurrent Barnes and Noble verbood het 'one-click' systeem toe te passen.⁵² Voortaan moest Barnes and Noble haar klanten tenminste tweemaal laten klikken.

De zaak Amazon.com heeft niet alleen in de Verenigde Staten voor grote consternatie gezorgd. Gevreesd wordt dat binnenkort ook in Europa het octrooihek van de dam zal zijn. Zijn methoden van bedrijfsvoering naar huidig recht in Nederland octrooieerbaar?⁵³ De Rijksoctrooiwet 1995 lijkt dat met zoveel woorden uit te sluiten. Volgens art. 2 lid 2 sub c worden niet als uitvinding beschouwd 'stelsels, regels, en methoden voor het verrichten van geestelijke arbeid, voor het spelen of voor de bedrijfsvoering, alsmede computerprogramma's'. Art. 52 lid 2 sub c van het Europees Octrooiverdrag, dat in de verleningspraktijk een veel grotere rol speelt dan de wet, bepaalt letterlijk hetzelfde. Beide regelingen gaan er impliciet van uit dat een uitvinding *technisch* van aard is.

Veel reden voor gerustheid biedt het bestaande octrooirechtelijke kader echter niet. De categorale uitsluiting van computerprogramma's is in de verleningspraktijk en rechtspraak in de loop der jaren goeddeels ongedaan gemaakt. Computerprogramma's zijn enkel 'als zodanig' (dat wil zeggen: geabstraheerd van een praktische applicatie) van octrooiëring uitgesloten. Zodra het programma onderdeel uitmaakt van een technisch procédé, bijvoorbeeld een apparaat bestuurt, is octrooiverlening mogelijk. Omdat computerprogrammatuur vrijwel onvermijdelijk een dergelijk extern effect heeft, is het octrooieringsverbod hiermee in feite een dode letter geworden.⁵⁴

Een vergelijkbare redenering zou ten aanzien van methoden van bedrijfsvoering kunnen worden gevolgd. Het Europees Octrooibureau (EOB) wil echter zover (nog) niet gaan. Een octrooiaanvraag betreffende een pensioenplan werd, hoewel gehuld in het kleed van een computerprogramma, door de Technische Kamer van Beroep van het EOB afgewezen.⁵⁵ De kamer was van oordeel dat de implementatie in de vorm van een computerprogramma aan de geclaimde uitvinding, in wezen een 'method for doing business', onvoldoende technisch karakter gaf. Hiermee lijkt de opmars van het octrooirecht in het Europese zakenleven voorlopig gestuit, maar het is de vraag hoe lang de druk uit Amerikaanse hoek om de octrooisluisen open te zetten, kan worden weerstaan.

6. Slot

Duidelijk moge zijn dat het recht van intellectuele eigendom bij de elektronisch handel in informatieproducten en -diensten een steeds belangrijker rol gaat spelen. Het auteursrecht en

⁵² U.S. District Court (W.D.Wash.) 1 december 1999, 73 F.Supp.2d 1228 (Amazon.com/Barnesandnoble.com), waarover Thomas (supra noot 50), p. 116. Het vonnis is recent in appel vernietigd; U.S. Court of Appeals (Fed. Circuit) 14 februari 2001, <http://laws.lp.findlaw.com/fed/001109.html>.

⁵³ Zie H.W. Hanneman, 'Over de octrooieerbaarheid van "methoden van bedrijfsvoering"', *BIE* 2000/2, p. 40.

⁵⁴ H.W. Hanneman, 'EOB verleent octrooi voor computerprogramma's', *BIE* 1999/5, p. 156.

⁵⁵ Technische Kamer van Beroep EOB 8 september 2000, Zaak T 0931/95 (Pension Benefit Systems).

de naburige rechten beschermen een groot scala van 'creatieve' voortbrengselen in diverse sectoren: kunst, wetenschap, entertainment en informatica. Het nieuwe databankenrecht breidt deze bescherming uit met een uitsluitend recht op gegevensverzamelingen waarin 'substantieel' is geïnvesteerd. Het octrooirecht beschermt – voorlopig alleen in de Verenigde Staten – allerlei methoden van elektronisch zakendoen.

Of de groei van de elektronische handel door de opmars van de intellectuele eigendom per saldo zal worden gestimuleerd of geremd, is zonder gedegen economisch onderzoek moeilijk te zeggen. Schrijver dezes vermoed echter van niet. Al te gemakkelijk wordt vergeten dat informatieproducenten vrijwel steeds ook gebruikers van informatie zijn. Zo is in de praktijk het enthousiasme voor het databankenrecht, dat door de Europese informatie-industrie aanvankelijk met gejuich was begroet, inmiddels flink bekoeld. Databankproducenten ontdekken tot hun schrik dat het databankenrecht niet alleen nieuwe rechten, maar ook onvermoede plichten schept. Bij de productie van een databank zal veel meer dan voorheen met onderliggende rechten op deelbestanden rekening gehouden moeten worden. De licentie- en transactiekosten kunnen daardoor flink oplopen.

Maar het succes of het falen van de elektronische handel in informatie zal uiteindelijk niet door de reikwijdte van het recht van intellectuele eigendom worden bepaald. Veel belangrijker is of gebruikers bereid zullen zijn voor hun digitale informatieconsumptie een marktprijs te betalen. Zal Guinevere de consument weten te verleiden of blijft de digitale meeëter de markt bederven? De toekomst zal het leren.